

# **CAPITULO III**

## **SISTEMA DE PROTECCION DE LOS DEPOSITOS EN ESPAÑA**

### **I.- CUESTIONES GENERALES**

#### **3.1 Objeto de estudio**

#### **3.2 Objetivos del sistema de garantía**

#### **3.3 En torno a los pros y contras del establecimiento de un sistema de garantía**

#### **3.4 Clasificación de los sistemas de garantía**

#### **3.5 El riesgo moral en el esquema protector**

#### **3.6 El prestador de última instancia frente al esquema de salvaguarda**

#### **3.7 Evolución de los sistemas de protección**

3.7.1 Experiencia del seguro de depósitos en Estados Unidos

3.7.2 El esquema Checoslovaco

#### **3.8 Desarrollo del sistema de protección en España**

#### **3.9 Régimen comunitario europeo sobre tutela de los depósitos bancarios**

### **II.- ESQUEMA ACTUAL**

#### **3.10 El Fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios**

3.10.1 Personalidad jurídica

3.10.2 Naturaleza jurídica

3.10.3 Estructura, administración y gestión del Fondo

3.10.4 Fuentes de financiación

3.10.5 Requisitos para pertenecer al mecanismo de protección

3.10.6 Causas de exclusión del Fondo

3.10.7 El Fondo de garantía y sus funciones

3.10.7.1 El aseguramiento de los depósitos

3.10.7.1.1 Depósitos garantizados

3.10.7.1.2 Cobertura de los depósitos

3.10.7.1.3 Presupuestos de efectividad de la garantía

3.10.7.2 El saneamiento de los bancos en dificultades

3.10.7.2.1 El Fondo de garantía y los procedimientos concursales

3.10.8 El Fondo de garantía de depósitos en el mercado de valores y el Fondo de garantía de inversiones

3.10.8.1 El Fondo de garantía de inversiones en el marco jurídico comunitario europeo

3.10.8.2 Regulación del Fondo de garantía de inversiones en España

#### **3.11 Consideraciones finales del capítulo**

## I.- CUESTIONES GENERALES

### 3.1 Objeto de estudio

La necesidad de limitar o cubrir los riesgos a que se enfrentan las entidades bancarias en su actividad normal y el objetivo de las autoridades de proteger a los depositantes, conduce al establecimiento y administración de lo que ya en capítulos anteriores hemos denominado red de seguridad es decir, *de un conjunto de políticas apropiadas, designadas algunas veces de manera explícita, otras de manera implícita para proteger a los bancos de situaciones adversas*<sup>639</sup>.

A lo largo de este trabajo se ha venido haciendo referencia a algunos de los instrumentos que forman parte de esa red de seguridad y que son utilizados por los gobiernos para lograr la estabilidad de los sistemas financieros y la protección de los intereses del público. Se ha hecho alusión a las diversas formas de regulación, la estructural, la preventiva y que incluyen medidas que han sido tratadas con antelación como el establecimiento de un régimen de autorización adecuado, una eficiente y oportuna supervisión, la ampliación y mejora de los niveles de la información suministrada a los clientes, etc. Junto a ellas se encuentra lo que hemos llamado la regulación protectora que engloba la intervención de las autoridades como prestamistas de última instancia y el establecimiento de un sistema de protección de depósitos bancarios objeto de análisis en esta sección.

La apreciación sobre los costes asociados a las quiebras bancarias así como el grado de confianza depositado en el mercado, son algunos de los elementos tenidos en consideración en la decisión de adoptar las medidas para hacerles frente<sup>640</sup>.

---

<sup>639</sup> CALOMIRIS, Charles W., "Building an incentive-compatible safety net", *Journal of Banking and Finance*, N.º 23, 1999. El argumento central del autor es que las políticas de la red de seguridad deben ser diseñadas para maximizar el beneficio social sujeto a aspectos económicos y políticos. p. 1499.

<sup>640</sup> *Vide.* GARRIDO TORRES, Antonio, "El debate en torno al seguro de depósitos", *PSF*, Fondos de

No cabe duda que los problemas que afrontan los sistemas financieros están altamente relacionados con la situación económica de los países en que operan. Entre las estrategias básicas que se contemplan para lograr que su sistema financiero se mantenga estable, se perciben: por un lado la de permitir que el mercado financiero opere, sin regulación de ninguna especie. Sin embargo, cabe aquí apuntar que cuando las fuerzas del mercado operan libremente se puede dar el caso de que el manejo inadecuado de una institución bancaria haga que esta se vea imposibilitada para hacer frente al pago oportuno de sus obligaciones, debiendo recurrir a la fórmula de ofrecer una tasa de interés mayor a través de nuevos depósitos. Si esta situación continua, como producto de las pérdidas existentes en sus activos, llegará un momento en que el banco quiebre, perdiendo su capital los accionistas y parte de sus ahorros los acreedores. En este caso, los depositantes se verán obligados a informarse acerca de la situación financiera de cada intermediario y a no confiar sus depósitos en los que incurran en riesgos excesivos.

Por otra parte, se contempla la estrategia de considerar la naturaleza especial de la banca y establecer una normativa acorde con ella. En este caso la regulación financiera deberá tener por objeto, garantizar su eficiencia, con un grado razonable de solidez, entendiéndose al sistema bancario como un todo, donde la quiebra de un intermediario en particular tenga lugar de forma planeada y siempre que existan los resguardos necesarios que impidan provocar daños al sector en su conjunto. Aquí es donde participa el esquema de protección de depósitos cuya función fundamental será entre otras cosas salvaguardar los depósitos bancarios, particularmente los de los ahorradores y, mantener la confianza en las instituciones financieras<sup>641</sup>.

---

Garantía de depósitos, N.º 52, Madrid, 1995. pp. 45 y ss.

<sup>641</sup> Vide. LLARRAIN GARCES, Mauricio, "Incidencia de la crisis financiera en las políticas de supervisión bancaria en América Latina", Ponencia de la superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile, *Tercera Asamblea de la Comisión de Organismos de Supervisión y Fiscalización Bancaria de América Latina y el Caribe*. México, 1984, p. 35 - 37.

La reputación de un banco será importante para la confianza de sus depositantes. Si bien esta confianza requiere de un largo periodo para constituirse, puede ser destruida en un instante, cuando esto ocurre, los ahorradores pueden emprender la retirada de sus depósitos y provocar que el banco quiebre. Las consecuencias de esta retirada pueden incluso ser resentidas instantáneamente en el mercado interbancario y el sistema de pagos, destruyendo o debilitando otras instituciones. En éste contexto, los Gobiernos temen que el público no pueda ser capaz de distinguir a los malos bancos de los buenos, porque la calidad de los activos es difícil de evaluar. Esta incapacidad de los depositantes para evaluar adecuadamente la solvencia de las instituciones bancarias, ha servido de argumento para justificar la existencia de los sistemas de protección de los depósitos como parte de la red de seguridad creada para prevenir en surgimiento de una falla bancaria<sup>642</sup>.

“Los dispositivos de seguro de depósitos encuentran su origen en las experiencias de pánico, asedios por parte de los acreedores, inestabilidad financiera, cambio en la economía y pérdidas de patrimonio que han golpeado a las instituciones bancarias a lo largo de su historia y que han ido acumulándose en la memoria colectiva al hilo del hundimiento de múltiples entidades”<sup>643</sup>.

Con la internacionalización económica, los bancos se ven sometidos a los vaivenes del entorno económico, lo que determina un importante incremento de los riesgos para estas entidades de crédito. Las autoridades se ven obligadas a reaccionar ante los acontecimientos ya sea reforzando sus poderes de control sobre los establecimientos de crédito o garantizando al menos en la medida de lo posible, que los ahorradores no se vean perjudicados por el

---

<sup>642</sup> *Vide.* PECCHIOLI, R.M, *op. cit.*, La razón de proveer de una protección de los depósitos se basa en el argumento de la protección del cliente que en algún sentido puede ser visto como un ingrediente clave para salvaguardar el papel del sistema bancario central en el sistema de pagos y como un custodio de los fondos del público. p. 133.

<sup>643</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, “En torno a la reforma del seguro de depósitos”, *PEE*, N.º 54, 1995, p. 77.

conjunto de circunstancias generales ajenas a su voluntad<sup>644</sup>. Por eso con frecuencia el esquema de protección de los depósitos bancarios entendido *como un conjunto de disposiciones orientadas al reembolso total o parcial de los depósitos en caso de quiebra de una entidad bancaria*, ha sido introducido como parte de un paquete de innovaciones de la constitución del negocio bancario que exige la actual estructura financiera nacional e internacional.

Ello no quiere decir que los sistemas de garantía de depósitos siendo un instrumento útil que intenta responder a los requerimientos actuales, sean capaces de solucionar de raíz los problemas derivados de los cambios económicos y de las contraposiciones entre favorecer el libre juego de las fuerzas de mercado con sus propios criterios de eficiencia y la salvaguarda de la estabilidad del sistema financiero y la integridad del patrimonio de los agentes económicos considerados dignos de protección.

Son numerosos los países que en las últimas décadas han ido incorporando sistemas de protección de los depósitos. Políticos, profesionales, académicos han ofrecido diferentes opiniones y propuestas, sobre sus posibilidades de actuación, estructura, modo de funcionamiento y pareceres diversos respecto a las diferencias de trato que han de recibir los depositantes y accionistas así como al perfil del equilibrio deseado entre grado de protección y nivel de disciplina de las fuerzas del mercado<sup>645</sup>.

Los sistemas de garantía de depósitos existentes en los diversos países, presentan un marcado carácter nacional y una gran diversidad en todos sus aspectos; tal diversidad se explica por las diferentes formas de concebir el problema de la insolvencia bancaria y sus repercusiones en cada uno de los Estados en que se establece.

---

<sup>644</sup> ANTON, José, "El Fondo de garantía de depósitos", *PEE*, N.º 3, 1980, p. 184 y ss.

<sup>645</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, "Los sistemas de garantía de los depósitos primeros apuntes para una discusión", *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, N.º 7., 1992, p. 128.

Un estudio comparado de la estructura que esta figura adquiere en los diversos países, es ciertamente complejo, en primer lugar por la amplia variedad de teorías y propuestas que el tema en si mismo ha motivado respecto a las cuales los estudiosos no acaban de ponerse de acuerdo. A ello hay que agregar que los sistemas bancarios nacionales cuya naturaleza ya es de por si cambiante, difieren considerablemente. Este trabajo no pretende realizar una revisión comprensiva o critica de cada uno de ellos, se limita a realizar un análisis particular de la experiencia que se ha tenido en España en el determinado marco del sistema de garantía de depósitos en establecimientos bancarios, si bien recurriendo en ocasiones a modelos contemplados en otras legislaciones para complementar su estudio y contar con un panorama que nos permita ubicar el papel de este instrumento en el marco jurídico de la protección de los depósitos de dinero.

Para ello pretendemos esbozar algunas de las vertientes en que se ha desarrollado el debate en torno a la constitución jurídica de esta figura, en cuanto a las diversas posturas y proposiciones que se han presentado a lo largo de su evolución, para determinar su estructura. Resaltando las circunstancias que se presentaron para diseñar el esquema español actual que ha tenido como base el desarrollo y disposiciones del Derecho bancario de la Unión Europea y del proceso de armonización de sus leyes.

### **3.2 Objetivos del sistema de garantía**

La economía consta del sector real y financiero. Este último está formado por intermediarios financieros referidos aquí a bancos, los cuales reducen el costo de las transiciones de el sector real constituido por firmas que producen bienes y servicios y hacen inversiones reales proporcionando servicios de préstamos líquidos y ahorros. El sector financiero acepta balances y transacciones y ofrece financiamiento al sector real. Con base en ello, el objetivo del gobierno se basa en mantener el beneficio de la combinación de

los sectores financiero y real. Desde este punto de vista hay fuertes razones para tener un seguro y saludable sistema bancario y también la justificación estándar para una regulación financiera y un sistema para tutelar los depósitos<sup>646</sup>.

Son diversos los objetivos que se proponen cuando se pretende establecer un esquema de protección de depósitos; algunos son alcanzados, otros no. Entre ellos se encuentra el de promover la estabilidad del sistema financiero para evitar trastornos en el sistema de pagos de la economía y favorecer tanto el ahorro interno como el crecimiento de la intermediación<sup>647</sup>.

“La experiencia histórica sugiere que el esquema de protección de depósitos intenta estabilizar el sistema financiero en la medida en que fomenta la confianza del público y depositantes; previene el peligro de reacciones en cadena y de colapsos en el sector bancario, aminorando las repercusiones directas sobre el volumen global de depósitos y la masa monetaria desatada de la insolvencia de los intermediarios cubiertos”<sup>648</sup>.

Desde este punto de vista, la función del esquema de salvaguarda consiste en hacer recaer el riesgo de quiebra de una entidad bancaria sobre él, en lugar de los depositantes<sup>649</sup>. Junto a éste, se encuentra el de evitar una inminente crisis o resolver su existencia, objetivo que es en ocasiones difícil de alcanzar<sup>650</sup>.

Al lado de los objetivos anteriores se señalan otros que pueden ser alcanzables por un sistema limitado de seguro de depósitos en tiempos

---

<sup>646</sup> LANDSKRONER, Yoram y PAROUSH, Jacob, *op. cit.*, p. 531 y ss.

<sup>647</sup> PRIETO FORTUN, Guillermo, *op. cit.*, p. 5.

<sup>648</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, “En torno a la reforma.....”, *op. cit.*, p. 77.

<sup>649</sup> GARRIDO TORRES, Antonio, *Tesis Crisis Bancarias y Regulación Financiera. El Seguro de Depósitos Apariencia y Realidad*, Dir. Antonio Torrero Mañas, UB, Barcelona, Marzo 1990. p. 64.

<sup>650</sup> GARCIA, Gillian., “Deposit Insurance: a survey of actual and best practices”, *IMF, Working Paper 54*, 1999. p. 4.

normales, como el de proteger a los pequeños depositantes porque se considera que son los menos informados y con menor posibilidad de conocer la real situación de la entidad bancaria en la que depositan sus recursos. Esta es una preocupación que está presente en los fines indicados, pues esa tutela no sólo es evidente cuando queda garantizado el importe de los depósitos en caso de suspensión de pagos o quiebra del banco, sino también cuando se evitan tales situaciones<sup>651</sup>.

Se ha señalado que la protección al depositante que no puede contar con los medios para estar informado respecto a la situación de la entidad a la que confía sus recursos, viene a constituir más una consecuencia derivada que un objetivo en si mismo. El objetivo principal se basa en preservar la oferta monetaria, de ahí el interés puesto por las autoridades en asegurar el reembolso inmediato de los fondos asegurados a los depositantes. Si la intención primaria fuera evitar pérdidas al pequeño ahorrador, bastaría con entregarle la diferencia entre el importe de sus depósitos y la cantidad realmente obtenida tras proceder a la liquidación de la entidad<sup>652</sup>. En este sentido, el seguro de depósitos no sería consecuencia de la incapacidad de los depositantes para ejercer la protección de sus recursos por si mismos, sino que su razón de ser se basa en que ese tipo de autoprotección no es suficiente para garantizar la estabilidad del sistema financiero<sup>653</sup>.

Se contempla también el hecho de que institucionalmente el sistema intenta poner en claro las reglas bajo las cuales los bancos sanos operan y bajo cuáles, las instituciones en crisis o en quiebra serán cerradas o de otra forma reflotadas y cómo se haría y ayudaría a estabilizar el sistema financiero estableciendo incentivos que animen a las buenas prácticas bancarias<sup>654</sup>.

Tratar de determinar cuál de los objetivos anteriores es el principal,

---

<sup>651</sup> PRIETO FORTUN, Guillermo, *op. cit.*, p. 8.

<sup>652</sup> GULEMBE, *cit. post.*, GARRIDO TORRES, Antonio, *op. cit.*, p. 149.

<sup>653</sup> PECCHIOLI *cit. post.*, *o.c.*, p. 67.

<sup>654</sup> GARCIA, Gillian., *l. c.*, p. 5.



resulta ciertamente complicado pues habría que analizar la intencionalidad y circunstancias que llevan a las autoridades al establecimiento de un esquema específico; pues, los sistemas de protección operan como instrumentos para el cumplimiento de algunos de los principales objetivos de política pública en el área financiera: la protección de los depositantes individuales; la preservación de la integridad y estabilidad del sistema financiero y la salvaguarda del circulante en manos del público, es decir la capacidad de pago de la comunidad. Mientras el primer aspecto abarca un campo más o menos restringido, limitado a un sector reducido de la población, el segundo tiende a la protección de la colectividad no importando la naturaleza de sus depósitos.

El mecanismo que se adopte debe ser diseñado de acuerdo a las circunstancias y características históricas y culturales de cada sistema bancario en particular. Sucede con frecuencia que la decisión de reformar el régimen legal, de supervisión y de los propios sistemas de garantía, se suscita por la aparición de crisis, por lo que puede ser oportuno aprovechar la experiencia en otros países mientras el sistema se encuentre en una situación sana y estable a fin de determinar el modelo que pueda resultar más apropiado.

### **3.3 Entorno a los pros y contras del establecimiento de un sistema de garantía**

En el establecimiento de cualquier institución o figura jurídica, siempre hay que sopesar los beneficios o desventajas que su puesta en marcha conlleva, el sistema de protección de depósitos no se ha visto excluido de esta circunstancia.

Con base en lo anterior, entre las principales ventajas que se plantean en favor de los sistemas de protección de los depósitos se señalan:

- a) El mantenimiento de la estabilidad monetaria del país y de la confianza

de las instituciones financieras en el sistema. Su presencia aumenta la confianza de los depositantes en las instituciones reduciendo considerablemente la probabilidad de un pánico financiero garantizado, evitando y previniendo retiradas masivas de depósitos; expandiendo los beneficios por igual entre todas las entidades y depositantes se encuentren o no asegurados<sup>655</sup>.

b) Un esquema de protección de depósitos reduce los niveles de riesgo globales soportados por el sistema bancario.

c) Salvaguarda de los recursos del depositante, al garantizar a estos la recuperación total o parcial de sus fondos en el caso de que se produzca una falla en la entidad y que de no existir esquemas de seguro habrían perdido una parte o la totalidad de sus imposiciones<sup>656</sup>.

d) Los beneficiarios del seguro de depósitos lo son también los empleados de bancos en crisis que ha conservado su puesto de trabajo a pesar de la situación de insolvencia de las entidades<sup>657</sup>.

e) El sistema de protección está percibido para ser equitativo<sup>658</sup>. Lo que significa que desde el punto de vista del depositante el esquema hará que todos los depósitos sean igualmente atractivos, independientes del riesgo de insolvencia del banco. En cierta medida evita la necesidad para el depositante de estar permanentemente preocupado en saber distinguir entre la calidad de los diferentes tipos de bancos y de la seguridad de sus depósitos, desapareciendo el peligro de una reacción en cadena y de un colapso en el sistema bancario.

---

<sup>655</sup> GARRIDO TORRES, Antonio, “El seguro de Depósitos en los países de la OCDE”, *ICE*, N.º 694, 1991. p. 121.

<sup>656</sup> *Idem.*, *Crisis bancaries y regulacio financiera. L'assegurança de diposits*, Documento de Treball, N.º 22/91, La Caixa, Barcelona, 1991. p. 33.

<sup>657</sup> TORIBIO, Juan José, “El sistema financiero ¿libertad o regulación?”, *PEE*, N.º 27, 1986. p. 424.

<sup>658</sup> MC CARTHY, Ian. S, “Deposit Insurance: Theory and Practice”, *IMF. Staff Papers*, Vol. 27, N.º 3, September 1980. p. 586.

f) A menudo las situaciones difíciles que se presentan en los institutos bancarios provienen de factores como la falta de personas capaces entre sus dirigentes y las prácticas fraudulentas. En éste caso el organismo de protección tiene generalmente la posibilidad de contribuir al restablecimiento del banco afectado mediante el otorgamiento o préstamo de recursos. Por otra parte, se le confieren al sistema, facultades para tomar las riendas del banco, a fin de mejorar sus condiciones a través de una dirección efectiva llevada temporalmente y potestades para vigilar la capacidad de los nuevos directivos que se nombren a través de procedimientos ordinarios, haciéndolo de ese organismo un verdadero elemento de garantía para el sistema bancario, con mayores facultades que la de simple entidad aseguradora<sup>659</sup>.

g) Los sistemas de seguro de depósitos con frecuencia promueven la competencia entre las instituciones bancarias basada en los niveles de eficiencia.

La existencia de un sistema de protección, permite aumentar la igualdad competitiva entre bancos en la medida en que en ausencia de éste, los depositantes tienden a preferir el uso de grandes bancos que con frecuencia se considera están menos sujetos al riesgo debido a que tienen más diversificados sus portafolios que los bancos pequeños o están protegidos por una garantía implícita de carácter gubernamental porque son “demasiado grandes para quebrar”<sup>660</sup>.

El sistema de garantía ayuda a proteger a los pequeños bancos y facilita la creación de nuevos, que tienden a ser pequeños. Así se eliminaría la creencia de que una institución pequeña no es tan segura como una grande, que una extranjera no es tan sólida como una nacional o viceversa o que una

---

<sup>659</sup> LASI, Juan, El seguro sobre los depósitos bancarios y posibilidades de su aplicación en Venezuela, Publicación auspiciada por el Banco Central de Venezuela, Caracas, 1961. p. 17.

<sup>660</sup> GARCIA, Gillian, “Deposit Insurance: Obtaining the Benefits and Avoiding the Pitfalls”, *IMF, Working Papers*, N°. 83, August 1996. p. 17.

entidad nueva no es tan confiable como una ya existente. Las autoridades consideran que con una competencia adicional en la industria bancaria se aumenta la eficiencia financiera, se bajan las tasas de interés y se expande y fortalece la inversión y el desarrollo económico<sup>661</sup>.

Así pues, un esquema de protección de los depósitos genera un impacto potencial en la eficiencia del mercado. Contribuyendo a la efectividad de mecanismos de mercado facilitando la salida de instituciones ineficientes del sistema<sup>662</sup>. Asimismo, ayuda a los bancos privados en su competencia con los bancos del Estado que tienen garantías por parte del gobierno. Y los bancos domésticos están en mayor posibilidad de enfrentar la competencia con instituciones extranjeras que importan una cobertura de protección específica de su país de origen. Además de permitirles abrir puertas que les den posibilidad de ofrecer sus servicios y productos en el exterior.

h) Las garantías y la credibilidad aportadas por el asegurador entran a formar parte del activo y también del valor de la institución<sup>663</sup>.

i) Intentan evitar que como consecuencia de una crisis bancaria se produzcan caídas rápidas e intensas de la oferta monetaria al garantizar la existencia de un activo como el dinero.

j) Con el establecimiento de un sistema de garantía de depósitos, las autoridades podrán adoptar una actitud más liberal aunque no por ello menos segura, en cuestiones como la autorización de nuevas entidades, la creación de sucursales y operaciones permitidas sin que se genere como contrapartida una pérdida de confianza del público en las instituciones bancarias<sup>664</sup>.

---

<sup>661</sup> *Ibidem*. Sobre el tema v. también BRANDT SILVA, Reginaldo, “El Seguro de Depósitos en Brasil”, *Tercera reunión técnica de supervisión y fiscalización bancaria en América Latina y el Caribe*, CEMLA, México, 1990. p. 203 y ss.

<sup>662</sup> PECCHIOLI, R.M, *op. cit.*, p. 134.

<sup>663</sup> GARRIDO TORRES, Antonio, *Crisis bancarias..... op. cit.* p. 33.

<sup>664</sup> *Vide. o.c.*, p. 29.

En cuanto a las desventajas que han sido expuestas en relación a la figura que nos ocupa se menciona:

a) La existencia de un sistema de protección de depósitos puede generar incentivos que favorecen la adopción de riesgos por parte de los bancos, los accionistas y administradores de un banco asegurado, conocen las reglas y pueden tomar un riesgo adicional en la evaluación de sus portafolios, reducir la cantidad de capital y reservas líquidas, lo que tal vez agrave la probabilidad o la magnitud de las pérdidas a soportar por el dispositivo de garantía, de modo que sitúa a la institución de crédito frente al fenómeno del riesgo moral.

b) El riesgo moral puede extenderse hacia los depositantes quienes se hacen menos cuidadosos en la elección de su banco; puede también afectar a los supervisores quienes pueden no obtener o diseminar la suficiente información acerca de sus clientes bancarios y pueden verse reacios para requerir a los bancos poco sanos para tomar acciones correctivas porque hay poca o ninguna disciplina de mercado que las fuerce a actuar. Los políticos son también receptores de riesgo moral cuando interfieren con el sistema de supervisión demandando paciencia o comprensión.

c) Al carecer los depositantes de incentivo para preocuparse de la solvencia de la entidad bancaria, tienden a colocar sus fondos en establecimientos que pagan mayores retribuciones sin considerar la solvencia de la entidad y el destino dado a los fondos captados por esta. De este modo el banco puede tomar depósitos a un tipo sin riesgo e invertirlo en activos con riesgo. Si los resultados son favorables, los beneficios son para los propietarios de la institución, mientras que si son desfavorables, el que asume las pérdidas será el sistema de garantía de depósitos<sup>665</sup>.

---

<sup>665</sup> SUAREZ BERNALDO DE QUIRON, F. Javier, *Seguro de depósitos y comportamiento bancario, un análisis basado en la teoría de opciones*, Documento de Trabajo N.º 9211, Centro de Estudios Monetarios y Financieros, 1992. p. 5.

d) Si no existiese sistema de protección los depositantes se interesarían por evaluar el riesgo y políticas de una institución depositaria, al sentir que sus fondos podrían correr peligro. Ese interés y la concurrencia de intermediarios en busca de fondos darían como consecuencia una rigurosa disciplina a los administradores obligándolos a adoptar políticas sanas en la entidad<sup>666</sup>.

e) El funcionamiento de un sistema de protección de depósitos, supone un coste y aunque el componente operativo puede ser bajo, el asociado al empleo de los recursos financieros puede ser importante.

f) Los sistemas de protección carecen de neutralidad, en el sentido de que son los bancos pequeños y no los grandes los más beneficiados por el sistema ya que estos últimos precisan menos ofrecer garantías a sus clientes. Se argumenta que este tipo de seguros constituyen un instrumento para facilitar la entrada de nuevos bancos y la existencia de los pequeños que encuentran en este seguro un tipo de garantía alternativo al tamaño<sup>667</sup>.

g) Un instituto relativamente sólido dentro del sistema bancario, puede no considerar conveniente responsabilizarse de las pérdidas que los bancos marginales pudieran llegar a causar.

h) Se ha reputado poco conveniente sobrecargar las cualidades de ciertos bancos con el peso de una cuota periódica que contribuiría a aumentar los gastos generales de la banca.

i) La corriente monetarista ha puesto en duda la capacidad del seguro de depósitos para afrontar situaciones de crisis en cadena. Destacando el reducido volumen de recursos de que disponen la mayoría de los esquemas

---

<sup>666</sup> TORIBIO, Juan José, “El sistema financiero ¿libertad o regulación?”, *PEE*, N.º 27, 1986. p. 443.

<sup>667</sup> FANJUL, Oscar y MARAVALL, Fernando, *La Eficiencia del Sistema Bancario Español*, Alianza Editorial, Madrid, 1985. p. 233.

en los niveles de protección proporcionados a los depositantes. Por lo que cabe complementar el esquema de protección con la garantía de alguna forma de soporte de las autoridades en caso de que sea necesario. La figura del Banco Central como prestador de última instancia podría ejercer esta función y mientras este sería utilizado para afrontar los problemas de liquidez, el sistema de protección quedaría reservado para el caso de insolvencia<sup>668</sup>.

j) Se argumenta que el principal costo indirecto que puede estar asociado con el dispositivo de protección de depósitos es la introducción de regulaciones más rígidas. El seguro teóricamente ofrece una oportunidad de relajar la regulación de control. Sin embargo, la experiencia sugiere que la introducción de un seguro de depósitos ha estado acompañado por un incremento en regulación, la seguridad de los depósitos no es materia gratuita, es comprada a un costo sustancial incluyendo la introducción o mantenimiento de una regulación rígida para los negocios bancarios<sup>669</sup>.

No obstante las objeciones expresadas, que incluso llegan a proponer la eliminación de la protección a los depósitos<sup>670</sup>, estas constituyen males menores comparados con lo que pasaría si tales mecanismos no existieran. El éxito de los sistemas de garantía se basa en gran parte en que su diseño sea adecuado para llevar a cabo sus funciones eficiente y oportunamente.

Acontecimientos pasados, enseñan que la introducción de un sistema de protección ha estado acompañada de un incremento en la regulación, argumentándose que la seguridad en los depósitos no es una materia gratuita, sino que implica un costo sustancial incluyendo la introducción de una regulación especial para los negocios bancarios<sup>671</sup>. Así, si un país decide

---

<sup>668</sup> GARRIDO TORRES, Antonio, Crisis bancarias.....*op. cit.*, p. 30.

<sup>669</sup> MC CARTHY, Ian. "Deposit Insurance: Theory and Practice", *IMF. Staff Papers*, Vol. 27, N.º 3, September 1980. p. 592.

<sup>670</sup> *Vide.* HERNANDEZ TORRES, Ana Lilia, *op. cit.*, p. 27.

<sup>671</sup> Sobre el tema *V.* RICHTER, Rudolf, "The Economic Theory of Banking Regulation. Comment", *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, Universität des Saarlandes, s.l., El autor señala que los bancos difieren de otras empresas porque la retirada de depósitos en un

implantar un sistema de garantía de depósitos, necesitará determinar qué esquema va a adoptar y las operaciones estratégicas que pretende seguir<sup>672</sup>. Las cuestiones más comúnmente tratadas son la apropiada administración y financiamiento del esquema, el deseo de cubrir los depósitos, incluyendo la decisión de determinar las instituciones que serán cubiertas y la interrelación entre la regulación, la supervisión y el propio sistema de garantía.

### 3.4 Clasificación de los sistemas de garantía

Considerando la diversidad de sistemas de protección de los depósitos que se han implantado a nivel mundial, la literatura reciente ha tomado en cuenta las más representativas dando lugar a una diversidad de clasificaciones. Enfocaremos nuestra atención en aquellas que se consideran más relevantes a los efectos de nuestro estudio.

En relación a la posibilidad de su regulación en la ley, los sistemas se clasifican en:

#### a) Implícitos y explícitos

Los países que no cuentan con un sistema de protección de los depósitos bancarios, han implantado diversas medidas de política para salvaguardar a los depositantes de bancos en dificultades o en quiebra. Estas con frecuencia se conocen como medidas de protección implícita<sup>673</sup>, donde la protección es completamente discrecional tal como lo es el monto de

---

banco puede generar en una situación generalizada en todo el sistema bancario con posibilidades de resultar en una crisis financiera con grandes pérdidas en la producción y con la expansión de desempleo, el gran costo social de una crisis financiera. Por ello los bancos comerciales requieren un tratamiento especial. p. 23.

<sup>672</sup> Vide. MC CARTHY, Ian. S., "Deposit Insurance, Theory and Practice", *IMF Papers*, Vol. 27, N.º 3, Sep. 1980, pp. 589-593.

<sup>673</sup> CEMLA, "Sistemas financieros: prevención, manejo y solvencia de las crisis", *Décima Asamblea de Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*, México, 1994. Se refiere a los sistemas en que el gobierno otorga protección a los ahorradores de manera discrecional, no existiendo un ordenamiento legal específico que le imponga tal obligación, ni reglamentación alguna que determine de antemano la cobertura de protección. p. 123.



protección ofrecido. En este tipo de esquema en que ninguna ley establece una indemnización obligatoria para los depositantes en caso de que se produzca la quiebra de un banco, el gobierno puede disponer de todos los medios para que estos vean total o parcialmente restituido su dinero.

La razón del establecimiento de un esquema de este tipo, se basa en la intención de preservar la estabilidad del sistema y salvaguardar los depósitos; de reducir el riesgo de contagio, porque el gobierno mismo está en falta o quizá para aminorar las repercusiones políticas de la situación imperante, y de brindar flexibilidad al gobierno, la falta de normas claras y el hecho de que el esquema está expuesto a presiones políticas pueden crear considerables distorsiones en el mercado<sup>674</sup>.

Estos esquemas, implícitos se aplican en forma discrecional por el gobierno ya que ningún ordenamiento legal los regula<sup>675</sup>. Son más frecuentes en países donde la mayoría de los bancos son propiedad del gobierno y éste espera resolver las quiebras bancarias.

Bajo este sistema ambos, tanto pequeños como grandes depositantes pueden estar protegidos. Similarmente los bancos comerciales con problemas pueden o no ser liquidados mientras que los que son propiedad del gobierno tienen la posibilidad de ser rehabilitados o fusionados con bancos más fuertes, salvando el gobierno el costo inmediato de reembolso de los depositantes.

La tutela implícita implica que el gobierno tenga que decidir caso por caso la forma en la que la protección es tomada y la manera en la que será financiada. No tiene establecido un fondo para ese propósito y puede verse forzado a fondear el sistema una vez que la necesidad surja, incluso puede significar que pague la compensación directamente a los depositantes.

---

<sup>674</sup> CEMLA, “Estudios sobre seguro de depósitos”, *l.c.*, p. 92.

<sup>675</sup> HERNANDEZ TORRES, Ana Lilia, *Tesis El Fondo Bancario de Protección al Ahorro como Instrumento para prevenir la inestabilidad bancaria*, México, 1995, p. 64.

Alternativamente, el gobierno puede proteger a los depositantes haciendo que sus depósitos sean transferidos a un banco saludable o rehabilitando al quebrado con fondos públicos, posiblemente a través de una inyección de nuevo capital o una compra de valores a valor original en libros<sup>676</sup>. Una cuestión a considerar es que si el gobierno tiene que proveer de recursos, los propietarios de los bancos enfrentan un pequeño coste comparado con el que enfrentan los contribuyentes por el golpe del coste de la operación salvaje.

En términos generales, la principal característica de éste tipo de sistema es que el costo de las fallas recae sobre el gobierno y no existe un acuerdo previo de provisión de fondos. La ventaja de tal garantía es su simplicidad, al permitir al gobierno flexibilidad en el sentido en que resuelve casos individuales de quiebras y evita los costos de administración que conlleva el establecimiento y operación de un esquema formal. Aunque la resolución de cualquier banco en quiebra vaya inevitablemente a absorber algunos recursos del gobierno<sup>677</sup>.

La desventaja consiste en que, no hay ninguna obligación legal por parte del gobierno central u otra institución para asistir a los depositantes o al sistema financiero. Y los administradores del banco y el público puede esperar solamente asistencia en base a antecedentes o tradición gubernamental. Como resultado de la ausencia de reglas respecto a los límites de cobertura o formas de compensación o fondeo en el caso de quiebra, hay muchos puntos débiles en este tipo de sistema<sup>678</sup>.

El esquema explícito, se presenta cuando el gobierno establece una institución formal de protección de los depósitos es decir un organismo cuya constitución, estructura y funcionamiento esta expresamente establecida en la ley y donde los tipos de depósitos que cubren, reembolsos y compensaciones

---

<sup>676</sup> MAC DONALD, Ronald, *Deposit Insurance*, Handbooks in Central Banking; Bank of England, N.º 9, p. 10.

<sup>677</sup> *Ibidem*.

<sup>678</sup> GARCIA, Gillian, "Depositor Protection and Banking Soundness, *Banking Soundness and Monetary Policy*, Editor, Charles Enoch, John H. Green; IMF, Washington, 1997, p. 465 y ss.

en caso de quiebra y suspensión de pagos del banco, están estipulados en los estatutos que lo constituyen<sup>679</sup>.

Un sistema de protección debe ser capaz de soportar sus pérdidas. Si bien puede parecer que en el caso de un esquema implícito no existe este problema ya que se encuentra respaldado por el gobierno, la realidad es que éste último no siempre estará dispuesto en aceptar todas las pérdidas. En un sistema explícito, la capacidad de absorber pérdidas dependerá del monto inicial de capitalización de las primas o aportaciones que paguen los bancos asegurados y de las facultades que tenga el esquema para endeudarse o recibir nuevas aportaciones para cuando sus propios recursos se hayan extinguido.

“Con el esquema explícito el Estado puede reducir sus propios costos y repartirlos con los bancos y con los depositantes”<sup>680</sup>. Los sistemas bancarios que no cuentan con un esquema de protección formal el costo de cualquier intento de proteger los depósitos recae en el gobierno directa o indirectamente a través del Banco central, lo que recae también completamente sobre el pago de impuestos de los contribuyentes o sobre el impuesto inflacionario que se impone a toda la economía. Con la institución de un esquema explícito, puede reducirse la obligación del gobierno de limitar la cobertura y proveer un mecanismo formal que obligue a los bancos a cubrir por lo menos la principal parte del costo de la protección de los depósitos. Si el esquema está bien diseñado, si la política macroeconómica protege exitosamente la economía de desequilibrios y si los bancos quebrados salen a flote pronto, las pérdidas para el sistema bancario serían lo suficientemente ligeras y podría absorberlas fácilmente<sup>681</sup>.

Ambos sistemas el implícito y explícito pueden emplear el mismo tipo de

---

<sup>679</sup> MAC DONALD, Ronald, *op. cit.*, p. 10.

<sup>680</sup> CEMLA; “Sistemas financieros.....”, *Décima..... l. c.*, p. 93.

<sup>681</sup> GARCIA, Gillian, *op. cit.*, p 19.

mecanismos para resolver las quiebras bancarias esto es cierre, liquidación, fusión o rehabilitación del banco. Sin embargo tienen procesos diferentes para llevarlos a cabo. Toda vez que el sistema explícito cuenta con reglas y procedimientos preestablecidos posee más rápidos y ágiles mecanismos para solucionar los problemas. Mientras que un sistema implícito es completamente discrecional y por tanto genera incertidumbre<sup>682</sup>, éste normalmente es aplicado solamente cuando se ha producido la quiebra bancaria. Ambos sistemas tienen la finalidad de mantener la estabilidad del sistema y proteger a los pequeños depositantes en caso de quiebra efectiva de una institución bancaria.

La experiencia observada en relación a los mecanismos de protección de los depósitos o de rescate de entidades en problemas, favorece a los sistemas explícitos por basarse en procedimientos institucionales preestablecidos que permiten administrar y controlar con eficiencia su funcionamiento. Una ventaja consiste en que tanto el público como las instituciones bancarias tienen conocimiento del sistema y consecuentemente de lo que pueden esperar de éste, sus alcances y limitaciones, generando así seguridad jurídica y confianza. Su implementación evita en última instancia que los costos de las quiebras bancarias sean asumidos íntegramente por la sociedad a través de apoyos gubernamentales<sup>683</sup>, cuando su estructura está bien diseñada.

La actuación de las autoridades en relación a la medidas que toma ha sido clasificada desde el enfoque discrecional en donde la forma y momento de su intervención están sujetas a la decisión de las autoridades. La actuación del prestamista de última instancia y la facultad para nacionalizar una entidad serían algunos ejemplos de ello. Por otro lado desde el enfoque institucional, la prestación de ayuda está formalmente garantizada de antemano. Este sería el caso del sistema de protección explícito en el que por ley se determina su

---

<sup>682</sup> DIAZ DE LEON CARRILLO, Alejandro, *op. cit.*, p. 10.

<sup>683</sup> CEMLA, "Sistemas de seguro de depósitos", *Undécima Asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*, México, 1995, p. 305.

constitución y funcionamiento<sup>684</sup>.

“La mayoría de los países empezaron a establecer esquemas de protección de los depósitos en los años 80’s, algunos de estos fueron explícitos, establecidos en respuesta a los problemas que surgieron por desequilibrios en su sistema financiero”<sup>685</sup>. Las técnicas y formas que cada uno ha utilizado para alcanzar sus objetivos han variado de acuerdo al sistema bancario de cada país. Los arreglos no son siempre obligatorios y las características en que se desarrollan ya sea que estén administrados por el gobierno, por la iniciativa privada o una combinación de ambos dependerá entre otras cosas del nivel que el Estado tenga en la salvaguarda de los depósitos. Se puede incluso dar el caso de que la institución encargada de proteger los depósitos sea también la que se encargue de la supervisión de las entidades bancarias, mientras que en otras ocasiones se crea principalmente con el propósito de proteger los depósitos y sólo complementariamente para ejercer funciones de regulación y supervisión<sup>686</sup>.

Se considera que el establecimiento de un esquema explícito de protección ofrece una seguridad jurídica que se refleja en la confianza de los depositantes, al quedar expresamente establecidas las disposiciones que regulan su estructura y forma de actuación, proveyendo de mayor transparencia y certidumbre al señalar los poderes y facultades de las autoridades y administradores que no quedan sujetos a la discrecionalidad de quien en ese momento ocupe el cargo.

b) Los sistemas institucionales de protección revisten en su mayor parte dos modalidades principales, según la forma de proteger a los depositantes y de fomentar la estabilidad del sistema.

---

<sup>684</sup> BALTERNSPERGER y DERMINE *cit. post.*, GARRIDO TORRES, Antonio, *Tesis Crisis Bancarias.....op. cit.*, p. 20.

<sup>685</sup> REVELL, *cit. post.*, GARRIDO TORRES, Antonio, “El seguro de depósitos.....”, *op. cit.*, p. 117 - 118.

<sup>686</sup> KYEI, Alexander, “Deposit Protection Arrangements: A Survey”, Authorized for distribution by Carl-Johan Lindgreen, *IMF, Working Paper*, N.º 134, 1995. p. 26.

Por un lado se encuentra el sistema de seguro para los depósitos que protege directamente a los depositantes. Un sistema de protección de depósitos 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 solvencia.

Por otra parte, la constitución de sistemas de garantía que protegen la solvencia de las instituciones e indirectamente a sus depositantes y acreedores. Cuando el esquema de protección no respalda a los depósitos 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<sup>687</sup>.

El esquema español se caracteriza como tendremos oportunidad de ver, por su doble finalidad, la de asegurar los depósitos y el saneamiento y reflotamiento de la entidad de crédito en dificultades<sup>688</sup>. Si se considera lo que se ha presentado en la práctica, la protección que se ofrece a los depositantes es en cierta medida indirecta ya que es frecuente que se prefiera sanear a una entidad de crédito antes que proceder al reembolso de los depósitos y dejar que la entidad quiebre si ésta se considera viable. Las medidas de saneamiento van encaminadas a procurar la viabilidad de la institución bancaria en un plazo que el esquema de garantía considere razonable. En caso de que no exista tal posibilidad y se produzca la declaración de quiebra, habrá de ejecutarse la garantía con las limitaciones que marca la propia ley<sup>689</sup>.

Se han preferido los sistemas explícitos con amplios poderes en lugar

---

<sup>687</sup> CEMLA, “Sistemas Financieros, prevención, manejo y solución de las crisis”, *Décima...op. cit.*, p. 123.

<sup>688</sup> Preámbulo del RD 2606/96 sobre los Fondos de garantía de depósitos.

<sup>689</sup> *Cfr.* Art. 8 y 11.2 RD 2606/96.

de uno implícito o meramente asegurador evitando así que las autoridades tengan que instrumentar una operación específica de salvamento cada vez que se descarte el uso de la fórmula aseguradora.

c) Desde el punto de vista de su titularidad los esquemas pueden ser de naturaleza pública, privada o mixta.

Públicos cuando sólo el gobierno participa en el esquema y privados cuando sólo los particulares participan en él y mixtos cuando tanto los particulares como el gobierno tienen participación en el esquema de protección.

Actualmente en diferentes países del mundo encontramos tanto esquemas creados y administrados por las autoridades oficiales; como los gestionados conjuntamente por estas últimas y las entidades bancarias; pasando por los articulados mediante acuerdos en el interior del propio sector bancario y dirigidos por las correspondiente asociaciones de profesionales<sup>690</sup>.

Cuestión polémica se desencadena al determinar si las autoridades deben colaborar directamente en la financiación del mecanismo asegurador. Mientras los partidarios de una respuesta afirmativa resaltan la contribución de este instrumento al mantenimiento de la estabilidad del sistema financiero, sus detractores destacan la conveniencia de hacer recaer el coste del seguro íntegramente sobre la comunidad bancaria, al ser esta la primera en beneficiarse de la estabilidad del sistema financiero.

Se esta de acuerdo con esta última postura en el sentido de que la comunidad bancaria debe participar en el sistema asegurador por el beneficio tan grande que obtiene de mantener seguro y equilibrado el sistema bancario. Si bien también se beneficia la economía en general. Pero la participación de los establecimientos de banca en el esquema, previene la toma de riesgos

---

<sup>690</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, “En torno a la.....”, *op. cit.*, p. 78.

excesivos y obliga a la vigilancia entre unas y otras entidades.

En relación a la cuantía del esquema se argumenta que en aquellos sistemas financiados y administrados total o parcialmente por las autoridades, la población puede creer que sus depósitos están protegidos por el gobierno, sería por tanto la garantía última proporcionada por éste, con sus recursos ilimitados y no el tamaño del esquema asegurador, lo que mantiene la confianza del público en éste mecanismo de protección<sup>691</sup>. Se alude también a la conveniencia de evitar el uso indiscriminado de fondos públicos en beneficio de una actividad privada.

Por lo que hace a la cobertura de los depósitos únicamente con acuerdos con compañías aseguradoras privadas ha constituido una experiencia sin el menor relieve, porque si bien pudiera tener la ventaja de facilitar una más correcta estimación de la insolvencia de los institutos bancarios y de los riesgos al cargar primas individuales a los bancos las cuales reflejen directamente esos valores, de tal manera que los bancos que sean calificados de más prudentes pagarán menos que aquellos que sean más riesgosos y así incrementar la eficiencia, también plantea problemas de contenido y gestión del esquema, credibilidad y menor confianza del público en su funcionamiento seguro y sólido surgiendo la cuestión de quién asegurará a los aseguradores privados<sup>692</sup>.

La industria del seguro privado en muchos países, comúnmente está menos desarrollada que la industria bancaria y no tiene suficientes recursos de capital para asegurar los depósitos bancarios<sup>693</sup>. Así, cuando se presenta un problema de insolvencia y desestabilización del sistema financiero en general, aunque la probabilidad de que se produzca el efecto de contagio sea pequeña, los costes a él vinculados pueden alcanzar niveles muy elevados por lo que no

---

<sup>691</sup> Vide. GARRIDO TORRES, Antonio, "El debate en torno al .....", *op. cit.*, pp. 49, 50.

<sup>692</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, *l. c.*, p. 78.

<sup>693</sup> Vide. MAC DONALD, Ronald, *op. cit.*, pp. 10, 11.



resulta fácil admitir o creer que las firmas de garantía privadas dispondrían de la capacidad suficiente para afrontar una situación de tal magnitud y las elevadas pérdidas pueden hacer llegar hasta niveles inviables el coste del seguro.

En caso de que los aseguradores privados tuviesen los suficientes recursos no están en posibilidad de proporcionar la garantía porque las quiebras bancarias tienden a no ser eventos aislados y los aseguradores no querrán exponerse al riesgo de tener que cubrir un efecto cadena en el evento de una crisis sistémica o por dificultades en evaluar las probabilidades de fallas bancarias. Corriendo el riesgo de que los aseguradores opten por el derecho de cancelar el seguro en circunstancias donde ellos consideren que los riesgos serán excesivos<sup>694</sup>.

Por otra parte, mientras que los organismos supervisores toman la decisión en el contexto de sus responsabilidades públicas y valoran los costes sociales que la quiebra puede causar a la comunidad, las compañías privadas guiadas por los lógicos incentivos económicos y considerando que el volumen de pérdidas potenciales dependen en gran medida de su habilidad para cerrar la entidad antes de que su situación se deteriore en exceso, optan por cerrar la institución lo antes posible. Esta actitud justificable desde la óptica económica del asegurador, dejaría sin protección a los depositantes justo en el momento en que más se les necesita<sup>695</sup>.

De ahí que los sistemas de garantía privados se vislumbren difícilmente como perfecto sustitutivo de un esquema de carácter público, semipúblico o asimilable en último término. Otra cosa es asignar a los aseguradores privados el papel de complementar la garantía para facilitar un cierto nivel adicional de cobertura<sup>696</sup>.

---

<sup>694</sup> *Ibidem*.

<sup>695</sup> GARRIDO TORRES, Antonio, “El debate en torno.....”, *op. cit.*, p. 56.

<sup>696</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, “En torno a la reforma.....”, *op. cit.*, p. 78.

Lo cierto es que alguna forma de participación de las autoridades siempre será esencial para garantizar la credibilidad de un sistema de protección de naturaleza privada. En este sentido resulta importante considerar la dificultad y trascendencia que implica transferir a los aseguradores privados la potestad de determinar el momento en que debe procederse al cierre de un banco asegurado. Por lo que apostamos a favor de una estructura mixta donde las aportaciones al esquema de protector sean privadas, donde el gobierno participe en la administración del mismo y sus aportaciones económicas sean excepcionales. Hasta hace poco tiempo España disponía de un sistema nutrido por aportaciones conjuntas del Banco de España y la comunidad bancaria. Actualmente el sistema se mantiene con aportaciones de estos últimos y excepcionalmente por aportaciones del Banco de España.

d) Como complemento a lo anterior, es posible clasificar los esquemas de protección en relación al ente que controla y administra el esquema de seguro:

Los que son administrados totalmente por el gobierno no habiendo participación alguna de las entidades en la administración del sistema. Y además se encuentran controlados y manejados por alguna autoridad financiera del gobierno.

Los sistemas de garantía creados por el gobierno a través de la legislación correspondiente, cuya administración está a cargo de éste y las entidades; se encuentran controlados por la autoridad financiera que designe la propia legislación.

Los esquemas propiciados por el gobierno que funcionan a través de una corporación independiente, en cuya administración participan generalmente el gobierno y las entidades. La corporación se encuentra bajo el control de algún ente público y el grado de independencia de ésta frente a las

autoridades es variable de un país a otro.

Esquema a cargo de las entidades, creados por disposición legal o cuya creación ha sido propiciada por las autoridades, pero en los cuales la administración queda totalmente a cargo de bancos y otras entidades. Sin embargo, el control del fondo se encuentra bajo la responsabilidad de alguna entidad financiera del gobierno.

Los acuerdos voluntarios, donde no existe participación alguna del gobierno en la creación y administración de los sistemas aunque se contemple legalmente su existencia. Estos esquemas se crean por acuerdos voluntarios entre las instituciones para protección mutua de sus depósitos y de ellas mismas frente a situaciones de insolvencia. La administración y el control quedan a cargo de organismos independientes que a su vez son financiados totalmente por las entidades miembros<sup>697</sup>.

La tendencia actual se inclina por establecer mecanismos de protección en que participan exclusivamente los bancos comerciales adheridos, que financian el sistema con las primas que aportan y con un órgano de administración donde participan autoridades y las propias instituciones bancarias. El órgano encargado de su administración esta integrado por representantes del Banco Central y de la comunidad bancaria, sin embargo, cabe considerar la administración única del gobierno, toda vez que la comunidad bancaria vela irremediabilmente por sus intereses.

e) Según el tipo de adhesión al régimen de protección los sistemas pueden ser:

De adhesión voluntaria cuando las instituciones bancarias tienen la opción de elegir su participación en el sistema de garantía de depósitos.

---

<sup>697</sup> PRIETO FORTUN, Guillermo, *op. cit.*, pp. 8,9,10.

De adhesión obligatoria cuando los bancos se encuentran obligados a participar en el sistema que señala su país.

De adhesión mixta, que se presenta cuando algunas instituciones están obligadas a adherirse al sistema que indique su país y otras tienen la capacidad de decidir su posible participación en el mismo. Muy pocos países llegan a presentar esta clase de sistema.

“La discusión en torno a la conveniencia de establecer un sistema voluntario u obligatorio está íntimamente ligada con la determinación de los objetivos asignados al seguro. Si lo único que se pretende es proporcionar a la población la oportunidad de poseer un activo libre de riesgo, el sistema podría ser voluntario. Si por el contrario se asigna al seguro el mantenimiento de la estabilidad del sistema bancario, existirán fundados argumentos en favor de la participación obligatoria”<sup>698</sup>.

Los que están a favor del seguro voluntario señalan que estos sistemas favorecen el autocontrol de las malas prácticas bancarias al ser las entidades adheridas las primeras en sufrir los costos inherentes a la quiebra de una de ellas. De ahí que se establezca la exigencia de una serie de requisitos como condición para ser admitidos en el Fondo asegurador. El objetivo consiste en evitar el ingreso en el esquema, de establecimientos que por desequilibrios financieros y negligencia en su gestión, pongan en peligro la solvencia patrimonial de éste <sup>699</sup>.

Mientras, los que están en contra de esa postura sostienen que cuando la adscripción al sistema es voluntaria, las entidades no incluidas en el mismo si bien no incurren en el coste de las primas, si deben afrontar el pago de intereses más elevados para captar ahorros. Principalmente en aquellos

---

<sup>698</sup> BALTERNSPERGER y DERMINE *cit. post.*, y *op. cit.*, p. 122.

<sup>699</sup> GARRIDO TORRES, Antonio, “El seguro de depósitos.....”, *op. cit.*, p. 123.

sistemas donde es obligatorio informar al cliente de la garantía de sus ahorros, las entidades no adscritas tienen dificultades para captar ahorros dada la falta de confianza de los ahorradores, lo que puede salvarse en parte con el pago de mayores tipos de interés. Con la adscripción obligatoria se reduce la posibilidad de este comportamiento oportunista. La elección entre aquellas entidades que están adheridas al sistema y las que no lo están conduce a una discriminación que puede afectar la estabilidad del sistema financiero al formar estructuras del sector bancario, generalmente muy concentradas y con dimensiones medias de los depósitos muy variadas<sup>700</sup>.

Se esta de acuerdo con un sistema obligatorio o que consiga llegar a abarcar la practica totalidad de los intermediarios bancarios, considerando que el sistema tiene propiedades naturales de bien público, pues la estabilidad financiera y seguridad de los depósitos constituyen un bien público. De hacerlo voluntario se produciría una situación de selección adversa ya que los bancos buenos no tendrán incentivos para pertenecer al seguro pero si los malos<sup>701</sup>.

La exhortación más usual es a favor del seguro forzoso. La experiencia enseña que en los países con adhesión voluntaria, difícilmente una entidad ha optado por quedarse al margen de la cobertura. No sólo porque puede haber vías indirectas para animar a la adscripción, sino que ello puede ser en buena parte el resultado de consideraciones competitivas: en particular, es el caso de los bancos pequeños, los cuales probablemente se verían en desventaja respecto a los grandes de no participar en los esquemas de garantía previamente diseñados<sup>702</sup>.

En la práctica acontece con frecuencia que la mayoría de las instituciones aceptan formar parte del sistema con el fin de no quedar en una posición de

---

<sup>700</sup> CARDONE RIPORTELLA, Clara, “El seguro de depósitos; incentivos y deseconomías de la regulación comunitaria”, *ICE*, N.º 753, 1996. p. 127.

<sup>701</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, “Los sistemas de garantía .....” *op. cit.*, p. 131.

<sup>702</sup> *Idem* “Los sistemas de garantía de depósitos en el marco de la Unión Europea: Algunas reflexiones en torno a la nueva normativa española”, *PSF*, N.º. 52, 1995. p. 12.

desventaja con respecto a las demás. Resulta lógico suponer que en un régimen de competencia, los depósitos vayan hacia aquellos bancos que ofrecen un margen de mayor seguridad. Los bancos que normalmente se muestran reacios a formar parte de un esquema de protección, son aquellos que operan en condiciones de menor competencia o de abierto monopolio<sup>703</sup>.

En muchos países se han introducido sistemas de protección de depósitos, con carácter obligatorio, al considerar que de otra forma algunos bancos podrían ganar una ventaja competitiva desde el momento en que son capaces de estar fuera del sistema y evitar el costo de las primas sin afectar marcadamente los deseos de los depositantes de colocar sus fondos con ellos. En este sentido, si el mayor número de bancos está fuera, el costo del esquema para otros institutos bancarios puede ser prohibitivo sin el subsidio proveído por las recaudaciones en los grandes y más seguros bancos<sup>704</sup>.

En el caso del esquema español, la adhesión se produce con carácter obligatorio para todas las entidades bancarias que figuren inscritas en los registros especiales del Banco de España. En cuanto a las sucursales de entidades de crédito autorizadas en otro país miembro de la Unión Europea establecidas en territorio español la adhesión es en el Fondo correspondiente a los establecimientos bancarios y es meramente facultativa. Esta circunstancia encuentra su justificación en el hecho de que las cantidades depositadas en esa sucursal ya cuentan con la garantía del esquema de protección existente en el país de origen de la entidad miembro también de la Unión Europea<sup>705</sup>.

Por lo que hace a las sucursales de entidades de crédito autorizadas en un país que no es miembro de la Unión Europea, que se ha establecido en España estarán obligadas a adscribirse al Fondo, cuando los depósitos constituidos en ella no gocen de protección alguna por un sistema de garantía

---

<sup>703</sup> MC CARTHY, Ian S., *op. cit.*, p. 592.

<sup>704</sup> *Vide. O.c.*, p. 596.

<sup>705</sup> RD 2606/96 Art. 5.2.

de depósitos en su país de origen. Las sucursales deben acreditar la cobertura que proporciona el sistema de garantía de su país de origen, si esta es insuficiente de acuerdo con el nivel otorgado por el esquema español, la adscripción será obligatoria en la medida necesaria para cubrir la diferencia. Si los depósitos estuvieren suficientemente garantizados en el país de origen, la adscripción será meramente voluntaria. En todo caso el Fondo de España podrá establecer convenios con los sistemas de garantía de otros países al objeto de organizar en su caso el pago de las indemnizaciones<sup>706</sup>.

f) El análisis de los sistemas de protección de los depósitos permite también diferenciar a estos de acuerdo a la forma de financiación, en:

Los que disponen de un fondo nutrido con primas aportadas periódicamente por sus asociados. Donde se constituye un organismo que sobre la base de fondos prestados o donados por el Estado y aportados por los bancos, garantice los depósitos hasta un monto determinado. Este monto puede variar, aumentando o disminuyendo de acuerdo con la situación económica y bancaria existente<sup>707</sup>.

Cabe distinguir también a los dispositivos de protección de depósitos creados como mecanismos colectivos de garantía específica y asistencia mutua, que se financian por lo común *ex post* mediante aportaciones de bancos adheridos impuestos a propósito en función de las necesidades efectivas, sin que sea relevante la constitución de un fondo permanente expresamente acumulado de antemano<sup>708</sup>. Se trata más de un sistema de intervención a *posteriori* que de un esquema de seguro formalmente instituido. Con contribuciones específicas, sus miembros responden de las obligaciones contraídas por una entidad en dificultades<sup>709</sup>.

---

<sup>706</sup> *Ibidem*.

<sup>707</sup> MC. CARTHY, Ian, *op. cit.*, p. 592.

<sup>708</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, “En torno a la reforma .....”, *op. cit.*, p. 78.

<sup>709</sup> REVELL, *cit. post.*, GARRIDO TORRES, Antonio, “El seguro de depósitos en los .....”, *op. cit.*, pp. 117 - 118

El principal argumento en favor de la formación de un fondo acumulado es que los recursos aportados pueden ser utilizados precisamente en cuanto surge la necesidad y dado que las primas rara vez son modificadas, este sistema permite a las entidades conocer con anticipación el importe de su contribución. Hay que tener en cuenta que si bien este esquema no elimina definitivamente la posibilidad de acudir al apoyo de las autoridades, si proporciona lo que se puede llamar una primera línea de defensa para hacer frente a posibles quiebras de entidades.

El argumento en contra apunta a que el inconveniente de este sistema viene a ser la posibilidad de estar en capacidad para determinar el tamaño óptimo del fondo. No hay que descartar que es factible que el nivel de este y las primas pagadas no se ajusten a las necesidades reales y que las entidades soporten un coste excesivo por la protección que reciben<sup>710</sup>. El tamaño del Fondo debe ser suficiente para cumplir adecuadamente sus objetivos; la propagación entre la población del temor de que se encuentra próximo a agotarse puede ser más peligroso que las dudas acerca de la solvencia de una entidad individual<sup>711</sup>.

En los sistemas que disponen de fondo acumulado, es posible diferenciar dos grandes modelos que ya señalábamos cuando nos referimos a los sistemas institucionales. Los que al tenor de consideraciones como el coste de la quiebra para el fondo y sus consecuencias sobre el resto de las entidades, pueden elegir entre el pago de los depósitos hasta el límite asegurado y la actuación con anterioridad a la declaración de quiebra, asegurando de hecho el mantenimiento de la actividad de la entidad en crisis; este es el caso del sistema de protección de los depósitos español. Por otra parte encontramos a los modelos capacitados únicamente para reembolsar los depósitos asegurados y que al igual que los esquemas con aportaciones

---

<sup>710</sup> Vide *ibid.*, p. 119.

<sup>711</sup> REVELL, *cit. post.*, *Ibidem.*



específicas *ex post* entran en funcionamiento con posterioridad a la declaración de quiebra de la entidad<sup>712</sup>.

El establecimiento de un sistema de contribuciones específicas presenta algunos inconvenientes ya que las entidades pueden verse obligadas a realizar sus aportaciones justamente cuando estén experimentando presiones sobre su cuenta de resultados. Nótese que aunque un gran número de quiebras bancarias tiene su origen en prácticas deshonestas o en una gestión incorrecta, no es menos cierto que las situaciones de crisis suelen producirse también en periodos de inestabilidad económica que afectan al conjunto de la comunidad bancaria<sup>713</sup>.

Se argumenta, que éste tipo de sistemas de garantía específica, además de impedir que las entidades fallidas contribuyan a cubrir los gastos que su quiebra ocasiona, tienen limitada capacidad para enfrentar y prevenir situaciones de insolvencia al entrar en funcionamiento con posterioridad a la declaración de quiebra y se limitan al pago de los depósitos asegurados. A pesar de su aparente mayor flexibilidad se considera que este no constituye alternativa sólida al establecimiento formal de un sistema de seguro de depósitos<sup>714</sup>.

g) Tomando en cuenta el límite de cobertura los sistemas se clasifican en:

Esquemas de cobertura total donde los depósitos quedan garantizados en su totalidad.

Esquemas de cobertura limitada cuando el sistema protege sólo hasta un porcentaje de los depósitos. Este es el caso del Fondo de garantía de depósitos español.

---

<sup>712</sup> *Ibidem*.

<sup>713</sup> *Idem*. “El debate en torno al seguro.....”, *op. cit.*, p. 49.

<sup>714</sup> MC CARTHY, *cit. post, o.c.*, p. 117 - 118.

Sistemas de cobertura discrecional o mixta cuando en situaciones normales, sólo se garantiza un porcentaje del depósito y en tiempo de crisis bancaria se respalda la totalidad del mismo<sup>715</sup>.

La determinación de cualquiera de estos tipos de cobertura ha sido motivo de importantes discusiones entre diferentes posturas como lo veremos más adelante.

h) Finalmente hay que destacar el modelo diseñado en Nueva Zelanda donde los seguros de protección de depósitos han sido rescindidos en favor de requerimientos transparentes que hacen a los propietarios y depositantes responsables de sus acciones<sup>716</sup>. No cabe duda que un sistema de este tipo, exige un alto nivel de responsabilidad, seriedad y ética, por parte de las autoridades, de los banqueros y del público en general.

El tamaño de las entidades, el grado de control que el Estado tenga sobre el sistema bancario, la tradición de la figura del prestamista de última instancia y los objetivos generales del esquema en el sistema bancario, son algunos de los factores que están influyendo en la elección de uno u otro sistema de garantía.

### **3.5 El riesgo moral en el esquema de protección**

Se sabe que una sobre extensión del grado de protección de los depósitos puede disminuir el papel de la disciplina de mercado en tratar de evitar que los bancos tomen políticas de riesgo poco sanas, en este sentido uno de los aspectos negativos de los esquemas de protección de los depósitos consiste precisamente en las distorsiones que provoca el denominado "*riesgo moral*".

---

<sup>715</sup> HERNANDEZ TORRES, Liliana, *op. cit.*, p. 66, 67.

<sup>716</sup> *Vide*. KYEI, ALEXANDER, *op. cit.*, p. 27.

*“El problema del riesgo moral (moral hazard) aparece cuando algún tipo de protección sobre los depósitos, ya sean explícitos o implícitos provoca distorsiones a los incentivos que reciben las instituciones financieras”*<sup>717</sup>. Es decir, se presenta cuando las partes que gozan de una garantía incluidos los propios depositantes, los propietarios del banco y los administradores, empiezan a ser menos cuidadosos con sus hábitos personales o sus prácticas de negocios y deliberadamente explotan esta. Pero los efectos se extienden también a los acreedores, prestadores y otras partes como reguladores, supervisores y políticos quienes pueden tomar ventaja de la protección que ofrece la garantía para mover sus propios intereses a expensas del monto asegurado<sup>718</sup>.

El grado de riesgo depende directamente de si la protección se extiende a los accionistas, y a la administración del banco y del nivel de seguridad que se le imparta a los depositantes. Por ello cuando se decide implantar un sistema de protección explícita, se debe eliminar por completo la posibilidad de que los accionistas y administradores de un banco se puedan ver beneficiados por una quiebra. Definir qué sistema de protección es conveniente adoptar para disminuir el riesgo, es una decisión que compete a las autoridades que valoran las condiciones particulares de cada esquema. Sin embargo pudiera considerarse que el sistema implícito se encuentra en desventaja con el explícito, pues se aplica totalmente de manera discrecional dejando a los depositantes, con la incertidumbre de si serán o no protegidos sus depósitos.

---

<sup>717</sup> DIAZ DE LEON CARRILLO, Alejandro, *op. cit.*, p. 10; MAC DONALD, Ronald, *op. cit.*, De acuerdo con el autor, en un sentido literal, el riesgo moral se refiere a los efectos adversos que desde el punto de vista del asegurador, la existencia de un seguro puede tener en el comportamiento de los asegurados. p. 7.

<sup>718</sup> GARCIA, Gillian, *op. cit.*, p. 22; V. también MAC DONALD, Ronald, *op. cit.*,. El depositante bancario puede contribuir al riesgo moral si el seguro de depósitos significa que estos no se sientan obligados a valorar el riesgo de crédito asociado con su dinero depositado en un determinado banco. En tal situación los depositantes pueden elegir su banco sin referencia a sus condiciones financieras. Esto significa que probablemente escogieran el banco solamente de acuerdo a las tasas de interés que estos ofrezcan. Los directores y accionistas del banco también pueden contribuir al riesgo moral como resultado del seguro de depósito particularmente cuando la compensación que se otorga a los depositantes es generosa. El conocimiento de que los depositantes no perderán en el evento de una quiebra bancaria puede inclinar a la gente que controla el banco a incurrir en negocios más riesgosos. p. 7, 8.

Cuando todos los depósitos están asegurados con un esquema implícito o de cobertura total, los bancos que cuentan con carteras de alto riesgo tienden a ofrecer a los depositantes una alta rentabilidad y atraen a un mayor número de clientes. Estos no encuentran motivo alguno para retirarse de las instituciones menos solventes porque saben que sus depósitos están asegurados. De esta forma, cuando un esquema de protección genera incentivos hacia una excesiva asunción de riesgos, provoca distorsiones en el funcionamiento de las fuerzas del mercado.

“Cuanto menos solventes se vuelven las instituciones receptoras de depósitos tanto mayores serán los incentivos que se les ofrecerán para la realización de operaciones de alto riesgo. Si los incentivos son muy negativos, nada podrá hacer en la práctica ningún organismo supervisor para controlar la situación”<sup>719</sup>.

Por ello con frecuencia se argumenta que, la existencia de una red de seguridad con sistemas de garantía de depósitos puede inducir a los depositantes a ser indiferentes a la exposición del riesgo de instituciones individuales. Los bancos mismos pueden tender a incorporar su protección en sus políticas de administración particularmente en consideración a la disponibilidad de depósitos.

Estos aspectos han sido particularmente importantes en años recientes en países donde la cobertura de protección es percibida como aplicación de facto para todos o casi todos los depósitos. Todos los depositantes son animados a colocar sus fondos en las instituciones que pagan las más altas tasas de interés, sin importar si son financieramente más débiles que sus competidores. Con esto se anima a la toma de un riesgo excesivo por parte del banco de que se trata, con la intención de compensar el más alto costo del depósito. Si esta situación no se detiene a tiempo, el aumento de la debilidad

---

<sup>719</sup> CEMLA, “Estudios sobre seguro.....”, *op. cit.*, p. 84-85.

de instituciones riesgosas podría ser subsidiada en la práctica a expensas de los bancos más fuertes y saludables<sup>720</sup>.

Esta es la consideración que plantea el problema general de determinar las bondades pero también los contras de la protección de los depósitos<sup>721</sup>. La experiencia de las últimas décadas ha puesto a prueba el funcionamiento de los esquemas de protección en numerosos países. La existencia de estos, ha probado un importante factor para disminuir la probabilidad de retiradas masivas de depósitos, circunscribiendo de éste modo, el impacto potencial de una peligrosa falla bancaria y proporcionando a las autoridades un mayor campo de actuación. Pero también ha puesto a las autoridades alerta frente al riesgo moral que puede empezar a ser más frecuente en aquellos casos donde no solamente los depositantes sino también la institución puede estar directamente protegida por los esquemas de protección de los depósitos.

Por ello, si bien resulta conveniente salvaguardar los depósitos de dinero para mantener la estabilidad del sistema bancario y la confianza pública en él, no es bueno sin embargo que ello conduzca a un nivel de seguridad tal que en la práctica haga desaparecer todo riesgo en las operaciones que se llevan a cabo. Ya que es fácil sucumbir a la tentación de aplicar políticas aventuradas o imprudentes, máxime cuando se tiene la certidumbre que en cualquier caso se arbitran soluciones para superar cualquier tipo de situación a que esas políticas pueden conducirles.

### **3.6 El prestador de última instancia frente al esquema de salvaguarda**

Son el prestamista de última instancia y los esquemas de protección de depósitos en sus diferentes modalidades, instrumentos utilizados para dar estabilidad al sistema bancario. El prestador de última instancia resulta una

---

<sup>720</sup> PECCHIOLI, R.M, *op. cit.*, p. 134.

<sup>721</sup> *Idem.*, p. 133.

actividad discrecional que desempeña usualmente el Banco Central de cada país para prestar ayuda a un banco o al sistema bancario cuando está experimentando problemas de liquidez. Debe distinguirse entre la típica o rutinaria operación de descuento para propósitos monetarios normales con frecuencia con acceso formalizado por ejemplo para enfrentar temporales variaciones de demanda de liquidez y por otro lado las medidas de emergencia para bancos con problemas, hechas sobre una base más discrecional<sup>722</sup>.

Mucho se ha argumentado que la intervención del Banco Central como prestador de última instancia se habría de reservar para aquellas ocasiones en que se considera que está amenazado el sistema financiero<sup>723</sup>. Su misión no sería acudir en defensa de todas y cada una de las entidades solventes e insolventes que experimentan dificultades. Pues en ocasiones la falla en las instituciones bancarias siempre que no se ponga en peligro la estabilidad del sistema, refuerza el principio de la disciplina del mercado<sup>724</sup>.

En otra línea de argumentación se destaca la complejidad para distinguir problemas de solvencia y liquidez, conceptos que difícilmente pueden estar separados por completo. El Banco Central tiene dificultad en distinguir instituciones solventes pero con falta de liquidez de aquellas que son ilíquidas e

---

<sup>722</sup> DAVIS, E.P., *Problems of Banking Regulation and EC Perspective*, Economics Division, Bank of England, Financial Markets Group, LSE, London, s.f. Se refiere el autor al prestador de última instancia, al que define como una institución, usualmente el Banco Central, que tiene la facultad discrecional de producir dinero o elevar el valor de la moneda para apoyar instituciones que enfrentan dificultades de liquidez, no de solvencia; para crear una base monetaria y asegurar el funcionamiento del sistema de pagos y evitar o dilatar la insolvencia de una institución. p. 5.

<sup>723</sup> Al respecto BALTENSPERGER, Ernst, "The Economic Theory of Banking Regulation", en *The Economics and Law of Banking Regulations*, Occasional Paper, 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. El autor hace alusión a diferentes posturas en torno a la intervención del banco central como prestador de última instancia, por un lado dice que con un buen sistema de créditos un banco solvente debería estar en posibilidad de obtener crédito del mercado privado. Se dice también que el Banco Central no debería preocuparse por la suerte de un banco individual sino sólo del sistema bancario en su conjunto. De ahí la labor de mantener un adecuado volumen en los mercados privados. Otra postura que es la que usualmente toma el banco central es que debido a las imperfecciones en los mercados del crédito, básicamente bancos sanos pueden encontrar difícil o imposible obtener suficiente crédito del mercado cuando experimentan una reducción de liquidez de ahí que la asistencia del prestador de última instancia se destine a ayudar también a bancos individualmente cuando estos problemas ponen en peligro su supervivencia y pueden hacer que otros bancos y el sistema en general también los presente. Esta postura se basa en que las autoridades pueden juzgar la salud y la potencialidad en la supervivencia de un banco individual mejor que el mercado. p. 10 y ss.

<sup>724</sup> GARRIDO TORRES, Antonio, *Crisis Bancarias y Regulación Financiera. L'asseguransa de depósitos*, Documento de Treball, N.º 22/91, La Caixa, Barcelona, 1991, p. 28.

insolventes. Si hay iliquidez un banco está a punto de caer en la insolvencia de otra forma podría haber estado en posibilidad de obtener dinero en los mercados interbancarios. Si se considera que la percepción pública de un problema de liquidez, normalmente significa que alguna dificultad de solvencia bancaria existe y que con mucha frecuencia un problema de este tipo, acaba desembocando en uno de insolvencia, se justifica la tarea del Banco Central de intervenir como prestador de última instancia para proteger el nivel de recursos líquidos y la provisión de dinero en la economía<sup>725</sup>.

En opinión de algunos autores, el Banco Central únicamente debería otorgar préstamos a las entidades solventes con dificultades que pongan en peligro su viabilidad<sup>726</sup>. Pues solamente una entidad bancaria solvente estará en posibilidad de hacer uso de los recursos prestados provechosamente con vista a asegurar su supervivencia futura. Mientras que esos mismos recursos difícilmente evitarían la declaración de insolvencia en una institución bancaria a punto de la quiebra.

Pero el Banco Central puede dar a un banco en problemas el beneficio de la duda y proveerlo de asistencia otorgando liquidez cuando está en insolvencia, prestar en interés de la estabilidad del sistema con la esperanza de que se recobre; aún cuando tiende a ser relativamente ignorante acerca de las pérdidas potenciales que ocurrirían como resultado de prestar a una institución dudosamente solvente. Esta actitud si falla hace que se produzcan mayores pérdidas<sup>727</sup>.

Otras posturas, señalan que la “única forma válida de evitar la aparición del pánico y la crisis financiera consiguiente, es prestar con libertad al que lo necesita.” Basan su argumentación en que la reserva bancaria de un país no importa quien la conserva, no se guarda con finalidades de exhibición sino para

---

<sup>725</sup> *Vide. o.c., p. 23.; V. también BALTENSPERGER, Ernst, op. cit., p. 10 y ss.*

<sup>726</sup> GARRIDO TORRES, Antonio, *o.c.*, p. 22.

<sup>727</sup> GARCIA, Gillian, *op. cit.*, p. 28.

ciertos propósitos esenciales y uno de estos es satisfacer una demanda de efectivo provocada por una alarma interna, por lo que la autoridad que la conserva ha de estar dispuesta a utilizarla para evitar que se extienda el pánico entre la población<sup>728</sup>. Esta política aunque arriesgada, sería la única viable para intentar evitar el desenvolvimiento de un pánico y la falla de otros bancos incluso del propio Banco Central. En todo caso, las autoridades deben confrontar las razones y los beneficios derivados de su intervención.

Los especialistas han discutido también ampliamente el tema de la relación existente entre la figura del prestador de última instancia y el esquema de protección de depósitos, algunos argumentan que son dos instrumentos perfectamente substitutivos y excluyentes entre sí<sup>729</sup>, mientras que otros los consideran complementarios<sup>730</sup> y que contribuyen a lograr un objetivo común, que es el mantenimiento de la estabilidad del sistema financiero de un país. En opinión de otros, tanto el prestamista de última instancia como el seguro de depósitos introducen distorsiones en las decisiones de las entidades financieras. Ambas actividades reducen los incentivos de los depositantes a supervisar la marcha de los bancos e inducen dada la responsabilidad limitada de estos, a una asunción excesiva de riesgo elevado dado que los depósitos están explícita e implícitamente asegurados<sup>731</sup>.

---

<sup>728</sup> BAGEHOT, Walter, "A description of the money market" H.S King Londres, 1973, reimpresso en St Jonh Stevas, Norman; Ed. The Collected Works of Walter Bagehot. The Economist. London, 1978., *cit. post.* GARRIDO TORRES, Antonio, *op. cit.*, p. 20.

<sup>729</sup> FISINGER, Jorg, "Bank Regulation and Deposit Insurance, Comment", "The Economics and Law of Banking Regulations" *Occasional Paper*, Vol. 2, Winter 1989/90, Edited by Eirik G. Furubotn and Rudolf Richter, Center for the Study of the New institutional Economic, Universitat des Saarlandes, *s.l.* Cuando hace referencia a la prevención de los pánicos bancarios señala que la evidencia histórica, sugiere que el peligro de contagio en las corridas bancarias ha sido sobrevalorado. Pues aún en la ausencia de un seguro de depósitos, el Banco Central puede contraatacar la quiebra de un banco pequeño o grande, para evitar el contagio o una contracción en el abastacimiento del dinero. p. 63.

<sup>730</sup> MAC DONALD, Ronald, *op. cit.*, En la mayoría de los casos dice el autor, un esquema de seguro de depósitos esta visto como un complemento a otras medidas oficiales diseñadas para proteger a los depositantes del riesgo de pérdida. Esto incluye un sistema de otorgamiento de licencia y supervisión que opera primeramente controlando la cantidad de riesgo asumida por los bancos comerciales en relación a sus recursos de capital y administración. Adicionalmente, si los bancos comerciales devienen en presiones de liquidez, pueden solicitar el Banco Central una financiación a corto plazo que sería facilitada en su carácter de prestador de última instancia p. 59.

<sup>731</sup> VIVES TORRENTS, Xavier, "Desregulación y reforma regulatoria en el sector bancario", *PEE*, N°. 58, 1994, p. 4.



Se considera que ambos mecanismos son indispensables para aguardar la seguridad de los depósitos bancarios de dinero y más que ser excluyentes se está de acuerdo con la tesis que sustenta su complementariedad. Si hasta ahora se ha venido apoyando la importancia de la actividad bancaria y la trascendencia de la protección de los fondos que les son confiados, cabe afirmar que todo mecanismo que tienda a alcanzar los niveles más altos de seguridad en los depósitos de los ahorradores y clientes es de vital importancia si bien algunos de estos cuentan con una mayor definición a la hora de entrar en funcionamiento a todos los motiva la intención positiva de proteger los depósitos y mantener la estabilidad económica y financiera del sistema bancario de un país.

Es cierto que un esquema explícito ofrece mayor definición a la vez que aporta seguridad, pero también lo es que por la trascendencia de la actividad bancaria, el Estado siempre se vera comprometido a contar con instrumentos como el prestador de última instancia, que le permitan actuar en caso de que se presenten dificultades en el marco del sistema financiero, todo en base a proteger al interés público.

### **3.7 Evolución histórica de los sistemas de protección**

#### **3.7.1 Experiencia del seguro de depósitos en Estados Unidos**

A finales de la década de 1960 principios de 1970 un importante número de países dan entrada en su sistema financiero a mecanismos de protección de los depósitos.

Los antecedentes inmediatos de los sistemas de garantía de los depósitos existentes actualmente, se ubican en los esquemas establecidos a lo largo del siglo XIX en Estados Unidos de Norte América, basándose en ciertas formas de garantías mutuas utilizadas por los comerciantes chinos en el

siglo XVIII<sup>732</sup>.

Entre 1829 y 1866 seis Estados de los EE.UU, van a introducir en sus legislaciones un mecanismo de seguro de las obligaciones bancarias; va a ser el de Nueva York el primero en aplicarse en 1829. Más tarde, esta iniciativa va a ser secundada por los Estados de Vermont, Indiana, Michigan, Ohio y Iowa, garantizándose sin ningún tipo de limitación el reembolso de los billetes en circulación y de los depósitos de la población, con vista a reducir su exposición al riesgo e incentivar la incorporación de entidades solventes<sup>733</sup>.

De esta forma, seis Estados antes de la Guerra Civil y ocho después de ésta habían adoptado un seguro de depósitos. Detrás de todos estos esquemas de seguro se encuentra el deseo de mantener la estabilidad de las pequeñas unidades bancarias y la intención de aislarlas de desequilibrios económicos y fallas o quiebras en el sector. Catorce Estados pusieron en acción un seguro de depósito entre 1829 y 1917. En un sentido podemos pensar en estos Estados como pequeñas y diversificadas economías tratando de encontrar un camino para proteger su sistema bancario, los Estados restantes, siguieron sin mostrar demasiado interés en el seguro de depósitos<sup>734</sup>.

En la década de 1920, las instituciones bancarias de los Estados Unidos sufrieron una fuerte presión debido a la recesión de la pos primera Guerra Mundial y el descenso de los precios de la agricultura. Los bancos fallaron a niveles históricamente elevados mientras el resto de la economía continuo medrando; los bancos sobrevivientes enfrentaron una fuerte competencia y la falla de los pequeños empezó a erosionar las barreras a extenderse. En este ambiente las unidades bancarias de reducido tamaño encontraron difícil

---

<sup>732</sup> ANTON, JOSE, “El Fondo de Garantía de Depósitos”, *PEE*, N.º 3, 1980. p. 184.

<sup>733</sup> GARRIDO TORRES, Antonio, *op. cit.*, p. 37.

<sup>734</sup> WHITE, Eugen, “Deposit Insurance”, *Policy Research Working Paper* 1541, The World Bank Policy Research Department, Finance and Private Sector Development Division and Financial Sector Development Department, November, 1995, p. 5.

competir y se voltearon al área política para solicitar protección segura<sup>735</sup>. Entre 1921 y 1929, un promedio de 600 bancos por año quebraron en EE.UU y entre 1930 y 1932 cerca de 5000 tuvieron que ser clausurados.

En 1933 el presidente Roosevelt declaró un periodo de vacaciones bancarias a nivel nacional a partir del 6 de marzo. Más de 4000 bancos no volvieron a abrir después de esta declaración. Después del colapso, entre 1930 y 1933 quebraron más de 9000 bancos comerciales. En ese contexto resultaba evidente la necesidad de una reforma en el sistema bancario del país<sup>736</sup>.

En 1932 se celebró una reunión a nivel nacional para establecer un seguro de depósitos; sorprendentemente, aún miembros del Congreso de Estados en los que la rama bancaria estaba fuertemente reacia a adoptar alguna forma de seguro de depósito lo aceptó. Este cambio ocurrió en parte por la severa y equivocada contracción monetaria llevada a cabo por la Reserva Federal empezando el año 1929 que provocó una larga cadena de fallas bancarias y dio a los empresarios y políticos en Washington la oportunidad de actuar para sus propios remedios y especiales intereses<sup>737</sup>.

Fue así como se adoptó en Estados Unidos la “Federal Deposit Insurance Corporation” (Corporación Federal de Seguros sobre Depósitos) en la Banking Act de 1933 implantado a principios de 1934 en el apogeo de la gran depresión; representando un cambio importante en la opinión pública<sup>738</sup>, ya que tendía a recuperar la confianza del público en el sistema bancario, tras las miles de quiebras que se produjeron en aquellos años.

En junio de 1934 alrededor de 14 000 bancos comerciales con un volumen de depósitos cercanos al 92% del total, se habían adherido al seguro.

---

<sup>735</sup> *Vide. ibid.*, p. 6.

<sup>736</sup> GARRIDO TORRES, Antonio, *Tesis Crisis Bancarias y Regulación Financiera, el seguro de depósitos, apariencia y realidad*, U.B. , Barcelona, 1990. pp. 138, 139.

<sup>737</sup> WHITE, Eugen, *op. cit.*, p. 7.

<sup>738</sup> *Vide. L.c.*, p. 4.

La FDIC fue dotada de una amplia capacidad para inspeccionar a las entidades adheridas al seguro y se convirtió de hecho en la primera agencia de supervisión de los Estados Unidos<sup>739</sup>.

En ese contexto, la administración de los dos principales sistemas federales de seguro de depósitos se confió a dos organismos gubernamentales autónomos: la Federal Deposit Insurance Corporation que brinda cobertura a los depósitos efectuados en bancos y Federal Savings and Loans Insurance Corporation que hace lo propio con los depósitos en asociaciones de ahorro y préstamo. Ambos sistemas cobraban primas a las instituciones tomadoras de depósitos para cubrir el costo de administración del sistema; resolver los problemas de las instituciones en apuros y crear un fondo de reserva que permitiera atender las futuras reclamaciones<sup>740</sup>.

El sistema funcionó satisfactoriamente a lo largo de casi medio siglo en un entorno de relativa estabilidad macroeconómica, sin embargo presentaba el problema del riesgo moral. Las instituciones receptoras de depósitos estaban en posibilidad de llevar a cabo prácticas riesgosas sin temor a que los depositantes retiraran su dinero ni de tener que pagar más que sus competidores para obtener recursos financieros. Por tanto el sistema subvencionaba la asunción de riesgos. A finales de los años setenta la situación económica se fue deteriorando, se comenzó a alterar el entorno de la competitividad produciéndose más quiebras de bancos y asociaciones de ahorro y préstamo que en ningún otro periodo anterior a la existencia de los esquemas de protección<sup>741</sup>.

---

<sup>739</sup> GARRIDO TORRES, Antonio, *Tesis .....op. cit.*, pp. 138, 139.; SPRAGUE, Irvine H., “Estados Unidos. La Corporación Federal de Seguros sobre Depósitos (FDIC)”, *Supervisión y Fiscalización Bancarias I*, CEMLA, México, 1982. Actualmente, la FDIC supervisa a la mayoría de los bancos comerciales y de ahorro de los Estados Unidos, aunque sólo sea uno de los organismos federales y estatales que regulan las actividades de dichos bancos. Otros dos organismos federales más fiscalizan las asociaciones federales de ahorros y de préstamos y las unidades federales de crédito y aproximadamente 55 organizaciones supervisan pues a las instituciones de depósito del sistema financiero de los Estados Unidos. p. 295

<sup>740</sup> CEMLA, “Estudios sobre seguro.....”, p. 85.

<sup>741</sup> *Vide. L.c.*, p. 86.

De esta forma la historia de los esquemas de protección en los EE.UU, muestra algunas lecciones. En primer término, el seguro de depósito no fue adoptado primeramente para proteger al depositante; había muchos caminos para incrementar la estabilidad del sistema bancario y los problemas del seguro de depósitos eran bien conocidos desde los experimentos estatales que procedieron a la Federal Deposit Insurance Corporation. En segundo lugar, el récord histórico y los planes de seguro estatales muestran que es casi imposible escapar del riesgo moral y otros problemas inherentes al seguro de depósitos. En tercer lugar, el establecimiento de regulaciones bancarias, incluyendo el seguro de depósitos, crean el vestíbulo que permitiría en el futuro proteger la institución bancaria y ser llevada hacia una dirección particular cuyo curso va a ser difícil de alterar<sup>742</sup>.

### 3.7.2 El esquema Checoslovaco

Es a Checoslovaquia a quien se le atribuye el mérito de haber sido pionera en introducir a nivel nacional un esquema de protección de los depósitos, al implantar en 1924 un doble sistema de garantía<sup>743</sup>. El primero financiado con aportaciones del resto de la comunidad bancaria y con amplios poderes para imponer planes de reestructuración y saneamiento a las entidades que lo solicitaran, tenía el objeto de ayudar a las entidades que habían experimentado cuantiosas pérdidas a raíz de la primera Guerra Mundial. El segundo pretendía incentivar el ahorro incrementando la seguridad de los depositantes; cubriendo hasta el 80 por 100 de las obligaciones de la entidad en caso de producirse una quiebra bancaria. Ambos sistemas eran financiados por la comunidad bancaria en sus inicios pero debido a las pérdidas que posteriormente se fueron produciendo, se vieron en la necesidad de solicitar la intervención de las autoridades siendo en la práctica administrados por el Ministerio de Economía<sup>744</sup>.

---

<sup>742</sup> WHITE, Eugen, *op. cit.*, p.12.

<sup>743</sup> En los Estados Unidos, este fue establecido primeramente a nivel estatal es decir, fueron entidades Estatales como Nueva York las primeras en incorporar en su sistema bancario una figura de este tipo

<sup>744</sup> GARRIDO TORRES, Antonio, "El seguro de depósitos.....". *op. cit.*, p. 116-117.

Sin embargo, al parecer no fue el sistema checoslovaco el que ejerció influencia en la configuración de sistemas de protección de depósitos aparecidos posteriormente en los diversos países sino la Federal Deposit Insurance Corporation creada en 1933 en los Estados Unidos que garantizaba el reintegro de saldos inferiores a 2500 dólares, volumen que fue elevado sucesivamente incorporando como novedad un esquema de supervisión que vigilara la actuación de los bancos asegurados<sup>745</sup>.

### 3.8 Desarrollo del sistema de protección en España

Como lo hemos venido señalando, el sistema de protección de los depósitos es una pieza más del conjunto de regulaciones que componen el escenario en el que operan las entidades de depósito bancarias. Por tanto, si se desea tener una adecuada perspectiva del mismo, ha de analizarse en relación con ellas para alcanzar los fines de seguridad, solvencia, estabilidad y eficiencia del sistema bancario<sup>746</sup>.

Si bien es cierto que los fenómenos de crisis han acompañado a la actividad bancaria desde su inicio en España en el Siglo XVI, lo cierto es que es hasta fechas recientes que se estructuró un verdadero instrumento de garantía de depósitos en las entidades de crédito<sup>747</sup>.

“La Federal Deposit Insurance Corporation estadounidense, ha sido el modelo de referencia obligado para casi todos los países que han instrumentado un esquema de protección de depósitos y España no ha sido la excepción”<sup>748</sup>. “La creación de un organismo como éste fue providencial, como se comprueba con el hecho de que haya intervenido en 28 de los 50 bancos

---

<sup>745</sup> TORIBIO, Juan José., “El sistema financiero ¿Libertad o regulación?”, *PEE*, N.º 27, 1986, p. 423.

<sup>746</sup> PARDO ALES, Gloria, “El seguro de depósitos frente a la liberalización bancaria”, *ICE*, N.º 686, Octubre, 1990. pp. 151 y ss.

<sup>747</sup> MUÑOZ CERVERA, Miguel, “Real Decreto 2606/96 de 20 de diciembre por el que se desarrolló el régimen jurídico de los fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito”, *CDC*, 1997. p. 196.

<sup>748</sup> GARRIDO TORRES, Antonio, *Crisis bancarias.....op. cit., p. 77.*

que entraron en crisis en el periodo de 1978 - 1985”<sup>749</sup>.

En el desarrollo de las medidas tomadas por el legislador para hacer frente a las crisis bancarias cabe señalar como antecedente el Decreto Ley de nacionalización y reorganización del Banco de España de 18/1962 del 7 de junio, que atribuyó al Consejo ejecutivo de este organismo, la potestad para acordar las medidas previas para ofrecer el concurso posible del banco a las instituciones de crédito que habiendo llevado a cabo su actividad en base a las buenas prácticas bancarias, se encontraran en crisis general o en dificultades de tesorería; siempre que así lo aconsejara el interés<sup>750</sup>.

El origen del Fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios, ha de enmarcarse en un ámbito legislativo carente de una adecuada regulación en que estaban prácticamente ausentes los principios de solvencia, competencia, profesionalidad y responsabilidad, permitiendo mantener gestiones poco ortodoxas; de alguna forma se había llegado a consolidar un modelo basado casi en exclusiva en el control a priori. El marco legal carecía de procedimientos adecuados de auditoria e inspección y no se había instrumentado el seguimiento de la dinámica de las entidades respecto a su dimensión y a la correcta diversificación de riesgos de modo que pudiera garantizarse la oportuna actuación preventiva. La falta de regulación sobre solvencia de las entidades se puso de manifiesto al establecerse un coeficiente de garantía al margen del nivel de riesgos asumidos por las entidades bancarias y sobre todo en ausencia de conexión con el objetivo prioritario del saneamiento de los activos, todo lo cual permitió condicionar el saneamiento y la solvencia a la determinación del beneficio y al reparto de dividendos<sup>751</sup>.

La previsión de turbulencias obligó a la creación del Fondo de garantía

---

<sup>749</sup> MUÑOZ CERVERA, Miguel, *l.c.*, p. 196.

<sup>750</sup> *Cfr.* Art. 8 de la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 recogida a su vez en el Art. 12.6 del DL 18/1962 del 7 de junio; *Vide.* PIÑEL LOPEZ, Enrique, “La crisis bancaria desde la óptica del Derecho”, *RDBB*, N.º 11, 1983. p. 556.

<sup>751</sup> NIETO DE ALBA, Ubaldo, “Solvencia, control y crisis de la empresa financiera”, *CDC*, N.º 13, 1994. p. 289.

de depósitos en establecimientos bancarios por Decreto 3.048/77 del 11 de noviembre, cuya función primigenia y exclusiva, la que justificó su denominación, consistía en operar como institución de cobertura que prestaba una función aseguradora a los depositantes de las entidades en crisis, no de la entidad misma.

Así pues, se crea como mero esquema asegurador de los depósitos, con la finalidad de establecer un instrumento de cobertura de depósitos, bajo la modalidad de fondo de garantía mutua, con el fin de abrir el camino a su actuación para afrontar las crisis bancarias antes de que el banco cayera en situación de suspensión de pagos o quiebra<sup>752</sup>. El Fondo no tenía ningún papel activo en el tratamiento de crisis bancarias limitándose a pagar a los depositantes hasta el límite fijado tras la declaración de insolvencia de una entidad y subrogándose en todos los derechos de aquellos.

En su constitución inicial, el Fondo se nutría con las primas satisfechas por la comunidad bancaria y contaba también con los recursos del Banco de España; la aportación de los bancos era computable en su coeficiente de caja; estos ingresaban una cuota inicial y única equivalente al uno por mil de sus depósitos al 31 de diciembre de 1976 que se ajustaría anualmente de acuerdo con la evolución de los depósitos. El Banco de España por su parte aportaría una cantidad igual que resultaba de la suma de las aportaciones de todos los bancos<sup>753</sup>.

Se constituye como mero patrimonio de afectación dentro del Banco de España que es el responsable de su administración. Estaba integrado con todos los bancos inscritos en el registro de bancos y banqueros con acceso a la financiación de este organismo<sup>754</sup>. Aunque la adhesión al Fondo se previó voluntaria, el hecho de que la pertenencia al mismo fuera condición

---

<sup>752</sup> *Ibidem*.

<sup>753</sup> RD 3.048/77 Art. 2o.

<sup>754</sup> *Cfr. L.c. Art. 1o.*



indispensable para gozar de la financiación del Banco de España, hizo presuponer que realmente la participación de las entidades se hacía obligatoria.

“A través de la creación del Fondo, se pretendió no la constitución de un auténtico seguro voluntario sino indirectamente establecer un cauce jurídico que permitiera disciplinar la actuación de los bancos por la vía de la amenaza de la exclusión y solucionar crisis bancarias por medio de cauces diferentes al mero seguro de depósitos”<sup>755</sup>.

En los casos de suspensión de pagos o quiebra, el Fondo garantizaba a los depositantes la devolución de sus depósitos hasta un máximo de 500,000 pesetas por persona física o jurídica cualquiera que fuera el número y clase de depósitos en los que figura como titular, previa subrogación al Banco de España en los derechos del depositante indemnizado, contra la entidad de crédito<sup>756</sup>.

El Fondo no intervenía directamente en la administración de la entidad bancaria pero podía excluir a aquella de su protección, si no atendía a las indicaciones del mismo cambiando su política de actuación<sup>757</sup>.

No tardó demasiado tiempo en advertirse la insuficiencia del RD. 3.048/77 ya que su aplicación se llevaba a cabo únicamente en el supuesto de que hubiese sido judicialmente declarada la quiebra o la suspensión de pagos, lo que significaba una crisis irremediable con total e irrecuperable pérdida del banco.

El legislador se percató de que “sería menos oneroso para el Fondo y la comunidad bancaria que se adoptaran medidas que contribuyeran a prevenir

---

<sup>755</sup> PIÑEL LOPEZ, Enrique, *op. cit.*, p. 556.

<sup>756</sup> *Cfr.* RD 3.048/77 Art. 3o.

<sup>757</sup> *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. 541.

las crisis en vez de abonar el monto asignado de garantía en caso de que se presentara cualquiera de los procedimientos concursales con grandes probabilidades de no volver recuperar las cantidades adelantadas<sup>758</sup>. Con base en ello se expide el Real Decreto 54/78 de 16 de enero superándose poco a poco la primitiva proyección del Fondo reducida únicamente al aseguramiento del interés de los clientes de un banco en crisis en caso de suspensión de pagos o quiebra.

Este Real Decreto amplió la protección del Fondo al periodo que precede a la manifestación de la insolvencia, para que estuviera en posibilidad de entrar en funcionamiento ante situaciones de peligro que pudieran desencadenar una retirada violenta de depósitos. De esta manera, cuando la Comisión asesora de éste<sup>759</sup> considerara de acuerdo con la información que le hubiese suministrado el Banco de España que una entidad bancaria se encontraba en peligro de insolvencia y que podrían presentarse razones de interés público que aconsejaran una administración ordenada de la misma estaría facultado para proponer que el Fondo entrara en funcionamiento en la cantidad necesaria para hacer frente a las posibles retiradas de los depósitos garantizados por éste<sup>760</sup>.

Para cuando esta disposición de prevención y protección llegó, ya se había tenido que recurrir a instrumentos de saneamiento mediante la creación en febrero de 1978 de la Corporación Bancaria S.A y del Real Decreto Ley 5/1978 de 6 de marzo de medidas cautelares de intervención en entidades bancarias<sup>761</sup>.

La Ley del 31 de diciembre de 1946 de Ordenación Bancaria y el Decreto Ley 18/1962 de 7 de junio de nacionalización y reorganización del Banco de

---

<sup>758</sup> PIÑEL LOPEZ, Enrique, *l. c.*, p. 556.

<sup>759</sup> Creada por Real Decreto 3.048/77 de 11 de Noviembre para informar y asesorar al Banco de España respecto al funcionamiento y cumplimiento de los fines del Fondo.

<sup>760</sup> RD 54/78 Art. 3º. ; *Vide* NIETO DE ALBA, Ubaldo, *op. cit.*, p. 289.

<sup>761</sup> *Vide*. JIMENEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, “El Fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios”, en *Estudios de Derecho Público Bancario*, Dir. Sebastián Martín Retortillo, Edit. Ceura, Madrid, 1987, p. 192.

España no incluían la posibilidad de adoptar medidas cautelares de intervención con o sin remoción de los administradores cuando se conociera la situación difícil de algún Banco, lo que impedía una acción inmediata de carácter preventivo.

El Real Decreto Ley 5/78 relativo a las medidas cautelares de intervención de entidades bancarias, tuvo como finalidad autorizar al Banco de España a adoptar una acción inmediata de carácter preventivo cuando se conociera la situación difícil de una entidad bancaria. Se le conceden facultades al Consejo Ejecutivo del Banco Central para que cuando la situación de esta así lo aconsejara, se acordara la suspensión temporal de los órganos de administración y dirección del banco, nombrando uno o varios administradores provisionales que asumieran las atribuciones de aquellos mientras se superaran las dificultades o se sustanciara el expediente sancionador, o en su caso se acordara la intervención provisional de la entidad bancaria por personas designadas por el Banco de España sin cuyo concurso no tendrían validez los acuerdos y actos de los órganos de gobierno y dirección de la entidad intervenida<sup>762</sup>. Esta disposición tiene un significado importante debido a que se amplían las facultades del Banco Central para intervenir en la administración de los bancos privados<sup>763</sup>.

Por lo que hace a la Corporación Bancaria S.A. su objeto social consistía en ayudar a la conservación de los bancos en crisis con el intento de evitar su liquidación en defensa de los depositantes, trabajadores de la entidad y de la confianza del público en general en esas instituciones. Para ello tenía el objetivo de adquirir la mayoría de las acciones y de asegurar la administración de los bancos que se encontraban en situación difícil. A la vista de los estudios y propuestas de esta sociedad, el Banco de España podría proporcionar a los

---

<sup>762</sup> *Cfr.* DL 5/1978 Art. 1.

<sup>763</sup> SANCHEZ CALERO, Fernando, "El Fondo de Garantía de Depósitos Bancarios," *RDBB*, N.º 1, 1981. "Algunos sistemas de control de la actividad bancaria se califican como objetivos porque existe una disciplina detallada y vinculante, no sólo para las entidades de crédito controladas sino para los organismos de control, mientras que otros se denominan subjetivos porque la autoridad de vigilancia tiene amplios poderes frecuentemente discrecionales." p. 27.

bancos, la financiación precisa para llevar a cabo la operación de saneamiento<sup>764</sup>.

Contaba con un capital social de quinientos millones de pesetas que suscribieron a partes iguales el Banco de España y la banca privada; prestó indudables servicios en la consolidación de determinados mecanismos de salvamento y a pesar de sus deficiencias estructurales y de funcionamiento, con ella se afirmaron suficientemente las bases por las que después habría de progresar el sistema. Sus fines y forma de actuación la convirtieron en precursora de lo que después sería el Fondo de garantía de depósitos bancarios<sup>765</sup>.

Los inconvenientes que se presentaron en su funcionamiento impulsaron y facilitaron la estructuración del Fondo al que fueron traspasadas la mayoría de las herramientas utilizadas por ésta, que con el tiempo quedó reducida en una especie de sociedad de servicios<sup>766</sup>, destinada a la administración de entidades en crisis y solución de problemas encontrados antes o después de su liquidación<sup>767</sup>.

Concluida aquella etapa en la Corporación Bancaria S.A. trató de cubrir un vacío institucional en la terapia reparadora de la crisis y en la que asumió la delicada tarea de recrear o imaginar instrumentos o técnicas capaces de iniciar la reconducción a la normalidad de cada situación crítica singular, desapareció después por completo<sup>768</sup>. De esa forma cumplió una función de ser medio o instrumento de solución a una crisis que superó ampliamente las previsiones iniciales. Y si bien su dimensión y medios no fueron las herramientas más

---

<sup>764</sup> Vide. NIETO DE ALBA, Ubaldo, *op. cit.*, p. 289.

<sup>765</sup> Vide. también JIMENEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, *op. cit.*, p. 192.

<sup>766</sup> SANCHEZ ANDRES, Anibal, "Perfiles generales de la crisis en la banca española contemporánea", *RDM*, N.º 171, 1984, Madrid, p. 62, 63.

<sup>767</sup> Vide. TEDDE DE LORCA, Pedro; CUERVO GARCIA, Alvaro, *et. al.*, *El Sistema Financiero de la Economía Española*, Edit. Economistas, Madrid, 1990. p. 47.

<sup>768</sup> 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. V. también SANCHEZ ANDRES, Anibal, *l.c.*, pp. 62, 63.

idóneas, si constituyó el centro de formación del equipo humano del Fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios<sup>769</sup>.

Cuando se constituye el Fondo, pronto se detectó que con la configuración que se le había dado, no era posible allegarse de los recursos necesarios para su solución, situación que dio lugar al establecimiento de un nuevo tratamiento de la crisis. El sólo propósito de evitar ésta y preservar la confianza de los depositantes, hicieron que la función originaria del esquema de protección diese paso rápidamente a una serie de actuaciones de carácter preventivo. Deja de ser un simple seguro de depósitos para convertirse en un Fondo de garantía de entidades de crédito. Para ello se le otorga personalidad jurídica, mediante el Real Decreto Ley 4/80 de 28 de marzo y se le habilita expresamente para realizar cuantas actuaciones estimase necesarias para reforzar la solvencia y funcionamiento de los bancos, en defensa de los intereses de los depositantes y del propio Fondo<sup>770</sup>.

Es entonces cuando se erige en verdadero agente del saneamiento con personalidad jurídica pública, con plena capacidad para el desarrollo de sus fines en régimen de derecho privado y sin sujeción a las normas reguladoras de las entidades estatales autónomas y de las sociedades estatales, sustrayendolo de la Ley General Presupuestaria<sup>771</sup>.

El objeto de esta atribución se basaba en colocar al Fondo en una situación jurídica apta que permitiera ampliar sus funciones en virtud de que se pretendía que desempeñara no sólo la función de seguro de depósitos, sino también la de reforzar la solvencia de las instituciones bancarias. Esta nueva configuración supuso un salto cualitativo con respecto a la normativa anterior, al poner en primer plano el objetivo de solvencia y saneamiento de las entidades bancarias.

---

<sup>769</sup> V. RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, “Los sistemas de garantía.....”, *op. cit.*, p. . 128.

<sup>770</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Javier, “La reforma del régimen del Fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios”, *RDBB*, N.º 54. 1994. p. 572.

<sup>771</sup> Art. 1º. RDL 4/80 28 de marzo.

El Real Decreto 4/80 se ve completado y desarrollado por el Real Decreto 567/80 de 28 de marzo por el que se perfecciona y amplía el Fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios. Ambos decretos supusieron la institucionalización y el pleno funcionamiento de este organismo al que se reorganizó y se le asignaron importantes funciones para operar como medio para el salvamento de bancos en crisis.

Por el Real Decreto 54/1978 de 16 de enero se permitió que el Fondo de garantía recibiera anticipos por un importe equivalente al de los depósitos garantizados, cuando existiera peligro de insolvencia en una entidad bancaria como consecuencia de retiradas masivas de pasivo, esta función es confirmada por el Real Decreto 567/80 de 28 de marzo en los casos de suspensión de pagos o quiebra de una entidad bancaria al preverse otro conjunto de medidas de carácter preventivo<sup>772</sup>.

Así fue como el Fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios comenzó a tener como fin tanto el aseguramiento de los depósitos como el saneamiento y reflotamiento de los bancos en dificultades, otorgándosele facultades de intervención bancaria y posibles exigencias de auditorías, comunicaciones para arreglos de situaciones patrimoniales deterioradas, intervención y acceso a la propiedad de la institución bancaria mediante la compra de acciones a precios simbólicos, plan de saneamiento y restitución de las entidades del sector privado por el sistema de subasta en el plazo de un año, entre otras. Se establece la posibilidad de que el Fondo pudiera suscribir ampliaciones de capital que aprueben las entidades bancarias que hayan sido requeridas por el Banco de España para restablecer su situación patrimonial en caso de que no fueran cubiertas por los accionistas de la entidad.<sup>773</sup>

---

<sup>772</sup> NIETO DE ALBA, Ubaldo, *op. cit.*, p. 289.

<sup>773</sup> *Cfr.* Art. 6 RD 567/80.

La cuantía garantizada de los depósitos se amplía a 750,000 pesetas que serían pagadas en caso de suspensión de pagos o quiebra de una entidad, produciéndose por el mero pago la subrogación a favor del Fondo en todos los derechos del acreedor<sup>774</sup>.

“Cuando el Banco de España a la vista del balance y de la información objetiva obtenida mediante auditoria u otros medios, estime que se dan los supuestos contemplados en los artículos 99 y 150 de la Ley de Sociedad Anónima, o que las pérdidas expresas o tácitas de un establecimiento bancario son de tal magnitud que ponen en peligro su normal funcionamiento y la necesaria solvencia de este; previo el informe de la Comisión Gestora del Fondo podrá conminar a los administradores del banco para que en el plazo máximo de un mes adopte las medidas necesarias a fin de restablecer su situación patrimonial”<sup>775</sup>.

El Fondo de garantía de depósitos ya no se limita a actuar cuando el Banco Central detecta que algún banco está en dificultades, sino que por medio de su Comisión Gestora tiene capacidad para informar a ese organismo sobre existencia de una crisis. Convirtiéndose de esta manera en un ente público que auxilia al Banco de España en sus funciones de vigilancia sobre los establecimientos bancarios, circunstancia que se advierte tanto porque se han conferido a la Comisión Gestora funciones de información al Banco de España sobre las dificultades económicas de cualquier banco que forme parte del Fondo, como la de ser su consulta obligada a fin de que requiera a la entidad bancaria en dificultades, para que adopte las medidas necesarias que le permitan restablecer su situación patrimonial<sup>776</sup>.

Con las disposiciones 4/1980 y RD 567/1980 28 de marzo se dotó al Fondo de facultades para poder exigir a los bancos asegurados que se

---

<sup>774</sup> Cfr. Art. 4.1, 4.2, 4.3 del RD 567/80.

<sup>775</sup> Cfr. Art. 5º RD 567/80.

<sup>776</sup> *Ibidem*.

sometan a las auditorias contables que se estimen necesarias pudiendo estas extenderse a filiales y matrices no bancarias del mismo. Esta ampliación es especialmente importante por cuanto que el conocimiento de los grupos vinculados a entidades bancarias quedaba hasta entonces fuera de las posibilidades de inspección. En un principio esta medida no fue operativa ya que no iba acompañada de un régimen de sanciones en caso de incumplimiento. Pero ésta limitación quedó resuelta con el RD 1.620/1981 de 13 de julio que sanciona con la expulsión del Fondo a los bancos asegurados que incumplieran cualquiera de las obligaciones impuestas a los mismos antes del mencionado decreto de marzo de 1980<sup>777</sup>.

Es así como el Fondo de garantía viene a constituirse en un complejo mecanismo en el que se mezclan actuaciones públicas y privadas. Es actuación privada lo relativo a la reducción y ampliación del capital y en su caso la venta de las acciones suscritas por el Fondo pues la absorción de las pérdidas habrá de producirse mediante la reducción del capital de la entidad y una nueva ampliación en la que podrá participar el Fondo si los antiguos accionistas no la cubren. Es actuación pública el uso de potestades administrativas; como la conminación del Banco de España para que la entidad adopte las medidas necesarias para reconducir su situación. Y vuelven a interferir los poderes públicos, puesto que la venta de las acciones propiedad del Fondo ha de hacerse en condiciones suficientes de publicidad y concurrencia, a entidades solventes, que presenten las condiciones de adquisición más ventajosas y con comunicación previa al Ministerio de Economía para que pueda ejercitar el derecho de adquisición preferente que se le atribuye<sup>778</sup>.

El Real Decreto 1620/81 de 13 de julio, modifica el Artículo 4o. párrafo 1 del 567/1980 al aumentar la cuantía de la garantía de los depósitos al límite de

---

<sup>777</sup> Cfr. Art. 5º. RD 567/80 modificado por RD 1620/1981 Art. 1.3; V. RUIZ-JARABO FERRAN, Francisco, "El Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios", *HPE*, N.º 110/111, 1988. p. 129.

<sup>778</sup> ANTON PEREZ, José, "El Fondo de garantía de depósitos", *PEE*, N.º 3, 1980. p. 189.



un millón quinientas mil pesetas por depositante. Posteriormente el Real Decreto 18/82 transforma algunos aspectos relativos a la cuantía total del Fondo al señalar que:

“Cuando el saldo de los anticipos del Banco de España a un Fondo supere cuatro veces la cuantía de las aportaciones de las entidades y el Banco de España del último ejercicio, aquella cifra podrá elevarse por el Gobierno a propuesta del Banco de España al 2 por 1000 para ese Fondo. Si por el contrario un Fondo alcanzase una cuantía suficiente para sus fines, previa liquidación de los anticipos del Banco de España, este último podrá acordar una disminución de las aportaciones anuales antes mencionadas”<sup>779</sup>.

La Ley 37/1988 de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1989, eleva las cuotas de los bancos y reduce la aportación del Banco de España. Se establecen las aportaciones anuales de la institución bancaria en el 2 por 1000 de sus depósitos y las aportaciones igualmente de carácter anual del Banco de España iguales al 50 por 100 de aquellas. Se faculta asimismo al gobierno para aumentar la aportación de la comunidad bancaria hasta el 2,5 por 1000 de los depósitos; por supuesto la reacción de los bancos no se hizo esperar.

La transposición de la normativa europea al ordenamiento jurídico español, ha sido efectuada mediante la disposición adicional séptima del Real Decreto Ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera<sup>780</sup>, en cuyo artículo 1 modifica el RDL 18/1982 de 24 de septiembre y establece la obligación de todas las entidades

---

<sup>779</sup> Cfr. Art. 3º. RD 567/80.

<sup>780</sup> Vide. SANCHEZ CALERO, Fernando, “Modificación del régimen de los Fondos de garantía de depósitos en entidades de crédito, con motivo de la transposición de la Directiva 94/19/CE”, *RDBB*, N.º 61, 1996. “La disposición adicional séptima del RD Ley 12/1995 según dice su exposición de motivos, obedece a la necesidad de cumplir con la obligación de transponer al ordenamiento español la Directiva 94/19/CE. En realidad no se efectúa tal transposición, sino sólo se añaden tres artículos al RD-Ley 18/1982 que se refería al establecimiento de los Fondos de garantía para Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito, pues el RD Ley 4/1980 de 28 de marzo, sólo creó el Fondo de garantía de establecimientos bancarios que se completó por el RD 567/1980 de la misma fecha.” p. 229.

de crédito de pertenecer con carácter obligatorio según su naturaleza jurídica a un Fondo de garantía de depósitos<sup>781</sup>. Tal disposición adicional no efectúa una regulación íntegra y detallada de los Fondos de garantía de depósitos, por lo que tuvo que complementarse con normas posteriores. En este sentido se ha aprovechado la disposición adicional única del Decreto 2.024/1995 de 22 de diciembre, para fijar el nuevo importe de la cobertura garantizada<sup>782</sup>, quedando establecida una cobertura temporal de los Fondos de garantía de depósitos españoles en el equivalente en pesetas a 15000 Ecus hasta el 31 de diciembre 1999.

El 21 de diciembre de 1996 se publicó el RD 2606/1996 de 20 de diciembre sobre los Fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito, que continúa el importante proceso de reforma, iniciado con el RDL 12/1995. Los objetivos que persiguen estas disposiciones son transponer al Derecho español el contenido de la Directiva 94/19/CE de 30 de mayo de 1994 relativo a los sistemas de garantía de depósitos y dotar de una mayor coherencia y sistematicidad a la regulación de estos institutos. El RD 2.606/1996 deroga gran parte de la regulación reglamentaria anterior, lo que contribuye a la clarificación del panorama normativo.

Con el objeto de comprender mejor el marco de referencia en el que se desenvuelven estas disposiciones y las posteriores que se han producido, y que en conjunto, vienen a constituir la base de la actual estructura del sistema de garantía de los depósitos bancarios en España, resulta obligado hacer referencia al marco normativo que sobre el tema se ha desarrollado en el marco de la Unión Europea.

### **3.9 Régimen comunitario europeo sobre tutela de los depósitos bancarios**

---

<sup>781</sup> Art. 2 bis RD 12/1995.

<sup>782</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, “Los sistemas de garantía de depósitos en ...”, *op. cit.*, p. Cfr. Disposición Adicional Única.- “Cobertura temporal de los Fondos de garantía españoles hasta el 31 de diciembre de 1999 quedará fijado en el equivalente en pesetas a 15000 Ecus, el importe garantizado de los Fondos en los preceptos A) Art. 4.1 RD 567/1986”.

Cuando se planteó la conveniencia de armonizar los sistemas de garantía de depósitos en la Unión Europea, se hizo necesario distinguir entre la regulación prudencial, diseñada para salvaguardar el sistema bancario y otras formas de regulación, como la relativa a las reglas de conducta en los negocios donde el principal objetivo es la protección del consumidor. Con esa base se pensó que la regulación prudencial que estaba siendo sujeta a un proceso de armonización, estaba muy relacionada con el incremento de la integración de los sistemas financieros nacionales y la emergencia de un verdadero mercado financiero globalizado considerándose además que la protección de los depósitos tenía tanta importancia para la plena realización del mercado único bancario como las normas prudenciales<sup>783</sup>, por lo que se planteó la posibilidad de trabajar sobre la regulación de un sistema de protección de los depósitos en el área de la Unión Europea.

La realidad de la que parte la Comunidad Europea para armonizar los sistemas de garantía de los países miembros, es muy diferente en cada país, lo que reflejaba preocupaciones distintas a la hora de establecer un sistema generalizado. Aunque parecía más razonable una armonización completa de los esquemas diseñados en los países miembros, se debían tener en cuenta tanto las diferencias existentes entre ellos como la falta de acuerdo sobre el modelo de garantía ideal desde el punto de vista de la teoría financiera. Lo que lleva a la Comisión finalmente a proponer una armonización de mínimos<sup>784</sup>.

Pero para encontrar las primeras propuestas de la Comisión de las Comunidades Europeas orientadas a conseguir la tutela de los depósitos bancarios en el ámbito comunitario, hay que remontarse a los inicios de los años setenta<sup>785</sup>. Pues ya desde entonces las autoridades y los funcionarios

---

<sup>783</sup> Considerando 2º. de la Directiva 94/19/CEE.

<sup>784</sup> Sobre los trabajos de armonización de los sistemas de garantía en la Comunidad Europea; véase también a CARRASCOSA MORALES, Antonio, “Notas sobre los intentos armonizadores del seguro de depósitos bancarios en la Comunidad Europea”, *ICE*, N.º 703, 1992. p. 106 y ss.

<sup>785</sup> PARDO ALES, Gloria, “El seguro de depósitos en los países de la CEE. Intentos de Coordinación”, en TEDDE DE LORCA, Pedro *et. al.*, *El sistema financiero de la economía española*, Edit Economistas, 1990.

habían intentado armonizar mínimamente los sistemas de garantía de depósitos en el ámbito de la Comunidad Europea.

En 1972 se presentó un primer proyecto de Directiva de coordinación sobre la materia donde se proponía el establecimiento de un mecanismo de garantía de los depósitos similar a la FDIC de Estados Unidos<sup>786</sup>, “este primer intento chocó con el rechazo, la frialdad y resistencia de las autoridades de vigilancia y de la federación bancaria europea, que consideraron tal proyecto demasiado revolucionario, la construcción europea no estaba preparada para incluir la creación de un órgano supranacional de semejantes características, abandonándose el proyecto en 1974”<sup>787</sup>.

En 1976 se vuelve sobre el tema con un programa más modesto que no dejó de considerarse demasiado ambicioso para los ambientes bancarios y los órganos de vigilancia de la mayor parte de los países comunitarios que para entonces habían pasado de seis a nueve. Se trataba esta vez de establecer la garantía de depósitos en todos los países de la CEE estableciendo ciertas condiciones mínimas y otorgando total libertad para determinar el resto de las especificaciones de cada programa<sup>788</sup>, pero esta segunda tentativa, también fracasó.

La Comisión decidió cambiar de táctica, trabajando en una nueva dirección. Se propuso incluir la garantía de depósitos en el marco de una directiva de coordinación que debía tratar principalmente de la modalidad de liquidación de las entidades crediticias. Con esto se intentaba dar a los bancos, soluciones distintas de las que estaban emergiendo de los trabajos para la redacción de un Convenio europeo sobre la quiebra y otros procedimientos concursales<sup>789</sup>.

---

p. 138,y ss.

<sup>786</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, “Los sistemas de garantía de depósitos en.....”, *op. cit.*, p. 7.

<sup>787</sup> *Vide.* PARDO ALES, Gloria, *op. cit.*, p. 138, 139, 140.

<sup>788</sup> *Ibidem.*

<sup>789</sup> *Ibidem.*

Después de esta tentativa surgió una más que propuso suspender la aplicación del Convenio europeo, hasta la aprobación de una Directiva que coordinara el papel desarrollado por la autoridad de vigilancia bancaria en el caso de crisis de dichas entidades. Con este fin es emitida en diciembre de 1985 la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la coordinación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas sobre saneamiento y liquidación de entidades de crédito<sup>790</sup>; esta propuesta previó que las medidas de saneamiento se aplicaran también a las sucursales existentes en otros países de la Comunidad para lo cual se debería establecer una estrecha colaboración entre las autoridades implicadas. Si se diera el caso de que tales medidas de saneamiento no tuvieran éxito, podría producirse la liquidación de la entidad en crisis. La Propuesta recogía con claridad el compromiso de todos los Estados miembros en el sentido de que los sistemas de garantía de depósitos existentes en el territorio de un país comunitario deberían cubrir los depósitos de las sucursales de establecimientos con sede social en otro Estado miembro<sup>791</sup>.

“De forma transitoria y hasta la entrada en vigor del sistema a nivel comunidad, los sistemas de protección a los que se hubieran adherido las entidades de crédito estarían obligados a cubrir los depósitos recibidos en las sucursales abiertas en aquellos países en los que no existiera ningún sistema de garantía en las mismas condiciones que las previstas para garantizar los depósitos existentes en el Estado del domicilio social”<sup>792</sup>.

El problema consistió en que el proyecto de Directiva no incluía una norma que obligara al establecimiento de un sistema de protección depósitos, lo cual significaba que podrían coexistir países con y sin seguro. Únicamente cuando éste se hubiera establecido en todos los Estados miembros se podría

---

<sup>790</sup> 85/C 356/10 de 31 de diciembre de 1985.

DO No. C 130 DE 1/6/1981 p.1 , DO No C83 de 24.3 1984 p.6; DO No. C351 de 31/12/1985 p.24.

<sup>791</sup> Título IV apartado primero del artículo 16 de la propuesta.

<sup>792</sup> V. PARDO ALES, Gloria. *O. c.*, p. 140.

iniciar la armonización verdadera para alcanzar una tutela idéntica de los depósitos en todo el territorio de la CEE.

Un año después en 1986 vio la luz la Recomendación 87/63/CEE de 22 de diciembre relativa al establecimiento de sistemas de garantía de depósitos en la Comunidad; intentaba establecer un mínimo armonizado de cobertura entre los países que ya contaban con un sistema de garantía y fomentar su introducción en los Estados miembros que careciesen de él<sup>793</sup>. Aconsejaba impulsar el estudio de los proyectos de regulación de sistemas de garantía de depósitos hasta entonces existentes con miras a su puesta en práctica. Prestó parcial atención a la cobertura de depósitos de sucursales de entidades de crédito cuya sede central se encuentre en otros Estados miembros. Esta Recomendación tiende a crear un entorno de libre competencia<sup>794</sup>.

La labor de garantizar los depósitos era una de las cuestiones en donde el intento de la Comisión de impulsar una armonización voluntaria por parte de los Estados miembros parecía no haber alcanzado resultados excesivamente satisfactorios, por lo que la Recomendación de la Comisión 87/63/CEE va a verse continuada por una propuesta de Directiva sobre este tema<sup>795</sup>.

El 11 de enero de 1988 se publicó una Propuesta modificada de Directiva relativa al saneamiento y liquidación de las entidades de crédito y sistemas de garantía de depósitos, que volvía al criterio de la primitiva Propuesta de Directiva que en su Artículo 17, incluía exactamente la misma solución que la

---

<sup>793</sup> SALINAS ADELANTADO, Carlos, “La nueva regulación de los Fondos de garantía de depósitos”, *RDBB*, 1997. p. 435; V. también CARDONE RIPORELLA, Clara, “El seguro de depósitos; incentivos y desventajas de la regulación comunitaria”, *ICE*, N.º 753, 1996. Señala, que “De los 12 países que integraban la CEE en 1986 sólo seis contaban en aquella fecha con un sistema de garantía de depósitos: Alemania, Francia, Reino Unido, Bélgica, Países Bajos y España. Otros tres tenían un proyecto muy avanzado: Italia, Portugal e Irlanda; mientras que Grecia, Dinamarca y Luxemburgo no tenía previsto introducir a corto plazo ningún mecanismo de cobertura de los depósitos bancarios. De los países que forman parte de la UNIÓN EUROPEA a partir del 1 de enero de 1995 Finlandia cuenta con un sistema de garantía de depósitos desde 1969 y Austria desde 1987”. p. 131.

<sup>794</sup> CARDONE RIPORELLA, Clara, “El seguro de depósitos; incentivos y desventajas de la regulación comunitaria”, *ICE*, N.º 753, 1996. p. 131.

<sup>795</sup> SANCHEZ CALERO GUILARTE, Juan, “Propuesta de Directiva sobre vigilancia y control de los grandes riesgos de las entidades de crédito”, *RDBB*, N.º 42, 1991, p. 538.

Recomendación 87/63/CEE que intentaba especificar un mínimo armonizado de garantía en aquellos países que contasen con un sistema de garantía de los depósitos y fomentar la introducción de dichos sistemas en los Estados miembros que careciesen de él. Se diferenciaba entre los países que contaban ya con un sistema de garantía de depósitos, aquellos que no lo tenían pero que hubieran preparado un proyecto al respecto y los que careciendo del mismo no tuvieran proyecto alguno sobre la futura instauración. Los frutos de la Propuesta fueron altamente decepcionantes, persistiendo la necesidad de contar con un instrumento unificado de naturaleza comunitaria.

En 1993 se produce el nacimiento formal del mercado común bancario y para su consolidación la Unión Europea opta por seguir un proceso de armonización de mínimos y de reconocimiento mutuo, iniciado a través de la Segunda Directiva Bancaria 89/646/CEE de 15 de diciembre de 1989. Objetivo que se ve materializado mediante el establecimiento de requisitos comunes para las entidades de crédito comunitarias, que les permiten gozar del pasaporte único, lo que les habilita para establecerse o prestar servicios libremente en cualquier país comunitario en base a los principios del control por el país de origen y del reconocimiento mutuo. Su creación se ve acompañada de una importante revisión de la normativa prudencial, como consecuencia de la armonización mínima necesaria para igualar el terreno de juego en el que han de moverse las entidades comunitarias<sup>796</sup>.

Dentro de este proceso de revisión normativa, se consideró imprescindible armonizar la existencia de sistemas de garantía de depósitos. Sobre todo para proteger a los mercados frente al pánico bancario y en concreto regular el supuesto en el que una entidad de crédito con sucursales en otros Estados miembros no pueda reembolsar los depósitos de sus clientes.<sup>797</sup> Se deseaba alcanzar la armonización razonable entre las legislaciones a fin proveer de un nivel mínimo de protección a todos los depositantes.

---

<sup>796</sup> ROJO LUIS, Angel, “Ante el nacimiento del mercado común bancario”, *RDBB*, N.º 51, 1993. p. 789.

<sup>797</sup> SALINAS ADELANTADO, Carlos, *op. cit.*, p. 435.

Con la quiebra del BCCI y su liquidación se puso de relieve la necesidad de regular los sistemas de garantía de depósitos. Este hecho incidió directamente en la elaboración por parte del Consejo de una Propuesta de Directiva relativa a los sistemas de garantía de depósitos el 14 de abril de 1992 que dejaba de lado las cuestiones relativas al saneamiento y liquidación de las entidades de crédito refiriéndose exclusivamente al establecimiento de un sistema de garantía de depósitos<sup>798</sup>.

En el proyecto de Directiva sobre los sistemas de garantía de los depósitos, las autoridades no se declaran ni a favor ni en contra de que se introduzcan mecanismos que permitan relacionar los pagos con los riesgos, como tampoco proponen la formación de fondos preventivos frente a sistemas de reparto *ex- post* de los costes de las crisis bancarias, ni toman un partido por instituciones privadas *versus* públicas. Lo único que se reconoce explícitamente es la función subsidiaria de los gobiernos, existiendo un margen discrecional de los Estados para modelar sus sistemas de garantía muy grande, circunstancia que va a propiciar cierta competencia entre las distintas regulaciones nacionales.

El proyecto de Directiva se centra más en la protección de los depositantes que en la sanción de los riesgos en los bancos, basando la política de prevención de las crisis de estas instituciones en otras disposiciones ya aprobadas, como la Directiva sobre coeficiente de solvencia, o la Directiva 89/647/CEE que regula las exigencias de los fondos propios<sup>799</sup>.

La supresión de las limitaciones que a nivel comunitario afectaban a la actividad de las entidades de crédito con vistas a la realización de un mercado interior acrecentó la conciencia sobre la necesidad de contar con una normativa

---

<sup>798</sup> ESPLUGUES MOTA, Carlos, "Hacia el establecimiento en Europa de un sistema de Garantía de Depósitos e Inversión Común", *CDC*, N.º 18, Madrid, 1995. p. 21.

<sup>799</sup> CHAMORRO, José Ma., PEREZ VILLARREAL, José Ma. *et. al.*, "Tres Ensayos sobre la Garantía de los Depósitos, aplicaciones a la banca española"; *Estudios Bancarios*, 1993. p. 40.



comunitaria en materia de protección de los depósitos esencial para la realización del mercado interior amen de constituir un complemento imprescindible del sistema de supervisión de las entidades bancarias<sup>800</sup>.

A fin de completar la regulación prudencial y contar con un mecanismo tendiente a la salvaguardia directa del patrimonio de los depositantes, finalmente el 30 de mayo de 1994 se emite la Directiva 94/19/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los sistemas de garantía de depósitos<sup>801</sup>.

La Directiva destaca la obligatoriedad de establecimiento de un sistema de garantía de depósitos, la fijación de ciertas cantidades mínimas garantizadas y la adhesión obligatoria al esquema de garantía, para toda entidad de crédito establecida en la Unión Europea, se señala asimismo que las sucursales deben estar cubiertas por el sistema del país de origen. La razón de este último es doble: todos los depositantes de una misma entidad deben estar protegidos por el mismo sistema independientemente de donde esté localizado su depósito. Por otra parte, la entidad debe estar adherida al sistema del país de origen porque son las autoridades de éste, las responsables de la supervisión de la solvencia de la entidad<sup>802</sup>.

La circunstancia de que por medio de la Segunda Directiva del Consejo 89/ 646/CEE de 15 de diciembre de 1989 se impusiera el sistema de una única supervisión y autorización de las Entidades de crédito por parte del Estado miembro de origen, hizo necesario que todas las sucursales creadas por una misma entidad de crédito en los distintos Estados de la Comunidad estuvieran cubiertas, en lo que a sus depósitos se refiere, por un único sistema de garantía. Esta medida se coordina con el fin de potestar el funcionamiento del

---

<sup>800</sup> ESPLUGUES MOTA, Carlos, *op. cit.*, p. 18, 19.

<sup>801</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, “Los sistemas de garantía de.....”, *op. cit.*, , N.º 52, 1995. p. 8.

<sup>802</sup> MARTIN, Miguel y VARGAS, Fernando, “Regulación Bancaria: situación actual y perspectivas”, *PEE*, N.º 65, 1995. p. 37, 38.

mercado interior y permitir, por medio de ejercicio del derecho de establecimiento, que una sucursal ya no necesite ser aprobada por ningún Estado miembro de acogida, como consecuencia de la concesión de una única autorización válida en toda la Comunidad, lo que implica que el control de su solvencia sea efectuado por las autoridades competentes del Estado miembro de origen. Así pues, la supervisión de la solvencia de las entidades de crédito y la pertenencia de éstas a un sistema de garantía de depósitos son medidas complementarias dada la solidaridad que se crea entre todas las entidades de un mismo centro financiero en el supuesto de que una de ellas se encuentre en dificultades.

Esta normativa subraya el principio de solidaridad del siguiente modo: “La garantía de depósitos es un elemento esencial para la realización del mercado interior y un complemento imprescindible del sistema de supervisión de las entidades de crédito por la solidaridad que se crea entre todas las entidades de un mismo centro financiero, en el caso que las mismas se encuentren en dificultades”<sup>803</sup>.

Bajo ciertas condiciones puede eximirse a una entidad de crédito de pertenecer al sistema de garantía de depósitos, siempre que ya pertenezca a otro que ofrezca similares garantías y sea autorizada por las autoridades competentes, exista en el momento de adopción de la Directiva y no reciba ayuda de las administraciones públicas<sup>804</sup>.

Hasta la adopción de la Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Comunidad se había mantenido respecto a las entidades de crédito, dentro de una estrategia puramente preventiva sin dar respuesta a los problemas que se planteaban cuando la crisis de éstas se había desatado y aparecía como insuperable. Con esta Directiva se da un paso importante

---

<sup>803</sup> CARDONE RIPORELLA, Clara, *op. cit.*, p. 134.

<sup>804</sup> SANCHEZ CALERO, Fernando, “Modificación del régimen de los Fondos de garantía de depósitos en entidades de crédito, con motivo de la transposición de la Directiva 94/19/CEE”, *RDBB*, N.º 61, 1996. p. 229.

aunque su objetivo armonizador se limitaba únicamente a establecer un nivel mínimo de garantía de los depósitos<sup>805</sup>.

La Directiva se centra esencialmente en dos conceptos: depósito y depósito no disponible. Entiende por depósito *“cualquier saldo acreedor que proceda de fondos que se hayan mantenido en cuenta o de situaciones transitorias generadas por operaciones bancarias normales y que una entidad de crédito tenga obligación de restituir en las condiciones legales y contractuales aplicables así como cualquier pasivo formalizado en un certificado de depósitos emitido por esa entidad de crédito”*. Con relación al depósito no disponible se precisa que *“es todo depósito que haya vencido y sea pagadero porque no haya sido pagado por una entidad de crédito con arreglo a las condiciones legales y contractuales aplicables al respecto”*<sup>806</sup>. En todo caso a los efectos del cálculo de un saldo acreedor, el Estado miembro aplicará sus normas y reglamentos sobre compensaciones y reconversiones recíprocas con arreglo a las condiciones jurídicas y contractuales aplicables al depósito.

Hemos mencionado que de conformidad con la norma comunitaria, cada Estado miembro de la Unión Europea debe velar por la implantación y el reconocimiento oficial en su territorio de uno o más sistemas de garantía, aceptando la existencia de esquemas de protección distintos según la categoría o tipo de entidad crediticia<sup>807</sup>.

Se adopta el criterio de adhesión obligatoria señalándose en este sentido que las entidades de crédito cuya creación haya sido autorizada por las autoridades competentes de un determinado país de la Unión Europea han de integrarse necesariamente en algún mecanismo de garantía, aquél que corresponda dentro de ese país, de acuerdo con la categoría de la entidad. Si tomamos en cuenta que a nivel comunitario un banco de cualquier país puede

---

<sup>805</sup> Vide. LARGO GIL, Rita, “La tutela de los depositantes ante las crisis financieras de las entidades de crédito en particular el supuesto de las cuentas con varios titulares”, *RDBB*, 1995. p. 393 y ss.

<sup>806</sup> Vide. Art. 1.1 y 1.3 de la Directiva 94/19/CEE.

<sup>807</sup> Directiva 94/19/CE, Art. 3.

entrar a otro sin pedir autorización y las sucursales que se establezcan quedan reguladas por el país de origen, luego entonces si se aplica esto a la protección de los depósitos, la garantía será también la del país de origen. La única condición es que todas las entidades deben adherirse obligatoriamente al sistema de garantía de depósitos, con las excepciones que quedan señaladas por la propia disposición comunitaria.

Los Estados pueden eximir de la adhesión obligatoria a las instituciones de crédito que pertenezcan a un dispositivo que proteja a la propia entidad y garantice su liquidez y solvencia de manera que se asegure a los ahorradores una protección al menos equivalente a la ofrecida por los sistemas de garantía dirigidos hacia los depósitos mismos. Tal dispositivo debe haber existido y estar reconocido oficialmente en el momento en que se adopte la Directiva, tener como objetivo evitar que los depósitos puedan quedar indisponibles con los medios necesarios para ello, que no consista en una garantía concedida por alguna administración pública y que proporcione a los depositantes la información exigida por la Directiva<sup>808</sup>.

En caso de que un establecimiento bancario no cumpla con las obligaciones que le corresponden como entidad adherida al esquema de garantía de depósitos, se notificará a las autoridades que otorgaron su autorización, y en colaboración con el esquema de garantía tomarán las medidas necesarias incluida la imposición de sanciones, para garantizar que la entidad de crédito cumpla con ellas<sup>809</sup>.

Se admite la posibilidad de exclusión de una entidad bancaria cuando la legislación nacional la permita y con el acuerdo explícito de las autoridades competentes, por incumplimiento de sus deberes como miembro de un dispositivo de protección, notificando a la entidad de crédito su decisión de excluirla del sistema con una antelación de al menos dos meses.

---

<sup>808</sup> Art. 3.1 párrafo 2o. 94/19/CEE.

<sup>809</sup> *Cfr. L.c.*, Art. 3.2

Cuando un banco resulte finalmente excluido del sistema y no haya sido capaz de adoptar medidas de garantía alternativas, las autoridades competentes que hayan concedido la licencia han de cancelarla en el acto. En cualquier caso, cuando a una entidad se le retire la autorización administrativa para su funcionamiento, seguirán amparados los depósitos que se hubiesen realizado antes de expirar el plazo de notificación y continúen existiendo en ese momento<sup>810</sup>.

En relación al principio de garantía por el país de origen, los sistemas de garantía establecidos y reconocidos oficialmente en un determinado país de la Unión Europea han de cubrir también los depósitos de las sucursales abiertas en otros Estados miembros por parte de entidades autorizadas por aquél y con sede social en él de origen y asimismo los depósitos efectuados en el marco de los servicios transfronterizos.

Por la cláusula de prohibición de exportación de los regímenes más favorables, hasta el 31 de diciembre de 1999 el nivel y alcance de la cobertura proporcionada, no podía exceder de lo máximo que ofreciera el correspondiente mecanismo de garantía dentro del territorio del país miembro de acogida de la sucursal en cuestión<sup>811</sup>. A la fecha esta disposición ya no es aplicable.

Existe la posibilidad de optar por el sistema de garantía del país de acogida, cuando este último sea más ventajoso. De esta forma, el texto de 1994 exige que, “el Estado de acogida vele porque en su territorio exista un sistema de garantía de depósitos reconocido oficialmente al que pueda acogerse voluntariamente una sucursal, con el fin de completar la garantía de

---

<sup>810</sup> Cfr. L.c., Art. 3.3

<sup>811</sup> Art. 4.1 Directiva 94/19/CEE. Sobre la cláusula de prohibición que ha quedado sin aplicación v. *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación de la cláusula de prohibición de exportación, apartado 1 del artículo 4 de la Directiva relativa a los sistemas de garantía de depósitos (94/19/CEE)*, Bruselas 22.12.1999. Com (1999) 722 final.; V. también, MAESTRE CASAS, Pilar, “Prohibición en el territorio comunitario de exportación de los sistemas nacionales de garantía de depósitos bancarios, ¿una quiebra del control por el país de origen?”, *Comentario a la STSJCE de 13 de mayo de 1997, La Ley*, 1997 - 5.

que ya disfruten sus depositantes en virtud de su pertenencia al sistema del Estado miembro de origen. El sistema al que se acoja la sucursal deberá cubrir la categoría de entidad a la que pertenezca como la que más se corresponda en el Estado miembro de acogida<sup>812</sup>.

Con esto, la Directiva pretende asegurar a los depositantes un nivel mínimo de protección intentando evitar a la vez el mantenimiento en la Comunidad de sistemas que ofrezcan una cobertura de los depósitos superior al mínimo armonizado, que puedan dar lugar en un mismo territorio a diferencias de indemnización y a condiciones desiguales de competencia entre las entidades nacionales y las sucursales de entidades de otros Estados miembros<sup>813</sup>.

Por lo que hace a las sucursales establecidas en países comunitarios por entidades de crédito cuyo domicilio social se encuentre fuera de la Comunidad, la Directiva opta por una posición en línea con la mantenida en la Directiva 77/780/CEE del Consejo de 12 de Diciembre de 1977 que permite a los países comunitarios decidir si admiten que las sucursales de dichas entidades de crédito operen en su territorio y en que condiciones, no beneficiándose dichas sucursales de la libre prestación de servicios que consagra el Tratado Constitutivo de la Unión Europea ni de la libertad de establecimiento salvo en el Estado miembro en que estén establecidas<sup>814</sup>.

---

<sup>812</sup> Art. 4.2 94/19/CEE. “En aquellos supuestos en que el nivel o alcance incluido el porcentaje de la cobertura ofrecida por el sistema o sistemas de garantía del Estado miembro de acogida sean superiores al nivel o alcance de la cobertura proporcionada en el estado miembro en el que este autoriza a la entidad de crédito, el Estado miembro de acogida velará porque en su territorio exista un sistema de garantía de depósitos al que pueda adherirse voluntariamente una sucursal con el fin de completar la garantía de que ya disfrutaban sus depositantes en virtud de su pertenencia al sistema del Estado miembro de origen.”; V. CARDONE RIPORELLA, Clara, *op. cit.*, p. 134.

<sup>813</sup> ESPLUGUES MOTA, Carlos, “Hacia el establecimiento en Europa de un Sistema de Garantía de Depósitos e Inversión Común”, *CDCN*.º 18, Madrid, 1995. p. 32; *Cfr.* Art. 4.2 Directiva 94/19/CEE.

<sup>814</sup> Art. 59 “En el marco de las disposiciones siguientes las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad serán progresivamente suprimidas durante el periodo transitorio para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación. El Consejo por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión podrá extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Comunidad”.

La Directiva comunitaria obliga a los distintos Estados miembros a que comprueben si tales sucursales gozan de una cobertura de garantía equivalente a la estipulada en ella<sup>815</sup>. Cuando esto no es así, los Estados con sujeción a lo dispuesto en la Directiva 77/780/CEE podrán prever que tales sucursales se adhieran a un sistema de garantía de depósitos existente en su territorio<sup>816</sup>. Es decir, se les garantiza una cobertura equivalente a la que rige el Estado miembro donde se encuentra.

Se establece una cobertura de hasta 20.000 Ecus para los depósitos agregados de un mismo depositante en el supuesto de depósitos no disponibles y se precisa que no se trata de una cantidad fija sino que la misma será objeto de un examen periódico por parte de la Comisión al menos cada 5 años. La Comisión presentará en su caso una propuesta de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo, teniendo en cuenta fundamentalmente la evolución del sector bancario y la situación económica y monetaria de la Comunidad<sup>817</sup>.

La cobertura que introduce la Directiva alcanza, en principio a todos los depósitos bancarios. No se consideran objeto de protección los títulos como las cédulas y los bonos hipotecarios puestos en circulación por las entidades crediticias, pues sus titulares ya están suficiente y privilegiadamente amparados mediante garantías inmobiliarias.

Se aplica el principio de máximo armonizado por depositante y no por depósitos, medida que evita la diversificación de los depósitos en distintas entidades para ser alcanzados por la cobertura. Cuando se trata de depósitos compartidos por distintos titulares, estos se computan por partes iguales entre los distintos titulares<sup>818</sup>.

---

<sup>815</sup> *Cfr.* Art. 6.1 de la Directiva 94/19/CEE.

<sup>816</sup> Art. 6.1; *V.* ESPLUGUES MOTA, Carlos, *op. cit.*, p. 33.

<sup>817</sup> Art. 8.5 y 10; *V. Idem*, *O. c.*, p. 46.

<sup>818</sup> *Cfr.* Art. 8 94/19/CEE.

Los sistemas de garantía de depósitos deberán estar en condiciones de satisfacer las reclamaciones debidamente comprobadas de los depositantes con respecto a depósitos no disponibles dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que las autoridades competentes determinen que la entidad de crédito de que se trate se encuentra de momento por razones directamente relacionadas con su situación financiera en la imposibilidad de restituir los depósitos y no parece tener por el momento perspectivas de poder hacerlo o una autoridad judicial haya adoptado una decisión por razones directamente relacionadas con las circunstancias financieras de la entidad de crédito que tenga el efecto de suspender la capacidad de los depositantes de reclamar contra dicha entidad si esto ocurre antes de que haya sido tomada la determinación antes indicada<sup>819</sup>.

Se determinan en la norma comunitaria los depósitos que quedan excluidos de la garantía o cuentan con una cobertura inferior, lo que no supone un obstáculo para el mantenimiento o adopción de disposiciones que ofrezcan una cobertura más elevada o más completa<sup>820</sup>.

Se excluyen de protección a los depósitos realizados por otras entidades de crédito por cuenta propia y en su propio nombre. Esta exclusión es debida al hecho de que las entidades de crédito pueden juzgar mejor que otros depositantes la situación de un determinado banco en un entorno de crisis financiera.

Asimismo, se excluyen: “Todos los instrumentos que formen parte de la definición de fondos propios de las entidades de crédito de la Directiva 89/299/CEE del Consejo del 17 de abril relativa a fondos propios; depósitos asociados con operaciones en las cuales haya habido una condena penal por blanqueo de capitales como se define en la Directiva 91/308/CEE del Consejo de 10 de junio de 1991 relativa a la prevención en la utilización del sistema

---

<sup>819</sup> *L.c.* Art. 8.5 y 10; *V. ESPLUGUES MOTA, Carlos, op. cit.*, p. 46.

<sup>820</sup> Art. 7.2 y 7.3 94/14/CEE.



financiero para el blanqueo de capitales; depósitos de las entidades financieras, de las empresas de seguros, del estado central y administraciones públicas territoriales; de cualquier institución de inversión colectiva; saldos mantenidos por los administradores directivos, socios con responsabilidad personal, accionistas significativos y personas encargadas de la auditoría de las cuentas de la entidad de crédito en cuestión; depósitos de parientes próximos y de terceros que actúen por cuenta de las personas anteriores; saldos mantenidos por otras empresas pertenecientes al mismo grupo que la entidad de crédito; depósitos no nominativos; depósitos constituidos en monedas distintas del Ecu y de las de los Estados miembros, entre otros”<sup>821</sup>.

Para completar este esquema normativo la Directiva se ocupa de regular la información que se debe ofrecer a los ahorradores acerca del mecanismo de protección, un punto relevante para alcanzar el objetivo de reducción del riesgo sistémico y fomento de la estabilidad financiera típico de los esquemas de salvaguarda de los depósitos. Así, se establece que: “Los Estados miembros han de velar para que las entidades de crédito y sus sucursales dentro de la Unión Europea pongan en conocimiento de los depositantes a qué sistema de garantía o dispositivo alternativo pertenecen, junto con la información fácilmente comprensible sobre las normas que rigen tal sistema o mecanismo, entre lo que se incluye precisamente el alcance y el nivel de la protección. A este respecto, las sucursales deben utilizar la lengua o lenguas oficiales del Estado miembro en el que están situadas”<sup>822</sup>.

En relación a las aportaciones al sistema de garantía, este es un tema sobre el que no se ocupa la Directiva. Es frecuente que en algunos sistemas los bancos contribuyan con cuotas anuales equivalentes a un porcentaje de sus depósitos totales, el cual es idéntico para todas las entidades, independientemente de la situación más o menos saneada de cada una o de la calidad de su gestión, pero se discute la conveniencia o no de abandonar

---

<sup>821</sup> Art. 2o *l.c.*

<sup>822</sup> Directiva 94/19/CEE Art. 9.1

ese modelo de financiación o adoptar otro basado en el principio de primas variables ligadas al riesgo. La Directiva deja que cada Estado decida en su sistema esta cuestión, una de la de más interés que en la actualidad se plantean en relación con los seguros de depósitos<sup>823</sup>.

La pertenencia al sistema de forma obligatoria, el establecimiento de una protección máxima para los ahorradores y mínima para todos los Estados miembros y el principio de solidaridad que se aplica cuando una entidad del mismo grupo se encuentra en dificultades, son aspectos que más claramente han resuelto la armonización europea conforme al consenso general de lo que debe ser un sistema de seguro de depósitos eficiente.

Para completar este cuadro normativo, se estableció el principio de reconocimiento mutuo sobre las medidas de saneamiento y liquidación de entidades de crédito entre los Estados miembros de la comunidad europea, dando nacimiento a la Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de abril sobre las medidas de saneamiento y procedimientos de liquidación de entidades de crédito.

Con esta nueva norma comunitaria se otorga a las autoridades administrativas o judiciales del Estado miembro de origen, la competencia para decidir sobre la aplicación de las medidas de saneamiento y sobre la decisión de incoar un procedimiento de liquidación en una entidad de crédito, incluyéndose a las sucursales establecidas en otros Estados de la Comunidad, de acuerdo a lo que disponen sus propias leyes, reglamentos y procedimientos nacionales<sup>824</sup>. Si bien se señala que las autoridades del Estado de acogida

---

<sup>823</sup> PARDO ALES, Gloria, *op. cit.*, p. 137. Se financian por medio de cuotas uniformes España, Alemania o Reino Unido. Por el contrario Francia e Italia tienden a favorecer a los bancos más grandes. Por otro lado no todos los sistemas de garantía de depósitos se basan en la acumulación de un fondo, en Francia y Países Bajos las entidades contribuyen cuando se produce el gasto y en Italia las contribuciones anuales solamente han de cubrir los gastos de funcionamiento mientras que las extraordinarias habrán de hacer frente a los gastos a medida que estos surjan. Los de Alemania, Reino Unido y España aspiran a conseguir un fondo suficiente. Los sistemas de Francia, Alemania y Reino Unido únicamente actúan a posteriori, indemnizando en caso de quiebra de la entidad, pero otros sistemas, como el de España poseen facultades más amplias que les permiten fomentar operaciones de salvamento de las entidades.” p. 137.

<sup>824</sup> *Cfr.* Art. 3º, Art. 9º. 1. Directiva 2001/24/CE.

pueden aplicar medidas de saneamiento en su territorio, siempre que se informe de ello a las autoridades del Estado de origen.<sup>825</sup>

La Directiva pone mucho énfasis en la obligación de informar tanto a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida, como a los acreedores de la entidad en dificultades que se encuentren en el Estado miembro de origen y de acogida, sobre la adopción de cualquier medida de saneamiento o decisión de incoar el procedimiento de liquidación y las repercusiones concretas que pudieran tener estas actuaciones.<sup>826</sup>

Aunque la disposición comunitaria establece que la liquidación de una entidad se llevará a cabo de acuerdo a las leyes, reglamentos y procedimientos del Estado miembro de origen, establece una serie de preceptos mínimos que han de ser estipulados, como los bienes objeto del procedimiento de liquidación y los adquiridos por la entidad de crédito después de incoado el procedimiento, facultades de la entidad y del liquidador, condiciones de oponibilidad de una compensación, efectos del procedimiento de liquidación sobre los contratos vigentes en los que la entidad de crédito sea parte, así como sobre los procedimientos judiciales particulares; los créditos que deban cargarse al pasivo de la entidad de crédito y la suerte de los nacidos después de incoado el procedimiento de liquidación, normas relativas a la presentación, examen y reconocimiento de los créditos, normas del reparto del producto de la realización e los bienes, prelación de los créditos, derechos de los acreedores que hayan sido parcialmente satisfechos después de incoado el procedimiento en virtud de un derecho real o por el efecto de una compensación, condiciones y efectos de la clausura del procedimiento en particular, mediante convenio, derechos de los acreedores una vez terminado el procedimiento, imposición de las costas y gastos de éste, normas sobre nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales para el conjunto de los acreedores.<sup>827</sup>

---

<sup>825</sup> *Cfr.* Art. 5, *L. c.*

<sup>826</sup> *Cfr.* Art. 4º, Art. 7º, Art. 9º. 2 Directiva 2001/24/CE.

<sup>827</sup> *Cfr.* Art. 10 Directiva 2001/24/CE.

Cuando se lleve a cabo la incoación de un procedimiento de liquidación, en ausencia de medias de saneamiento o después del fracaso de estas, se revocará la autorización a la entidad de crédito, sin perjuicio de que se continúe con las actividades necesarias para la liquidación. Las autoridades administrativas o judiciales garantizarán la publicidad de la decisión de incoación de la liquidación mediante su publicación en el Diario Oficial de las comunidades Europeas y al menos dos diarios de difusión nacional de cada Estado miembro de acogida de un extracto de la decisión que la declare.<sup>828</sup>

La medida de saneamiento o la decisión por la que se incoe un procedimiento de liquidación podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad, Registro Mercantil o cualquier otro registro público que se lleve en los demás Estados miembros, por el administrador, el liquidador o cualquier autoridad administrativa o judicial del Estado de origen. Pudiendo el Estado miembro estipular la inscripción de oficio, caso en que las personas mencionadas deberán adoptar las medidas necesarias para llevar a cabo tal inscripción.<sup>829</sup>

De esta forma, en el proceso de edificar y potenciar un sistema bancario único, se han aprobado una serie de Directivas específicas como la implantación de una licencia única para el ejercicio de la actividad y la aplicación del principio de supervisión por parte del país de origen de la entidad, otras se han centrado en establecer normas de regulación prudencial pretendiendo lograr una cierta armonización de determinadas pautas para el control de la solvencia y los riesgos asumidos por las entidades de crédito<sup>830</sup>. En cuanto a las medidas de protección de los depositantes, se ha establecido el principio de adhesión obligatoria de las entidades de crédito a un sistema de garantía del Estado miembro de origen, que aunado a la implantación del

---

<sup>828</sup> *Cfr.* Arts. 12º y 14 *L. c*

<sup>829</sup> *Cfr.* Art. 29 *L.c.*

<sup>830</sup> En términos generales encontramos la Directiva 2000/12/CE referente a la definición de fondos propios, el cálculo y nivel mínimo del coeficiente de solvencia, supervisión sobre base consolidada, la vigilancia y control de la operaciones de gran riesgo y cobertura adicional para afrontar los riesgos de mercado.

reconocimiento mutuo de las medidas de saneamiento y de los procesos de liquidación entre los Estados miembros , han contribuido a avanzar progresivamente hacia un mercado financiero más abierto a la competencia pero procurando en todo momento la estabilidad de las instituciones y la seguridad de los recursos de los depositantes y acreedores.

## II.- ESQUEMA ACTUAL

### 3.10 El Fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios

Para el cumplimiento de sus fines los Fondos de garantía han de estar dotados de todo un conjunto de instrumentos jurídicos y económicos que permitan su consecución:

#### 3.10.1 Personalidad jurídica

Por Real Decreto Ley 4/80 el Fondo de garantía de depósitos deja de ser simplemente una masa patrimonial, integrada en el patrimonio general del Banco de España, adscrito al cumplimiento de sus fines, y se constituye en una persona jurídica mediante el reconocimiento de la personalidad jurídica, que le otorga plena capacidad para el desarrollo de sus actividades, característica que ha conservado en el RD 2606/96 de Fondos de garantía de depósitos donde permanece en el marco del Derecho público si bien bajo la normativa del Derecho privado quedando liberado de las normas que regulan a las entidades estatales autónomas y de las sociedades estatales públicas<sup>831</sup>.

Tal propósito se justifica si se considera la naturaleza de cualquiera de las relaciones jurídicas a que de lugar el funcionamiento del Fondo ya que su esencia se basa en la permanencia de la estabilidad financiera y tutela o

---

<sup>831</sup> *Vide.* Art. 2 RD 2606/96. Sobre el tema véase también SANCHEZ CALERO, Fernando, “El Fondo de garantía de depósitos bancarios”, *RDBB*, N.º 1, 1981, p. 36, 37.

protección de los depósitos<sup>832</sup>.

### 3.10.2 Naturaleza jurídica

La tutela del ahorro, así como el mantenimiento de la confianza precisa en las instituciones de crédito, son fines perseguidos por la Administración Pública para cuya consecución utiliza el Gobierno al Banco de España. Pero es bien sabido que la disciplina e inspección del Banco de España no son suficientes cuando se presentan determinadas crisis y a tal efecto fue creado el Fondo de garantía de depósitos.

Originalmente, los elementos que caracterizaban al Fondo de garantía de depósitos hacían suponer que este poseía una la naturaleza fundacional o institucional. Los bancos eran calificados como miembros del Fondo y gran parte de su patrimonio se integraba con las aportaciones de estos; la adscripción y separación de los bancos era voluntaria, teniendo estas, facultad de proponer a sus representantes para que conformaran la Comisión gestora organismo de administración del Fondo. En ocasiones se planteaba una cierta consideración de éste como un ente de base corporativa. Finalmente se estimó que se trataba de datos que manifiestan el deseo de una cierta participación de los bancos privados en el Fondo, pero que no llevan en absoluto a deshacer su naturaleza fundacional<sup>833</sup>.

---

<sup>832</sup> *Ibidem*.

<sup>833</sup> SANCHEZ CALERO, Fernando, "El Fondo de garantía....." *op. cit.*, p. 44. V. también JIMENEZ BLANCO, CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, "El Fondo de garantía....." *op. cit.*. "Las personificaciones de naturaleza fundacional abarcan los llamados entes públicos de gestión, las sociedades públicas y las fundaciones públicas. Los entes públicos de gestión son entidades de carácter fundacional o institucional creadas para el desempeño de una función pública y bajo una forma de personificación jurídico-pública (esto es, no ajustada a las normas de Derecho Privado). En la esfera estatal existe una categoría básica, los organismos autónomos y otras dos nacidas de la pretensión de escapar de ese calificativo y sus consecuencias: las instituciones públicas y las entidades gestoras de la seguridad social. En la esfera local se dan los servicios públicos personificados, a los que el ordenamiento denomina fundación pública del servicio. Con el nombre de instituciones públicas entre las que se encuentra el fondo de garantía de depósitos designamos el segundo tipo de el Art. 6.1b de la Ley 11/77 de 4 de enero General Presupuestaria (LGP), califica como sociedades estatales esto es las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado. Según el artículo 1 del RDL FGD 1/80 es un ente que parece entrar en la categoría de las instituciones públicas sociedades estatales según la LGP al atribuirle personalidad jurídica pública y preceptuarse que desarrolla sus fines en régimen de Derecho Privado." p. 180.

Más tarde, se le otorga personalidad jurídica al Fondo, pasando a ser una persona compuesta por dinero y otros elementos patrimoniales como pueden ser las acciones de los bancos en crisis o aquéllos otros bienes formados por los activos de esos bancos que estime oportuno apropiarse cuando las instituciones bancarias sean ofrecidas a la venta<sup>834</sup>, contando además con un órgano a cuyo cargo esta su administración y funcionamiento.

Es significativo que en la regulación actual del Fondo de garantía de depósitos no se prevea la financiación pública sino excepcionalmente. Lo que se justifica al seguir los parámetros del ordenamiento comunitario sobre sistemas de garantía de depósitos<sup>835</sup>, que dispone que no es indispensable armonizar los métodos de financiación de los sistemas de garantía de depósitos o de las propias entidades de crédito, dado que los gastos de la financiación de estos deberían recaer, en principio en las propias entidades de crédito y la capacidad financiera de dichos sistemas debe ser proporcional a las obligaciones que les incumban, lo cual no debe poner en peligro la estabilidad del sistema bancario del Estado miembro que se trate<sup>836</sup>.

Por ser el Fondo de garantía de depósitos un ente creado por un conjunto de disposiciones legales, con personalidad jurídica pública que actúa y desarrolla sus actividades en régimen de Derecho privado tiene una naturaleza *sui generis*, como sociedad estatal, que siendo una entidad de Derecho público ajusta sus actividades al régimen del Derecho privado<sup>837</sup>.

Tiene funciones en parte coincidentes con las que justifican la presencia de una autoridad administrativa de control y vigilancia de la actividad bancaria. Al tratarse de un ente que además de sus funciones de proteger los depósitos, auxilia al Banco de España en su labor de vigilancia sobre los bancos y al

---

<sup>834</sup> Cfr. Art. 6 RD 567/1980.

<sup>835</sup> En el considerando 23 de la Directiva 94/19/CEE.

<sup>836</sup> SALINAS ADELANTADO, Carlos, *op. cit.*, p. 444 y ss.

<sup>837</sup> Art. 5 RD 2606/96. *Vide supra* 833.

haberse conferido a su Comisión Gestora facultades de información a aquel sobre las dificultades económicas que pueda atravesar cualquier institución que forme parte del Fondo, como la de ser su consulta obligada para que el Banco de España requiera a una institución bancaria a fin de que adopte las medidas necesarias para restablecer su situación patrimonial<sup>838</sup>. Sin embargo estas funciones son más precisas y limitadas que las mucho más importantes y complejas de la actividad de control y supervisión de la actividad bancaria que lleva a cabo el Banco de España.

### **3.10.3 Estructura, administración y gestión del Fondo**

Al dotar al fondo de personalidad jurídica, lógicamente se requiere de un órgano que lleve a cabo las labores de administración, con lo que la Comisión Asesora que formaba parte del primitivo Fondo de garantía, se transforma en Comisión Gestora disponiendo la Ley que será ésta, el órgano de gobierno cuyas funciones genéricamente se basan en la gestión y administración de los recursos otorgándosele además más específicamente la función de información y asesoramiento al Banco de España en materia de la competencia del Fondo. Debiendo determinar sus normas de funcionamiento interno y aprobar las cuentas que éste deberá rendir a las entidades adheridas y al Banco de España<sup>839</sup>.

Hasta finales de 1995, cada uno de los Fondos de garantía españoles estaba regido por una Comisión Gestora cuya composición resultaba ser de: cuatro representantes del Banco de España, uno de los cuales ostenta la presidencia, más cuatro representantes de la respectiva categoría de entidades integradas en este caso por bancos, nombrados por el Ministerio de Economía y Hacienda a propuesta del Banco de España.

Actualmente, la composición de la Comisión Gestora se integra con

---

<sup>838</sup> Art. 5 RD 567/1980.

<sup>839</sup> Art. 2 RD 2606/96. V. SALINAS ADELANTADO, Carlos, *op. cit.*, p. 444.



cuatro representantes del Banco de España y otros cuatro más representando a las entidades de crédito adheridas. Los del Banco de España son propuestos por su Comisión Ejecutiva y uno de ellos será el subgobernador del Banco que ostentará la presidencia. Así, se intenta establecer un mayor equilibrio entre el protagonismo del Banco de España y el de las instituciones directamente concernidas<sup>840</sup>.

Todos los representantes de los bancos serán propuestos por las asociaciones representativas de estos y deberán ser personas de reconocida honorabilidad comercial y profesional con conocimientos adecuados para el ejercicio de sus funciones. Su duración en el cargo será de cuatro años renovables salvo el mandato del subgobernador del Banco de España que dura mientras permanezca en el cargo. Todos los miembros de la Comisión tendrán la obligación de guardar el secreto de cuanta información conozcan en virtud de su participación en las tareas del Fondo no pudiendo hacer uso de la misma para finalidades distintas de las relacionadas con el ejercicio de su cargo en esa Comisión<sup>841</sup>.

Se pone en evidencia la necesidad de organizar una Comisión Gestora del Fondo que favorezca tanto la confianza del público en la protección como la gestión eficaz y eficiente de las crisis bancarias, articulando estrechas relaciones de colaboración entre la autoridad monetaria y los administradores del Fondo.

El desempeño de las funciones asignadas al Fondo comporta el que la Comisión Gestora este debidamente informada de todo lo que de manera relevante pudiera incidir en la solvencia de las entidades de crédito adheridas. Por ello se establece que la Comisión Gestora recabará del Banco de España toda la información que precise con respecto a los bancos adheridos. Especial mención se hace a que en particular sea informada de aquellas entidades que

---

<sup>840</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, “Los sistemas de garantía.....”, *op. cit.*, p. 21.

<sup>841</sup> Art. 2 RD 2606/96.

se encuentren en dificultades económicas y que puedan determinar la actuación de los Fondos respectivos<sup>842</sup>.

Un estudio de la organización adoptada en los diversos países de la Unión Europea pone de manifiesto que, al igual que en España, la autoridad de supervisión bancaria desempeña un papel determinante en la administración de los sistemas de protección de países como Gran Bretaña, Irlanda, Bélgica, Holanda o Portugal. No es así, allí donde los dispositivos de cobertura se articulan en el seno de las correspondientes asociaciones bancarias Alemania, Francia, Italia. En consecuencia, atendiendo a la estructura actual de los Fondos de garantía españoles, creados y regulados por normas y a la vista de esa práctica europea, no llama la atención la composición de la Comisión Gestora del esquema español<sup>843</sup>.

#### **3.10.4 Fuentes de financiación**

Dada la función que le es encomendada al Fondo, es fundamental que éste cuente con los recursos suficientes para el desarrollo de sus tareas. La

financiación es un elemento importante, no sólo porque afecta a la capacidad del sistema de protección para preservar la confianza en el sistema bancario, sino también porque determina quien absorberá las pérdidas cuando los bancos quiebren y quien responderá por los depósitos.

En un importante número de sistemas de garantía de depósitos, los bancos a ellos adheridos, proporcionan gran parte o todos los recursos en la forma de pagos periódicos de primas a un Fondo de seguro de depósitos<sup>844</sup>. Tal es el caso de España donde las aportaciones al Fondo se realizan por las instituciones bancarias adheridas y excepcionalmente por la participación del

---

<sup>842</sup> RD. 2606/96 Art. 2.5.

<sup>843</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, *o. c.*, p. 21.

<sup>844</sup> MAS, Ignacio y H. TALLEY, Samuel, "El seguro de depósitos en los países en desarrollo", *Finanzas y desarrollo*, FMI Y BM; 1990. p. 45.

Banco Central.

Ha pasado a ser un tema de tradicional discusión la cuestión de quienes deben ser los obligados a hacer aportaciones al Fondo, si por un lado las entidades a él adheridas o el Banco de España. En cuanto a la participación de las primeras ha parecido claro ya que son las instituciones bancarias las beneficiarias directas de la protección contra el pánico bancario.

En relación a la aportación del Banco de España, los que se muestran contrarios a su participación, señalan que éste organismo como financiador de la banca privada corre un grave riesgo de pérdidas en el caso de que una entidad de crédito devenga insolvente y caiga en un procedimiento concursal. Por lo que es conveniente evitar el uso indiscriminado de recursos públicos en beneficio de actividades privadas. Considerando razonable hacer recaer íntegramente el coste del seguro sobre la comunidad bancaria ya que ésta será la primera en beneficiarse de su existencia<sup>845</sup>.

Se señala además que aunque no se puede negar el elevado beneficio social que se deriva del mantenimiento de la estabilidad financiera, ello no quiere decir que de este argumento se deduzca que el esquema de protección de depósitos haya de ser por sistema, financiado total o parcialmente con fondos públicos. Cuestión distinta es que invocando la necesidad de esa estabilidad, las autoridades se vean puntualmente obligadas a intervenir y autorizar recursos para eso<sup>846</sup>. No parece por otra parte que corresponda a la colectividad la tarea de financiar la estabilidad de las entidades de crédito, sobre todo cuando se trata de grupos que pueden perfectamente soportar la carga económica que ello supone<sup>847</sup>.

Se ha Considerado que si el Fondo de garantía es financiado por los

---

<sup>845</sup> GARRIDO TORRES, Antonio, *Crisis bancarias.....op. cit.*, , p. 121.

<sup>846</sup> *Vide ibid.*, p. 77.

<sup>847</sup> SALINAS ADELANTADO, *op. cit.*, p. 444.

bancos, debe ser organizado y controlado por el mismo. El Estado debe limitarse a fijar y controlar el cumplimiento de las garantías de solvencia y a prestar la colaboración necesaria para el mejor cumplimiento de los principios de solvencia profesional y responsabilidad propios de los modelos de supervisión bancaria de una economía descentralizada<sup>848</sup>.

Quienes son partidarios de la aportación mixta señalan que si se parte de que hay un beneficio social superior al beneficio privado y de que no solamente se pretende proteger al depositante o el banco sino a un bien superior que es la seguridad financiera y protegerse frente a una economía en crisis, resulta lógico, que la financiación sea en parte privada y en parte pública<sup>849</sup>. Son por tanto los intereses públicos los que justifican la actuación y presencia del Banco Central y legitiman en definitiva la aportación de este organismo<sup>850</sup>.

La posición intermedia sostiene que el debate en torno a la financiación del seguro puede enmarcarse en la cuestión más amplia de la responsabilidad de las autoridades en la aparición de episodios en crisis. Pero estos fenómenos pueden surgir en situaciones normales que tienen lugar con independencia de cuáles sean las condiciones económicas y financieras del país en un momento dado, Incluyéndose en esta categoría las asociadas situaciones de fraude, desfalcos, malversación de fondos, robos y dirección ineficiente. Las crisis también pueden generarse por un cambio brusco en el entorno económico en el que operan las entidades financieras. Con esta base, se sostiene que el esquema de protección de los depósitos debería únicamente responsabilizarse de los costes asociados al segundo tipo de crisis, debido a que las autoridades serían sus causantes directos al no haber tomado las medidas monetarias necesarias para evitar la aparición de períodos de recesión económica<sup>851</sup>.

---

<sup>848</sup> SANCHEZ CALERO, Fernando, “El Fondo de garantía.....”, *op. cit.*, p. 46.

<sup>849</sup> GAMIR, *cit. post.* GARRIDO TORRES, Antonio, *Crisis bancarias.....op. cit.*, p. 77.

<sup>850</sup> SANCHEZ CALERO, Fernando, *l. c.*, p. 46.

<sup>851</sup> GIBSON, SCOTT Y MAYER *cit. post.* GARRIDO TORRES, Antonio, *Crisis bancarias.....op. cit.*,

El argumento se basa en señalar que si las autoridades monetarias manejan la economía eficientemente debería haber menos riesgo de insolvencia múltiples y pánicos bancarios<sup>852</sup>. La objeción a esta postura, es que la situación económica depende en muchas ocasiones de los vaivenes de la economía internacional frente a las que poco pueden hacer las autoridades nacionales.

Como anteriormente mencionamos, la propia Directiva europea sobre sistemas de garantía afirma que las autoridades públicas no habrían de comprometerse frente a los depositantes por el hecho de velar por la creación o reconocimiento oficial de tales sistemas de cobertura, lo cual viene a introducir el hecho de que no pueden ser directamente llamadas a acudir en ayuda de los ahorradores en la hipótesis de crisis en una institución bancaria.

En este enfoque resuena el eco de una prudente preocupación por evitar conflictos, dadas las limitaciones contenidas en las normas generales de la Unión Europea a la hora de conceder ayudas públicas a las empresas, por su peligro de introducir distorsiones en la competencia y en las transacciones entre los Estados miembros<sup>853</sup>. Sin embargo, de ahí no cabe deducir que esté prohibido todo tipo de contribuciones y líneas de crédito de los bancos centrales a los dispositivos de seguro, por lo que entre otras cosas, esto sigue siendo un argumento para entender la continuidad de la presencia de esos institutos en los órganos de administración de los mencionados dispositivos de garantía en determinados países. Resulta pues admisible que la autoridad monetaria conceda, en su caso créditos para facilitar liquidez a los dispositivos de garantía, de hecho, en el caso español tal posibilidad está recogida en la Ley 13/1994 de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España<sup>854</sup>.

---

p. 121.

<sup>852</sup> MC CARTHY, Ian. S, *op. cit.*, p. 587.

<sup>853</sup> Directiva 94/19/CEE, Exposición de motivos.

<sup>854</sup> Art. 13.2 a) “Queda prohibida la autorización de descuentos. La concesión de cualquier otro tipo de crédito por el Banco de España al Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales o cualesquiera de los organismos o entidades a los que se refiere el artículo 104 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea,

La tendencia actual se inclina porque la financiación de los sistemas de garantía de depósitos, no gravite sobre el sector público. De ahí que la regulación española establece la posibilidad de que el Banco Central efectúe aportaciones excepcionales para nutrir los propios sistemas de garantía cuya cuantía será fijada por la ley<sup>855</sup>.

Las fuentes de financiación del Fondo de garantía de depósitos, pueden ser ordinarias y extraordinarias. Hasta 1995 la financiación ordinaria estuvo compuesta de las aportaciones de los bancos miembros en un porcentaje sobre sus depósitos y una cantidad igual a esta con la que contribuía el Banco de España. Con lo primero se intentaba reflejar una cierta solidaridad entre los bancos y con lo segundo se recuerda el carácter de banco de bancos que corresponde al Banco de España y se intenta también que esto esté presente en un organismo cuyas funciones en alguna medida llegan a coincidir con las del supervisor del sector crediticio<sup>856</sup>.

En la financiación extraordinaria, se contempla la venta de las acciones de los bancos en crisis así como los anticipos del Banco de España que en principio se fijaron en un tope de cuatro anualidades, suprimidos luego por el RD 1620//81 de 13 de julio que estableció en su Artículo 1º. que modifica el Artículo 2º. 5 del RD 567/1980, que el Banco de España, previo informe de la Comisión Gestora, podría conceder anticipos al Fondo, con o sin interés, en la cuantía necesaria para el cumplimiento de sus funciones<sup>857</sup>.

---

según redacción dada por el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992. Se exceptúan de lo anterior: a) Las entidades de crédito públicas que podrán recibir del Banco de España liquidez en las mismas condiciones que las restantes entidades de crédito así como en su caso los fondos de garantía de depósitos en entidades de crédito.”

<sup>855</sup> Cfr. Decreto Ley 12/1995 Disposición Adicional Séptima; *Vide* sobre el tema a RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, “Los sistemas de garantía.....” *op. cit.*, p. 21.

<sup>856</sup> JIMENEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, “El Fondo de garantía.....”, *op. cit.*, p. 195.

<sup>857</sup> La razón esta en que el fondo creado a finales de 1977 es decir poco antes de que afloraran las primeras crisis bancarias, ha actuado como un sistema de seguro en el que los riesgos se han presentado con anterioridad al cobro de primas. Ello explica a su vez que sólo en un plazo de diez a doce años sea pensable en que la recuperación de activos y las cuotas anuales permitan devolver los anticipos recibidos con interés del Banco de España. Son pocas las naciones que adoptan este mecanismo por lo impráctico que resulta esperar un financiamiento adecuado en momentos de inestabilidad.

Durante algún tiempo, la financiación compartida entre la banca y el Banco de España al esquema de garantía fue puramente pragmática, dada la magnitud de la crisis bancaria española no era deseable cargar exclusivamente la cuenta de resultados de las entidades sanas para financiar conductas y situaciones ajenas, el Banco de España tuvo que darle anticipos al Fondo. En definitiva hubo que afrontar la capitalización inicial de éste; de hecho las contribuciones iniciales no fueron suficientes para crear un verdadero Fondo <sup>858</sup>.

En la nueva regulación, la aportación del Banco de España de ser la regla ha pasado a tener carácter excepcional. En concreto, ahora sólo se producirá en casos muy particulares para salvaguardar la estabilidad del conjunto de las entidades adscritas al Fondo y su participación deberá determinarse por ley <sup>859</sup>. Se ha hecho hincapié en que debe existir un peligro para el conjunto de las entidades para que se apruebe la aportación, por lo que una crisis concreta que no suponga tal riesgo no podría justificar aportaciones por parte de éste organismo.

En relación al tema específico de las aportaciones al Fondo, hemos mencionado los dos sistemas de financiación que comúnmente se presentan; por un lado, los esquemas financiados con aportaciones anticipadas y periódicas de las instituciones que lo integran y que son utilizados en caso de dificultades económicas, crisis o insolvencia de alguna de estas. Y por otra parte los sistemas de cobertura mutua o de actuación *ex post* o aportaciones específicas que funcionan en caso de dificultad de uno de los socios <sup>860</sup>. En el esquema español, las aportaciones se realizan mediante primas cuya cuantía suele ser un porcentaje del conjunto de los depósitos a los que se extiende la garantía.

---

<sup>858</sup> CEMLA, “Estudios sobre seguro de depósitos”, *Décima.....op. cit.*, p. 114.

<sup>859</sup> *Cfr.* Art. 3.4 RD 2606/96.

<sup>860</sup> CARDONE RIPORTELLA, Clara, *op. cit.*, p. 130.

Los tipos de aportación al Fondo se clasifican en sistema de primas fijas, cuando la prima que se cobra es igual para todas las entidades de crédito; sistema de primas variables, cuando se cubran primas distintas a cada una de ellas.

La valoración de la prima a pagar por las entidades bancarias al esquema asegurador es quizá uno de los aspectos más relevantes del sistema de protección. En la determinación de una prima justa económica y socialmente se mezclan una serie de problemas como el de riesgo moral, equidad, etc<sup>861</sup>. En éste estudio se exponen algunas de las posturas que se plantean en torno a su determinación.

Por lo que hace a los criterios de aportación con tasas uniformes, cabe decir que las primas se calculan de acuerdo con un determinado e idéntico porcentaje, aplicado sobre el volumen de depósitos totales garantizados, lo que significa un rango igual para todos los intermediarios, sin tener en cuenta el nivel particular de riesgo correspondiente a cada uno. Algunos estudiosos han calificado este sistema de ineficiente debido a que potencia el riesgo moral y no es equitativo, sugiriendo la conveniencia de utilizar primas ajustadas al riesgo de cada entidad<sup>862</sup>. Sostienen que con primas basadas en riesgo aún el depositante más ignorante empezará a estar bien informado simplemente comparando las primas de seguro de los diferentes bancos en los que depositan su dinero.

Los defensores del mercado que han abogado por el establecimiento de un esquema de primas en función del riesgo asumido por cada entidad, aseguran que de esta forma se desmantelarían las regulaciones que limitan el tipo de activos que pueden poseer los bancos. Se eliminarían los problemas de azar moral y selección adversa de los propios esquemas de protección, constituyéndose en sistemas más equitativos ya que, las entidades que con su

---

<sup>861</sup> *Ibidem*.

<sup>862</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, “Los sistemas de garantía.....”, *op. cit.*, p. 132.



comportamiento exponen a un mayor riesgo al organismo asegurador se verán obligadas a cubrir primas más elevadas. Para ello la institución de protección deberá disponer de la información necesaria para estimar con precisión el vector del riesgo de cada establecimiento bancario ajustando instantáneamente la cuantía de las primas de acuerdo a las modificaciones en las condiciones de los asegurados<sup>863</sup>.

La realidad es que por la propia naturaleza del negocio bancario constituye una dura tarea el empeño de medir y valorar el grado de riesgo global asociado con el conjunto de la cartera de activos y pasivos de la entidad bancaria, dificultándose la evaluación del riesgo. La principal debilidad de las primas basadas en el riesgo se encuentra en la información asimétrica entre la administración del banco y los directivos del esquema asegurador. Probablemente las primas empezarían a subir cuando las pérdidas ocurran y acentuarían los problemas de solvencia y el sistema de protección podría desestabilizar al banco precisamente en un momento en que más necesita ayuda<sup>864</sup>.

Si las autoridades contasen con mecanismos de vigilancia y resolución de crisis tan perfeccionados que permitan intervenir antes de que llegase a ser negativo el valor económico del patrimonio de las instituciones, los Fondos de garantía no tendrían ninguna exposición al riesgo para lo cual poner precio, aunque indudablemente incurrirían en costes de supervisión fuertes que han de recuperar de alguna manera<sup>865</sup>.

---

<sup>863</sup> GARRIDO TORRES, Antonio, “El debate actual .....”, *op. cit.*, p. 78; V. LANDSKRONER, PAROUSH, Jacob, *op. cit.*, pp. 531 - 552; véase también a JIN - CHUAN DUAN, ARTHUR F. MOREAU, C.W. SEALEY, “Deposit Insurance and Bank interest rate risk: pricing and regulatory implication”, *Journal of Banking & Finance* 19, North- Holland, 1995, . p. 1091. Documento en el que se desarrolla la evaluación de la tasa de exposición de riesgo de las instituciones de depósito y las agencias de seguros de depósitos.; V. también, M. KABIR, Hassan; GORDON V. KAVELS; MANFRED O. Peterson, “Deposit Insurance, Market Discipline and Off- balance Sheet Banking Risk of large U.S. Commercial Banks”, *Journal of Banking and Finance* 18 North- Holland, 1994, pp. 575 - 593.

<sup>864</sup> FINSINGER Jorg, “Bank Regulation and Deposit Insurance, Comment”, *The Economics and Law of Banking Regulations, Occasional Papers*, Vol. 2, Edited by Eirik G. Furubotn and Rudolf Richter, Center for the Study of the New Institutional Economics Universität des Saarlandes, Winter 1989/90, p. 63.

<sup>865</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, “Los sistemas de garantía.....”, *op. cit.*, p. 138.

La realidad es que son patentes las dificultades hoy existentes para introducir en la práctica un esquema puro basado en primas justas ligadas al riesgo. Un esquema de garantía óptimo debe favorecer la estabilidad del sector bancario frente a potenciales efectos de contagio y facilitar la asunción del riesgo sin subvenciones ni gravámenes ineficientes; al mismo tiempo debe contar con las facultades suficientes para penalizar adecuadamente la poca calidad en la dirección de las entidades<sup>866</sup>.

Debido a la dificultad que comporta la medición de los riesgos bancarios, en muchos países se ha optado por establecer primas independientes de este. De esta forma las entidades no tienen que soportar plenamente las cargas derivadas de su comportamiento, dado que cualquier que sean los riesgos, las primas permanecerán fijas siendo el sistema de garantía el que asuma la mayor parte de los costes derivados de las decisiones de los bancos<sup>867</sup>.

Las aportaciones anuales de los bancos que integran los Fondos de garantía y se basan en el 2 por 1000 de los depósitos a los que se extiende su garantía existente al cierre de cada ejercicio<sup>868</sup>. Puede acordarse la disminución de las aportaciones, por el Ministerio de Economía y Hacienda a propuesta del Banco de España, cuando el patrimonio de un Fondo alcance una cuantía suficiente para el cumplimiento de sus fines. Esas aportaciones se suspenderán cuando el fondo patrimonial no comprendido en operaciones propias del objeto de los Fondos iguale o supere el 1 por 100 de los depósitos en entidades adscritas a ellos, lo que será comunicado por la Comisión Gestora<sup>869</sup>. Las aportaciones se ingresarán en la cuenta del correspondiente al

---

<sup>866</sup> *Idem.*, “En torno a la reforma.....”, op. cit., p. 179.

<sup>867</sup> GARRIDO TORRES, Antonio, *Tesis Crisis Bancaria.....op. cit.*, p. 83.

<sup>868</sup> *Vide* SUAREZ BERNALDO DE QUIRON, F. Javier, *Seguro de depósitos y comportamiento bancario un análisis basado en la teoría de opciones*, Documento de Trabajo N.º 9211, Centro de Estudios Monetarios y Financieros, 1992, p. 5.

<sup>869</sup> *Cfr.* Art. 3 2606/96; Disposición Adicional Séptima Uno 3 b) 1 y 2 RD 12/1995 de 28 de Diciembre *Vide* BALAGUER, Teresa y SOLER, Montserrat, *El sector bancario europeo panorama y tendencias*, Dir. José M. Liso, Colección Estudios y Informes, N.º 16, La Caixa, Barcelona, 1999. En 1997 las aportaciones anuales de los bancos estaban fijadas de la siguiente manera: los bancos habían de contribuir con 1% de sus depósitos al Fondo, ese año se rebajan las aportaciones del 2 al 1,1% ya que el año anterior se consiguió superar la situación de déficit patrimonial en que se encontraba el Fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios desde 1994 y se va a eliminar aún más la aportación extraordinaria del Banco de España. p. 73.

Fondo de garantía en el Banco central , pasando a formar parte del patrimonio no comprometido del Fondo.

A fin de evitar que los recursos del Fondo pierdan valor, se hace necesario que estos se inviertan, en la forma que produzca algún tipo de rendimiento. Pudiendo materializarse en deuda pública u otros activos de elevada liquidez y bajo riesgo<sup>870</sup>. “Esta administración debe realizarse combinando dos criterios; seguridad y liquidez. Seguridad porque su finalidad no es la aplicación sino la conservación y liquidez porque debe garantizarse que el Fondo pueda disponer con rapidez de su patrimonio para aplicarlo a sus fines”<sup>871</sup>.

Cualquiera que sea el sistema elegido para la financiación del seguro de depósitos se exigirá siempre la presencia de una supervisión adecuada que limite la toma de riesgos excesivos. Ningún esquema asegurador público o privado aceptará un determinado nivel de primas por unidad de depósitos sin tener la certeza de que los bancos asegurados se comportan de manera responsable<sup>872</sup>.

Tan importantes llegan a ser las aportaciones, que la ley determina como causa de exclusión del instrumento asegurador, el incumplimiento en el pago de estas al Fondo de que formen parte<sup>873</sup>. Además, con el objeto de que el Fondo no sufra ningún tipo de descapitalización, las entidades que por cualquier motivo dejen de pertenecer a él, perderán todo derecho a la devolución de las cantidades que hubiesen entregado, situación que es igual para las entidades españolas y sucursales de otros Estados miembros de la Unión Europea<sup>874</sup>. Esta es una característica que aleja la naturaleza del Fondo

---

<sup>870</sup> RD 2606/96 Art. 3.5.

<sup>871</sup> SALINAS ADELANTADO, Carlos, *op. cit.*, p. 446.

<sup>872</sup> GARRIDO TORRES, Antonio, *Crisis Bancarias op. cit.*, p. 36. V. también MUÑOZ CERVERA, Miguel, “Real Decreto 2606/96 de 20 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen jurídico de los Fondos de garantía de depósitos en entidades de crédito”, *CDC*, Abril, 1997. p. 197, 198.

<sup>873</sup> Art. 6.1 RD 2606/96.

<sup>874</sup> Disposición Transitoria Primera RD 2606/96.

de otras figuras como las sociedades, lo que confirma al esquema de garantía de depósitos como una institución *sui generis*<sup>875</sup>.

### **3.10.5 Requisitos para pertenecer al mecanismo de protección**

El principio de obligatoriedad reconocido en la normativa europea ha sido recogido por la legislación española, estableciéndose que todas las entidades de crédito españolas permanecerán con carácter obligatorio según su naturaleza jurídica a un Fondo de garantía de depósitos<sup>876</sup>.

Para pertenecer al sistema de garantía de depósitos en establecimientos bancarios, se exigen ciertos requisitos, entre ellos que se trate de instituciones de banca, las que deberán estar inscritas en el Registro Especial del Banco de España correspondiente a bancos y cumplir con todos los atributos, deberes y ordenamientos legales inherentes a esta calidad.

Podrán adherirse las sucursales de entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea y las sucursales de entidades de crédito no miembro de la Unión Europea cuando los depósitos en España no estén cubiertos por un sistema de garantía en el país de origen o para cubrir la diferencia en nivel o alcance cuando la garantía del sistema del país de origen se inferior a la cubierta por aquel. Todas deberán cumplir con las normas del Fondo es decir, mantener la liquidez necesaria, aportar las cuotas o primas que se determinen, entre otras.

Resulta impráctico y riesgoso garantizar instituciones que no estén sujetas a una efectiva supervisión y regulación. La inclusión entidad bancaria en el Fondo de garantía debe estar abierta sólo a instituciones que se encuentran bien reguladas y supervisadas. Si esta condición no se presenta quizá convenga dar a las estas la oportunidad de ser aseguradas hasta que la

---

<sup>875</sup> *Vide.* SALINAS ADELANTADO, Carlos, *op. cit.*, pp. 451, 452.

<sup>876</sup> *Vide.* Art. 3 de la Directiva 94/19/CEE, recogido en el Art. 21 bis del RDL 18/1982 y RD 2606/96

deficiencia se subsane<sup>877</sup>.

### **3.10.6 Causas de exclusión del Fondo**

La exclusión de un banco, del Fondo de garantía de depósitos, será causa de revocación de la autorización administrativa, que llevará implícita la disolución de la entidad y la apertura del período de liquidación que se desarrollará conforme a las normas y estatutos de ley<sup>878</sup>.

Una entidad bancaria adherida al Fondo puede ser excluida de este cuando no efectúe sus aportaciones en los términos que se estipula en la normativa; cuando utilice su pertenencia al Fondo como una forma de publicitarse. Esta circunstancia quizá sea la que justifique el escaso conocimiento entre los clientes y ciudadanos en general e incluso entre los propios empleados de las instituciones bancarias sobre la existencia de un sistema de protección de los depósitos y de sus formas de funcionamiento, aunque las propias entidades deben tener en sus oficinas información sobre el esquema en cuanto a sus características<sup>879</sup>.

Si bien se está de acuerdo en que no se utilice al sistema de garantía como un elemento para hacer publicidad, se cree que para que cumpla con el objetivo de mantener la confianza del público, conviene informar más a cerca de este mecanismo protector a fin de evitar impresiones e inseguridades.

### **3.10.7 El Fondo de garantía y sus funciones**

En los sistemas que disponen de un esquema con fondo acumulado, es posible distinguir dos grandes modelos. Por un lado el que dispone de amplios poderes y que al tenor de consideraciones tales como el coste de la quiebra y

---

<sup>877</sup> GARCIA, Gillian G.H, “Deposit Insurance.....”, *op. cit.*, p. 11.

<sup>878</sup> Por la Disposición Adicional Octava del RD-Ley 12/1995 que modifica al artículo 57 bis de la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 en la redacción dada por la Ley 3/1994 de 14 de abril.

<sup>879</sup> RD. 2606/96 Art. 5.4.

sus consecuencias sobre el resto de las entidades puede optar por el pago de los depósitos hasta el límite asegurado o por intervenir con anterioridad a la declaración de quiebra, asegurando de hecho el mantenimiento en actividad de la entidad en crisis. Por otro lado se encuentran aquellos esquemas capacitados únicamente para reembolsar los depósitos garantizados y que entran en funcionamiento con posterioridad a la declaración de quiebra de la entidad<sup>880</sup>. Este último se limita a la función de indemnización, que consiste en que el sistema de garantía paga los depósitos asegurados, se subroga en los derechos de los depositantes y se procede al cierre de la entidad. Desaparece el banco y el sistema de garantía así como los acreedores y accionistas sufren pérdidas<sup>881</sup>.

En España, el propio Real Decreto 2606/96 en su preámbulo destaca que sólo los Fondos de garantía de depósitos en establecimientos bancarios se caracterizan por una doble finalidad; asegurar los depósitos de los clientes y participar en el saneamiento y reflatamiento de entidades de crédito en dificultades<sup>882</sup>.

El esquema que contempla el saneamiento de la entidad, puede tener múltiples variantes, consiste en que el sistema de garantía pueda conceder créditos, prestar garantías o adquirir activos de una entidad en crisis, interviniendo esta o haciéndose con su control mediante la adquisición de las acciones a sus antiguos propietarios a un precio simbólico, con la finalidad de sanearla y venderla. Esta es la alternativa que ha sido utilizada en casi todos los casos en España. Sus consecuencias son distintas a las generadas con respecto a la alternativa en la que el banco continúa funcionando y los depositantes cobran la totalidad de sus depósitos; el comprador final asume el compromiso de hacerse cargo de los depósitos a cambio de determinadas ventajas otorgadas por el sistema de garantía, ya sea en la forma de crédito o

---

<sup>880</sup> GARRIDO, Antonio, “El debate en torno.....”, *op. cit.*, p. 49.

<sup>881</sup> CEMLA, “Estudios sobre seguro de .....” *op. cit.*, p. 117.

<sup>882</sup> MUÑOZ CERVERA, Miguel, *op. cit.*, p. 196.

mediante la adquisición o de la garantía de los activos de menor calidad del banco vendido<sup>883</sup>.

En relación a las pérdidas generadas en uno y otro sistema, la opción de saneamiento no tiene que ser necesariamente la más cara, porque las pérdidas las soporta el sistema de garantía, ya que la liquidación de un banco tiene costos que no están presentes en su saneamiento: indemnizaciones al personal, que pueden ser públicas si existe un sistema de seguro de desempleo, venta forzada de activos con las consiguientes pérdidas, etc.

“El objetivo no debe ser minimizar los costos del sistema de garantía sino maximizar el bienestar social y económico de la colectividad, lo que puede significar que es preciso asegurar la continuidad de determinados servicios bancarios aunque el costo del saneamiento pueda ser superior al costo de la indemnización”<sup>884</sup>.

### **3.10.7.1 El aseguramiento de los depósitos**

#### **3.10.7.1.1 Depósitos garantizados**

Se consideran depósitos garantizados, *“los saldos acreedores mantenidos en cuenta, incluidos los fondos procedentes de situaciones transitorias por operaciones de tráfico y los certificados de depósito nominativos que la entidad tenga obligación de restituir en las condiciones legales y contractuales aplicables cualquiera que sea la moneda en que estén nominados y siempre que estén constituidos en España u otro Estado miembro de la Unión Europea”*<sup>885</sup>. Es decir, con carácter general están garantizados todos los saldos acreedores mantenidos en cuenta por bancos.

---

<sup>883</sup> CEMLA, “Estudios sobre seguro.....” *op. cit.*, , p. 117.

<sup>884</sup> *Ibidem*.

<sup>885</sup> Art. 4º. RD 2606/96.

“Desde luego no puede dudarse que todas las figuras que en la operatoria bancaria son reconducibles al depósito de dinero quedan cubiertas por la garantía. Así lo están los depósitos en cuentas corrientes, los depósitos de ahorro y las imposiciones a plazo”<sup>886</sup>. El presupuesto es que el cliente ha entregado una suma de dinero al banco, sobre la que surge la obligación de devolver el *tantumdem*.

La legislación señala los supuestos en que no se consideran depósitos garantizados, no gozan del beneficio de la cobertura del Fondo, no se consideran para el cómputo de aportaciones y no son motivo de consideración en el cálculo de la aportación que el banco deba hacer al Fondo.

Se trata de los depósitos realizados por otras entidades de crédito por cuenta propia y en su propio nombre. Se encuentran en éste supuesto los depósitos constituidos por quienes ostenten cargos de administración o dirección en la entidad que origine la actuación del Fondo, por las propias personas que tengan una participación significativa en el capital de la entidad o una participación en empresas de su grupo económico y los cónyuges y familiares en primer grado de unos y otros, así como cualquier entidad financiera que este sometida a supervisión<sup>887</sup>.

La disposición legal señala como excepción, a los depósitos constituidos con quebrantamiento de las disposiciones vigentes, en particular los originados en operaciones en relación con las cuales haya habido una condena penal por delitos resultantes de actividades de blanqueo de capitales y los constituidos por clientes que obteniendo a título personal condiciones financieras, hubiesen contribuido a agravar la situación de la entidad, siempre que tales circunstancias sean determinadas por sentencia firme; estos

---

<sup>886</sup> DE LA CUESTA RUTE, José María, “Repercusión de la crisis de las empresas bancarias en sus operaciones. En particular, los Fondos de garantía de depósitos”, AA.VV. *Contratos Bancarios*, Civitas, Madrid, 1992. pp. 980, 981.

<sup>887</sup> *Cfr.* Art. 4º RD 2606/96. V. MUÑOZ CERVERA, Miguel, “Real Decreto 2606/96 de 20 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen jurídico de los Fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito”, *CDC*, Abril 1997. p. 199, 200.



depósitos serán considerados para calcular las aportaciones, pero la obligación de pagar los importes garantizados no comprenderá a estos<sup>888</sup>.

Las disposiciones se limitan a determinar depósitos protegidos “*los efectuados por los clientes en cuentas corrientes a la vista, de ahorro e imposiciones a plazo fijo, naturalmente incluidas las documentadas mediante certificados de depósitos, cualquiera que sea la moneda en la que estén denominados, aunque con el matiz de que han de referirse a depósitos constituidos en España*”. Toman dos precauciones: la primera, facultar a la Comisión Gestora del Fondo, para dejar en suspenso el reembolso del o de los respectivos depósitos cuando existan circunstancias que permitan presumir una relación o participación de algún depositante con las causas motivadoras de la entrada en funcionamiento del esquema asegurador y ello hasta que no se declare judicialmente a instancia de parte la inexistencia de tal relación o participación; segunda, establecer que la obligación de reembolsar los depósitos garantizados no comprenderá aquéllos en los que se ponga de manifiesto un quebrantamiento de las disposiciones en vigor<sup>889</sup>.

#### **3.10.7.1.2 Cobertura de la garantía**

Cuando hicimos referencia a los tipos de sistemas de protección, señalamos que estos podían clasificarse de acuerdo a la cobertura en:

Parcial o limitada, cuando en un sistema de seguro los depósitos estos quedan protegidos hasta un monto máximo es decir, sólo se cubre un porcentaje de ellos.

Cobertura total, cuando de acuerdo con este mecanismo, el sistema bancario cuenta con un alto nivel de asistencia en lo que se refiere a los retiros

---

<sup>888</sup> Cfr. Art. 4 RD 2606/96. Vide MUÑOZ CERVERA, Miguel, *op. cit.*, 199, 200.

<sup>889</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, “Los sistemas de garantía...”; *op. cit.*, p. 19.

masivos contagiosos, los ahorradores están completamente protegidos, toda vez que no serían impulsados a ello, pues confiarían en la capacidad del ente de respaldo para cumplir sus obligaciones en caso de insolvencia o quiebra del banco.

Cobertura discrecional. Este esquema funciona igual que uno de cobertura parcial o limitada en tanto no exista una amenaza que afecte a todo el sistema bancario, pero puede convertirse en un sistema de facto, con el cien por ciento del seguro, si dicha amenaza es lo suficientemente grave como para que la disciplina del mercado se vea disminuía<sup>890</sup>.

Como regla más frecuente, se toma la garantía de cobertura parcial dando una cantidad máxima por acreedor y banco, puede ser un límite precisado en valor absoluto, fijo e igual para todas las entidades incluidas en el sistema. Cabe también que el tope sea el resultado de aplicar unos porcentajes bien respecto al volumen de fondos de cada depositante o bien sobre los recursos propios de la institución bancaria concernida<sup>891</sup>.

El esquema español se basa en la cobertura limitada. El fundamento a esta postura de protección parcial se justifica en que sería materialmente imposible sufragar los gastos que conllevaría un sistema que ofreciese una protección total<sup>892</sup>.

Una garantía de depósito parcial o limitada obliga a los depositantes a soportar parte de las pérdidas derivadas como consecuencia de la insolvencia bancaria<sup>893</sup>. Por otro lado, ofrece plena tutela a los depositantes otorgando cierta protección al sistema contra los asedios bancarios por contagio y preserva un cierto grado de disciplina de mercado al exponer a los grandes

---

<sup>890</sup> PRIETO FORTUN, Guillermo, *op. cit.*, p. 12.

<sup>891</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, “Los sistemas de garantía.....”, *op. cit.*, p. 131.

<sup>892</sup> *Cfr.* Art. 7.1, 7.2, 7.3 . RD 2606/96; SALINAS ADELANTADO, Carlos, *op. cit.*, p. 461.

<sup>893</sup> CARDONE RIPORTELLA, Clara, *op. cit.*, p. 128.

depositantes a pérdidas potenciales<sup>894</sup>.

La cobertura limitada ha dado a pensar que este mecanismo resulta discriminatorio porque los clientes que no superen los topes asegurados recuperan la totalidad de sus ahorros mientras que los depositantes mayores sólo cobran una parte. Esto muestra que el sistema no responde al menos en apariencia a patrones exclusivamente económicos sino que incluye también objetivos de política social que se ve por la prestación de tutelar las clases más desfavorecidas<sup>895</sup>.

No hay que olvidar que los grandes depositantes suelen estar mejor informados y es probable que realicen una retirada súbita de sus depósitos y desencadenen el temor entre la clientela en general cuando consideren que el banco se encuentra en dificultades<sup>896</sup>. Además, debe tomarse en cuenta que no necesariamente los pequeños depósitos en una entidad en dificultades son de los pequeños ahorradores. Es muy posible que los capitales más fuertes hayan repartido más el riesgo que los pequeños, abriendo cuentas en distintas entidades. La falta de información de los depositantes especialmente los pequeños pueden viciar la tendencia, a mantener los depósitos por debajo del límite garantizado<sup>897</sup>.

Por otro lado se sostiene que una cobertura limitada baja, contribuye a disminuir el riesgo moral que genera la protección del Fondo ya que además de la carga que implica el coste desproporcionado de un sistema de cobertura plena se evita que los clientes se sientan completamente asegurados y se desentiendan de la competencia técnica de la firma y de la calidad de sus servicios<sup>898</sup>. El público se ve obligado a tener en cuenta las garantías de protección que ofrecen las instituciones bancarias, asegurando así el

---

<sup>894</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, *l.c.*, p. 138.

<sup>895</sup> SANCHEZ ANDRES, Anibal, "Protección del Inversor y del Fondo de Garantía de Inversiones", *RDBB*, 1994, p. 118.

<sup>896</sup> MAS, Ignacio y TALLEY, Samuel H., *op. cit.*, p. 44.

<sup>897</sup> ANTON, José, "El Fondo de garantía de depósitos", *PEE*, N.º 3, 1980, p. 190.

<sup>898</sup> GILLIAN, García, "Deposit Insurance a survey .....", *op. cit.*, p. 8.

mantenimiento de un cierto grado de control del mercado sobre las mismas<sup>899</sup>.

Los partidarios de aprovechar a ultranza la utilidad del seguro de depósitos con vistas a potenciar la estabilidad financiera sugieren la alternativa de introducir una plena y total protección. Argumentan que si bien ésta contribuiría a reducir la posibilidad de conmociones en el sistema financiero y el mecanismo de pagos, eliminaría además las discriminaciones de trato por razón del tamaño que hoy son habituales cuando ha de resolverse la situación de intermediarios en dificultades. Tiene no obstante la desventaja de que presumiblemente desincentivaría el control en torno a la solvencia bancaria que tal vez pudieran ejercer los clientes por completo protegidos, potenciando el riesgo moral implícito en un esquema de seguro de depósitos. Por otra parte, el público se mostraría indiferente en términos de seguridad frente a las distintas instituciones. Lo que supone eliminar cualquier tipo de disciplina por parte del mercado a través de la conducta de los depositantes<sup>900</sup>.

En relación a la cobertura discrecional, cabe decir que cuando una crisis es inminente, algunos países que carecen de sistema de protección, suelen comenzar estableciendo un sistema explícito limitado porque erróneamente creen que esto evitará la crisis. Es importante señalar que una cobertura limitada no va a prevenir a los depositantes que no están asegurados de retirar su dinero.

Cuando estos pánicos se presentan, las autoridades pueden llegar a considerar que establecer una cobertura alta es la mejor opción, sin embargo si el público percibe que todos los bancos están débiles sigue habiendo un riesgo de retirada inevitable hacia bancos en el exterior o a nivel nacional habrá retiradas de bancos débiles a bancos seguros dentro del mismo país. Cuando estas circunstancias extremas se presentan, solamente la cobertura total

---

<sup>899</sup> FANJUL, Oscar y MARAVAL, Fernando, “La eficiencia del sistema bancario español”, Alianza Editorial, Madrid, 1985. p. 234.

<sup>900</sup> *Ibidem*.

puede más no necesariamente contener esas retiradas. Pero iniciar una cobertura limitada cuando hay riesgo de retiradas es invitar a que estas se produzcan. Establecer un nivel alto pero limitado no resuelve el problema, esto no sólo crearía retiradas de depósitos de quienes sobrepasan el límite de la garantía; políticamente esto probará la dificultad de reducir después la cobertura.

Con base en lo anterior, frente a una crisis sistémica un sistema bancario puede tener dos principales cursos para actuar. Retener su existente garantía implícita o instituir un esquema de garantía total en forma temporal<sup>901</sup>.

No cabe duda que establecer un nivel adecuado de cobertura es una decisión difícil y rodeada de importantes valoraciones, pues exige sopesar beneficios y costos esperados. En la actualidad cuando se imponen las tendencias liberalizadoras y desreguladoras viene a ser muy importante atinar a compaginar dentro de lo posible el deseo de minimizar los costes sociales de las insolvencias bancarias y la conveniencia de potenciar la libre andadura de los mercados de bancos y el mejor funcionamiento de sus específicos mecanismos de control prudencial, tal objetivo no es fácil de alcanzar<sup>902</sup>.

En lo que hace al alcance de la cobertura, es decir así la cobertura debe ser por depósitos o por depositante creemos que el sistema que resulta más eficiente es el último, dado que cuando la cobertura es por depósitos, el gran depositante conseguiría ser beneficiado por la garantía diversificando sus depósitos en distintas entidades de crédito, de modo que en caso de insolvencia de la o las entidades de crédito donde tiene sus recursos, cobraría el máximo garantizado tantas veces como depósitos tenga en cada entidad, siendo el valor que excede al límite máximo cubierto, un coste que traslada al asegurador mientras que si la cobertura es por depositante, este sólo cobraría

---

<sup>901</sup> GARCIA, Gillian G.H, "Deposit Insurance: A survey.....", *op. cit.*, p. 15.

<sup>902</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, "En torno a la reforma...", *op. cit.*, p. 131.

una vez el límite máximo garantizado<sup>903</sup>.

La protección otorgada por el Fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios en España, opera por depositante, persona natural o jurídica cualquiera que sea el número y clase de los depósitos en los que figure como titular. El esquema de cobertura es limitado o parcial, estableciendo un límite de 20.000 Ecus equivalente en pesetas,<sup>904</sup> este límite ha de ser aplicado también a los depositantes titulares de depósitos de importe superior al cubierto.

En ningún caso la garantía debe sobrepasar la suma del saldo o del depósito constituido. Si esta suma es menor que la garantizada, por el hecho de que existan dos o más titulares de la cuenta o del depósito no parece que el Fondo esté obligado a satisfacer aquella suma a cada uno de esos titulares, se dividirá entre ellos de acuerdo con lo previsto en el contrato de depósito o en su defecto a partes iguales<sup>905</sup>.

Cuando se trate de depósitos que se constituyan en sucursales de crédito españolas que se encuentren en otros países de la Unión Europea, la cobertura no excederá ni en su nivel ni en su alcance de la establecida por el

---

<sup>903</sup> CARDONE RIPORTELLA, Clara, *op. cit.*, p. 128.

<sup>904</sup> Art. 7 RD 2606/96.

<sup>905</sup> *Cfr.* Art. 7.2 ; V. MAS, Ignacio y TALLEY, Samuel H., *op. cit.*, p. 44. V. también DE LA CUESTA RUTE, José María, “Repercusión de a crisis.....”, *op. cit.*, El Tribunal Supremo ha sentado en su sentencia de 8 de febrero de 1991 que recoge las de 24 de marzo y 19 de octubre de 1988 “El que la cuenta indistinta no determina por si la existencia de un condominio sobre el saldo y menos por partes iguales. Separa el Alto Tribunal con nitidez la relación externa del banco frente a los titulares y la relación interna de estos entre si. Si bien frente al banco todos los titulares tienen facultades dispositivas del saldo y por consiguiente el banco paga liberatoriamente en cualquiera que sean las manos de los titulares, es la relación interna entre estos lo que ha de gobernar el problema de la propiedad del saldo. Esa misma doctrina ha de mantenerse respecto del pago que el fondo realice. Suponga a cada uno de los depositantes un pago liberatorio de su obligación de garantía, pero la titularidad sobre el reembolso a cada uno dependerá en último extremo de la relación interna entre ellas y de la procedencia de los fondos que nutrían el depósito.” p. 988, 989. “ Sentencia del 19 de octubre de 1988 El mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria en forma indistinta a nombre de dos o más personas como norma general lo único que comporta prima facie en lo referente a las relaciones derivadas del depósito irregular en que toda cuenta bancaria se apoya es que cualquiera de dichos titulares tendrá, frente al banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por si solo, la existencia de un condominio y menos por partes iguales, sobre dicho saldo de los dos o más titulares indistintos de la cuenta ya que esto habría de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta”.

sistema de garantía del país donde las sucursales estuvieran establecidas<sup>906</sup>.

En caso de que la entidad sea excluida del Fondo, los depósitos realizados en entidades de crédito españolas como en sucursales de entidades de crédito extranjeras seguirán amparados por este hasta su vencimiento. Siempre que se efectúen antes de que la exclusión sea efectiva. Cuando se trate de cuentas corrientes el saldo amparado no excederá del existente a la fecha de la exclusión menos los adeudos que hayan tenido lugar entre la citada fecha y la de la indemnización del supuesto que dio lugar al pago de la indemnización<sup>907</sup>. La exclusión para ser efectiva deberá comunicarse a los depositantes en el Boletín Oficial del Estado y de dos periódicos de ámbito nacional<sup>908</sup>.

Cuando se presenta la revocación de la autorización a una entidad que forme parte del Fondo, los depósitos existentes cubiertos en el momento de dicha revocación seguirán siendo garantizados hasta la extinción de la entidad. Esta última estará obligada a realizar las aportaciones legalmente exigibles, lo que quiere decir que la cobertura se extiende al periodo transitorio previo a la extinción de la entidad de crédito<sup>909</sup>.

### **3.10.7.1.3 Presupuestos de efectividad de la garantía**

La determinación legal de las causas que motivan la ejecución de la garantía es un punto de capital importancia para el adecuado funcionamiento de los sistemas que tutelan los depósitos, pues las mismas deben ser un instrumento que posibilite una reacción rápida cuando se presentan situaciones de indisponibilidad de manera que se evite la extensión del pánico bancario. Desde un punto de vista legal si una entidad de crédito se encuentra en la situación de no poder hacer frente a sus obligaciones de pago o bien se la

---

<sup>906</sup> *Cfr.* Art. 7 2606/96.

<sup>907</sup> *Cfr.* Art. 6.3.

<sup>908</sup> RD 2606/96 Art. 6.3.

<sup>909</sup> Art. 7.4. *L. c.*

debe declarar en quiebra, tiene una serie de formalidades que requieren de un cierto tiempo para ser puestas en acción<sup>910</sup>.

Es importante conocer en qué momento el acreedor podrá exigir el pago de la cantidad que entregó al banco. En la regulación actual española se establecen básicamente tres supuestos por los que puede producirse la ejecución de la garantía.

a) Que la entidad haya sido declarada en estado de quiebra.

b) Que se tenga judicialmente por solicitada la declaración de suspensión de pagos de la entidad.

c) Que habiéndose producido el impago de depósitos vencidos y exigibles el Banco de España determine que en su opinión y por razones directamente derivadas de la situación financiera de la entidad de que se trata, esta se encuentra en imposibilidad de restituirlos y no parece tener perspectivas de poder hacerlo en un futuro inmediato<sup>911</sup>.

En este caso, el Banco de España ha de resolver a la brevedad posible y una vez que oiga a la Comisión Gestora del Fondo, dentro de los veintiún días siguientes a haber comprobado por primera vez que la entidad no ha logrado restituir depósitos vencidos y exigibles después de haber dado audiencia a la entidad interesada de conformidad con lo dispuesto en la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas del Procedimiento Administrativo Común, sin que aquella suponga interrupción del plazo señalado<sup>912</sup>.

En el caso de que el depósito sea a plazo y no a la vista, el depositante puede exigir al Fondo el pago del crédito garantizado de forma inmediata, ya

---

<sup>910</sup> SALINAS ADELANTADO, Carlos, *op. cit.*, p. 463.

<sup>911</sup> RD 2606/96 Art. 8.

<sup>912</sup> *Cfr.* Art. 84 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre. *V.* SALINAS ADELANTADO, Carlos, *op. cit.*, p. 463.



que con la quiebra se dan por vencidas las deudas del quebrado suspendiéndose el pago de intereses. Tanto la quiebra como la suspensión de pagos deben considerarse como causas de extinción del contrato de depósito bancario, por lo que resulta lógico que el depositante pueda ejercitar su derecho contra el Fondo a partir de su declaración<sup>913</sup>.

El Fondo de garantía tendrá un plazo de tres meses a partir de la fecha en que el Banco de España tome la determinación de que la entidad se encuentra en imposibilidad de restituir los depósitos sin que parezca que haya posibilidad de poder hacerlo en un futuro o la autoridad judicial dicte la quiebra o suspensión de pagos, para que satisfaga las reclamaciones debidamente comprobadas<sup>914</sup>. Si el Fondo prevé que no está en posibilidad de efectuar el pago en el plazo establecido podrá solicitar al Banco de España la concesión de hasta tres prorrogas no superiores a tres meses cada una indicando las razones de la petición, corresponde al Banco de España verificar que existan motivos suficientes y excepcionales que la justifiquen para acordar su autorización<sup>915</sup>.

Dichos plazos son configurados como vinculantes para el Fondo pero no para los depositantes, lo que significa que los Fondos no pueden acogerse a los plazos para denegar la garantía a un depositante que haya podido hacer valer en tiempo su derecho<sup>916</sup>. Hay que considerar que entre las características fundamentales de un sistema de garantía es que exista una protección de los depósitos efectiva y que se asegure a los depositantes la devolución de sus depósitos a la brevedad posible. Para ejercer el cobro extemporáneo, una vez pasados los plazos, los importes no reclamados quedan depositados en los Fondos a disposición de sus titulares, sin perjuicio de su prescripción con arreglo a derecho, siendo el verdadero plazo vinculante de cobro para los

---

<sup>913</sup> SANCHEZ CALERO, FERNANDO, “El Fondo de garantía .....”, *op. cit.*, p. 52.

<sup>914</sup> *Cfr.* Art. 9.1.

<sup>915</sup> *Cfr.* Art. 9.1, 9.2 RD 2606/96.

<sup>916</sup> *Cfr.* Art. 9.3 RD 2606/96; V. SALINAS ADELANTADO, Carlos, *op. cit.*, p. 464.

depositante, el de prescripción de su derecho de reembolso<sup>917</sup>.

La obligación de pago se extenderá a todo lo que se depositó antes de producirse la causa de ejecución menos lo que haya podido ser retirado desde entonces<sup>918</sup>. Dos excepciones se establecen al respecto:

a) Los depósitos en entidades de crédito españolas como en sucursales de entidades extranjeras seguirán siendo amparados por el Fondo hasta su vencimiento cuando se efectúen antes de que la exclusión sea efectiva. Cuando se trata de cuentas corrientes, el saldo amparado no excederá del existente a la fecha de la exclusión, menos los adeudos que hayan tenido lugar entre la citada fecha y la de la indemnización del supuesto que de lugar al pago de la indemnización. La retirada de la cobertura será comunicada a los depositantes a través del Boletín Oficial del Estado y de dos periódicos de mayor circulación<sup>919</sup>.

b) Cuando se produzca la revocación de la autorización a una entidad adscrita a un Fondo, los depósitos existentes hasta ese momento seguirán siendo cubiertos hasta la extinción de la entidad que seguirá obligada a realizar las aportaciones legalmente exigibles. En caso de las cuentas corrientes, el saldo a pagar, será el existente a la fecha de la revocación<sup>920</sup>.

Con estas excepciones se adelanta el límite temporal de pago ya que sólo se satisfacen los depósitos constituidos con anterioridad a la pérdida de la cobertura del Fondo y no a la fecha de verificación de una de las causas de ejecución de la garantía<sup>921</sup>.

La mora en el pago de las aportaciones del banco al Fondo no deben

---

<sup>917</sup> Vide *O. c.*, p. 467. V. Código Civil Art. 1964.

<sup>918</sup> Art. 9.2 RD 2606/96.

<sup>919</sup> Cfr. Art. 6.3 de la disposición 2606/96

<sup>920</sup> Art. 7.4 *L. c.*

<sup>921</sup> SALINAS ADELANTADO, Carlos, *op. cit.*, p. 467.

incidir en la obligación de pagos de la garantía. La cobertura del Fondo cesa con la separación o baja del banco y su publicación, lo que significa que el impago de las contribuciones de las entidades al organismo asegurador no puede oponerse como una excepción frente a los depositantes para el cumplimiento de su obligación de garantía<sup>922</sup>.

Se establece como causa de restricción a la obligación de pago de los depósitos asegurados, que existan circunstancias que hagan presumir a la Comisión Gestora la relación o participación de algún depositante con las causas motivadoras de la entrada en funcionamiento del Fondo, caso en el cual podrá dejarse en suspenso el reembolso del o de los respectivos depósitos, mientras no se declare judicialmente a instancia de parte tal relación o participación<sup>923</sup>.

En este caso, si bien el juicio de la Comisión Gestora es importante, es a los Tribunales de Justicia a quienes les corresponde resolver si existe tal relación o participación. La norma impone literalmente a los órganos judiciales que se pronuncien a instancia de parte, lo que supone echar sobre el depositante, la carga onerosa de litigar.

La ley no establece la forma en que ha de iniciarse el procedimiento, ni el término de su prescripción, ni los días para su computo, tampoco señala el contenido que debería tener la pretensión del depositante dominante<sup>924</sup>. Esto no quiere decir que el depositante pierda el derecho de crédito contra el Fondo sino que se le obliga a litigar contra él cuando la Comisión Gestora presuma que tiene relación con la causa de que el banco haya caído en suspensión de pagos o quiebra.

Desde el Real Decreto 3048/1977 con el que se crea el Fondo de

---

<sup>922</sup> SANCHEZ CALERO, Fernando, “El Fondo de garantía.....”, *op. cit.*, p. 55.

<sup>923</sup> Art. 4.4 RD 2606/96.

<sup>924</sup> DE LA CUESTA RUTE, José María, *op. cit.*, p. 985, 986.

garantía de depósitos, se disponía que el depositante que viera satisfecho en todo o en parte su derecho o la restitución de su dinero estaba obligado a subrogar al Banco de España en todos sus derechos, circunstancia que permaneció en el Real Decreto 54/78 que modificó al primero.

En virtud de habersele otorgado personalidad jurídica propia al Fondo, el Real Decreto 567/80 cambió en algún sentido la literalidad de esta disposición, estableciéndose que se producía la subrogación de todos los derechos del acreedor al Fondo por el mero hecho de producirse el pago. La doctrina advirtió la probable insuficiencia de la norma para que operara dicha subrogación<sup>925</sup>. La legislación actual prevé que los Fondos se subrogarán por ministerio de la ley en los derechos de los depositantes, por el pago que este haga de los importes garantizados, hasta un importe equivalente al del pago realizado, siendo suficiente título el documento en que este se hace constar.<sup>926</sup> Una vez que el depositante ha recibido su dinero, si su crédito contra el banco es superior al monto de la garantía, quedará acreedor por el resto en el proceso de quiebra.

“La subrogación debe ser, no sólo en la cuantía del crédito satisfecho al beneficiario del seguro, sino también en el voto personal que correspondía al acreedor de origen”<sup>927</sup>. De esta forma, el Fondo adquiere la condición de acreedor más importante, al subrogarse en los derechos de los depositantes asume todos los costes de la operación. De ahí que resulte lógico que intente imponer cláusulas que limiten la probabilidad de quiebra de la entidad bancaria y que la supervisión sea considerada como “*la culminación lógica de la preocupación por los niveles de riesgo asumidos por los bancos asegurados*”<sup>928</sup>.

#### **4.10.7.2 El saneamiento de los bancos en dificultades**

---

<sup>925</sup> Debe considerarse en este punto, lo dispuesto en el Art. 1.213 del Código Civil que señala que el acreedor parcialmente satisfecho puede ejercitar su derecho frente al banco con preferencia al Fondo subrogado.

<sup>926</sup> Art. 9.4 del Real Decreto 2606/96.

<sup>927</sup> GONZALEZ CAGIGAS, Ignacio, “Los Fondos de garantía de depósitos en España”, *Aspectos Jurídicos de las Crisis Bancarias*, Ciclo de conferencias organizado por el Centro de Estudios Judiciales con Colaboración del Banco de España, Madrid, 1988, p. 178.

<sup>928</sup> GARDENER Y REVELL cit. post GARRIDO TORRES, Antonio, *Tesis Crisis Bancarias .....op. cit.* p. 95.

Esta función del Fondo de garantía establece un conjunto de medidas de carácter preventivo que se refieren a las actuaciones que éste organismo debe llevar a cabo ante el riesgo fundado de que la entidad se encuentra en cualquiera de las situaciones que provocan la realización de la garantía; tales medidas se dirigen a facilitar la viabilidad de la entidad y superar la situación de crisis en un plazo razonable a juicio del Fondo de garantía.

El Banco de España como autoridad supervisora y el Fondo de garantía de depósitos como protectora, al conocer la situación difícil en que se encuentra una entidad, evitarán dejar que ésta corra su suerte con los consiguientes perjuicios para acreedores y trabajadores, teniendo a su disposición la facultad de adoptar las medidas precisas para superar la crisis sólo cuando considere que la entidad bancaria se encuentra en una situación tal que hace imposible su saneamiento o que las pérdidas que podría entrañar esa labor serían mayores que las que derivan de los procedimientos concursales<sup>929</sup>.

Actualmente el ordenamiento español ofrece algunas soluciones posibles a la crisis de una entidad de crédito; entre ellas, la intervención y sustitución de los órganos de administración de la entidad, la revocación de la autorización y el rescate por el Fondo de garantía de depósitos.

La intervención o sustitución provisional de sus órganos de administración o dirección, regulada por la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC) es una medida cuya adopción corresponde al Banco de España y que se adopta con la finalidad de conocer el alcance de la ineptitud o deshonestidad de los administradores y determinar si resulta necesaria su sustitución; tiene carácter temporal y se mantiene hasta la superación de la situación de inestabilidad del banco en dificultades. Se aplica en los supuestos de :

---

<sup>929</sup> SANCHEZ CALERO, Fernando, “El Fondo de garantía.....” *op. cit.*, p. 58.

a) Situación de excepcional gravedad de la entidad que ponga en peligro su solvencia, como en aquellos casos en que existiendo indicios fundados de que concurra la situación de excepcional gravedad en que no pueda deducirse de su propia contabilidad la verdadera situación de la entidad de crédito<sup>930</sup>.

b) El saneamiento puede realizarse con disolución de la entidad financiera en problemas. Cuando ésta acuerde voluntariamente su disolución, el Ministro de Economía y Hacienda podrá acordar la intervención de las operaciones de liquidación si por el número de afectados o por la situación patrimonial de la entidad tal medida resulta aconsejable<sup>931</sup>.

Frente a la disolución más habitual ha sido la reestructuración, mediante la denominada operación acordeón en la que el Fondo de garantía de depósitos adquiere el control del banco para sanearlo y transmitirlo una vez saneado a alguna de las entidades solventes del sector.

c) Cuando se transmita más del 15% de la participación de un banco sin autorización del Banco de España<sup>932</sup>.

La intervención puede consistir bien en el nombramiento de uno o varios interventores cuya función es conceder bajo sanción de nulidad, su aprobación expresa a los acuerdos de cualquier órgano de la entidad intervenida por el órgano previsto en la LDIEC cuyas funciones se acomodarán a la legislación específica de la entidad en cuestión<sup>933</sup>.

---

<sup>930</sup> Art. 31.1 Ley 26/1988.

<sup>931</sup> *Ibidem*.

<sup>932</sup> Art. 59 b) Ley 3/1994 de 14 de abril.

<sup>933</sup> Art. 34 Ley 26/1988 LDIEC “1. El acuerdo designara a la persona o personas que hayan de ejercer las funciones de intervención o hayan de actuar como administradores provisionales e indicar si tales personas deben actuar conjunta, mancomunada o solidariamente. 2. Dicho acuerdo de carácter inmediatamente ejecutivo será objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado y de inscripción en los registros públicos correspondientes. Tanto la publicación como la inscripción citadas determinaran la eficacia del mismo frente a terceros. 3. cuando ello resulte necesario para la ejecución del acuerdo de intervención o de sustitución de los administradores podrá llegarse a la compulsión directa para la forma de posesión de las oficinas, libros y documentos correspondientes o para el examen de estos últimos”; *Vide. AA.VV, Curso de Derecho Privado*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1995. p. 520.

Por lo que hace a la revocación de la entidad hemos ya hecho referencia a ella anteriormente; baste decir que se han concretado determinadas situaciones que pueden dar lugar a la revocación cuando se incumplen algunos de los requisitos exigidos para ejercer la actividad bancaria. Tales como la falta de idoneidad de algún accionista de modo excepcional de acuerdo con el Artículo 62 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; por falta de honorabilidad comercial o profesional de los consejeros o directores cuando no cesan de sus cargos en el plazo de un mes contado desde la recepción del requerimiento que se les haga para ello; por insuficiencia de recursos propios a menos que estos alcancen las cuatro quintas partes del capital social mínimo y la insuficiencia no dura más de doce meses y finalmente si la entidad es excluida del Fondo de garantía de depósitos a que esta adherida<sup>934</sup>.

La crisis de un banco puede resolverse con la desaparición de la empresa ante la inviabilidad de superarla de otra forma, en tal caso las dificultades se resolverán con la extinción de la entidad a la que se puede llegar mediante liquidación intervenida por la autoridad pública o mediante liquidación concursal. El Ministerio de Economía y Hacienda podrá acordar la intervención de la operaciones de liquidación si por el número de afectados resulta aconsejable.

En relación al rescate de la entidad por el Fondo como medida frente a la crisis, se considera que una forma de tutelar los intereses de los depositantes se da por la vía del salvamento y saneamiento de la entidad de crédito en crisis, como expresión del interés en el mantenimiento de la empresa, así como de la confianza en el sistema financiero<sup>935</sup>.

Una entidad de crédito es viable si el coste económico de su saneamiento es inferior al derivado de la actuación del Fondo de garantía de

---

<sup>934</sup> Cfr. RD 1245/1995 de 14 de julio.

<sup>935</sup> LARGO GIL, Rita, "La tutela de los depositantes ante las crisis financieras de las entidades de crédito. En particular, el supuesto de las cuentas con varios titulares", *RDBB*, 1995. p. 424.

depósitos. Determinada la viabilidad de esta, entonces habrá que proceder establecer las medidas de saneamiento convenientes para que supere las dificultades.

Frente a los sistemas seguidos por otros ordenamientos en los que se trata del reflotamiento o salvación de la empresa partiendo de una situación de crisis económica declarada jurídicamente, el ordenamiento español intenta eludir los procedimientos concursales; se busca que con un procedimiento diferente el Fondo de garantía tenga la capacidad y los medios para adquirir el control del banco y efectuar su saneamiento<sup>936</sup>.

El Fondo de garantía agente de saneamiento de la entidad bancaria, actúa en dos direcciones, por un lado, este proceso sólo puede iniciarse a solicitud de una auditoria externa a instancias del propio Fondo, que puede ampliarse a las empresas del grupo que controla o es controlado por el banco en crisis o bien mediante conminación del Banco de España a la entidad en cuestión cuando se dan los supuestos contemplados en la normativa o se tiene ya constancia suficiente de la existencia de pérdidas expresas o tácitas que ponen en peligro el normal funcionamiento o la solvencia del banco, con objeto de que por éste se adopten las medidas necesarias para regularizar la situación patrimonial, si estas solicitudes no se llevan a cabo, el banco deberá ser excluido del Fondo quedando abandonado a su suerte.<sup>937</sup>

Los bancos asegurados quedan sometidos a una rígida vigilancia por parte del Fondo de garantía, éste organismo tiene generalmente atribuciones suficientes para retirar del sistema al establecimiento que no se ajuste a las normas por él determinadas, en vista de que tal comportamiento pondría en

---

<sup>936</sup> SANCHEZ CALERO, Fernando, "El Fondo de garantía....." *op. cit.*, p. 56.

<sup>937</sup> En el Art. 5 del Real Decreto 567/80 y 2576/82 se reconocía al Fondo la facultad de conminar a los gestores a tomar las medidas necesarias estableciendo un plazo para hacerlo además la consecuencia de que un incumplimiento conlleva a la exclusión del Fondo. Actualmente no se dice nada al respecto. Sin embargo visto el Art. 5.2 LDIEC versión 1995 establece en general que el incumplimiento de las obligaciones de los miembros para con el Fondo puede llevar a la exclusión de este, creemos que debe interpretarse que si no se cumplen las recomendaciones del plan de actuación el Fondo podrá excluir a la entidad incumplidora con la consecuencia adicional de la revocación de su autorización.



peligro los recursos pertenecientes al Estado y a todos los bancos miembros y a los contribuyentes, esta medida es un instrumento poderoso en las manos del organismo asegurador.

Es conveniente hacer hincapié que la exclusión de un instituto bancario del sistema constituye una medida aplicable en extremo luego, de que vistos los balances y la información obtenida mediante auditoria u otros medios, resulte que las pérdidas expresas o tácitas de una entidad de depósito son de tal magnitud que ponen en peligro su normal funcionamiento y necesaria solvencia; los administradores de la misma hayan sido advertidos y conminados para que en el plazo establecido por la normativa del Fondo adopten las medidas precisas para el restablecimiento de la situación patrimonial de la entidad, se incumplan las recomendaciones previas dirigidas a sanear la situación, por parte de los administradores de la entidad<sup>938</sup>.

La legislación no deja muy clara la capacidad de coerción que tiene el Fondo para imponer a la entidad en crisis las medidas citadas. Luego entonces, si se considera que es una institución que actúa en el ámbito del derecho privado, no está en posibilidad de imponer estas medidas preventivas a las entidades, se precisa para su aplicación la elaboración de un plan acordado con la entidad en cuestión y aprobado por el Banco de España. Estas medidas pueden consistir en términos generales en ayudas financieras es decir, ayudas a fondo perdido, concesión de garantía, préstamos en condiciones favorables, financiaciones subordinadas, adquisición por el Fondo de activos dañados o no rentables que figuren en el balance de la entidad y cualesquiera otros apoyos financieros; reestructuración del capital de la entidad es decir, adecuación de recursos propios para absorber pérdidas, facilitar la fusión o absorción con entidades de reconocida solvencia, traspaso de su negocio a otra entidad de crédito, suscripción de ampliaciones de capital, etc. Y medidas de gestión que mejoren la organización y los sistemas de procedimiento y control interno de la entidad<sup>939</sup>.

---

<sup>938</sup> *Vide.* LASI, Juan, *op. cit.*, p. 1961.

<sup>939</sup> *Cfr.* Art. 11 2606/96.

Cuando se adopte cualquiera de esas medidas, el Fondo deberá considerar el coste financiero de las tomadas a su cargo comparándolo con el desembolso que hubiese tenido que realizar de haber optado por el pago de los importes correspondientes a los depósitos garantizados<sup>940</sup>.

La intervención del Fondo en la institución en crisis presupone la existencia de un desequilibrio patrimonial que ponga en peligro el normal funcionamiento y la necesaria solvencia de la entidad. Implica además de una aportación de dinero, el control del banco. La aparición con el banco de un nuevo grupo de control va acompañado de la posibilidad de cambio de los administradores. Ya que el banco requerirá no sólo medidas financieras sino también de gestión, siguiendo las orientaciones de la Comisión Gestora del Fondo, con el cambio de administradores se prepara el camino para las actuaciones posteriores que se llevarán a cabo en el saneamiento de la entidad<sup>941</sup>.

Como criterios para la adopción de la decisión de intervenir, se considera la importancia de la entidad y repercusión que su declaración de insolvencia tendría en depósitos no asegurados y otros pasivos, confianza pública en el sistema bancario, relaciones internacionales de la entidad afectada, posible efecto dominó sobre otros bancos y en la estabilidad del sistema de pagos del país, coste de la fórmula de seguro, pago a los depositantes hasta el límite determinado, liquidación y coste alternativo del saneamiento del banco, compromisos de los accionistas, etc.

El Fondo de garantía puede suscribir ampliaciones de capital que aprueben las entidades bancarias en el plan de actuación para establecer su situación patrimonial, en caso de que las mismas no sean cubiertas por los accionistas de la entidad. Cuando la junta general de accionistas acuerde la exclusión total o parcial del derecho de suscripción preferente no será cubierto por los accionistas<sup>942</sup>.

---

<sup>940</sup> *Cfr.* Art. 10.3 *L. c.*

<sup>941</sup> *Vide.* SANCHEZ CALERO, Fernando, “El Fondo de garantía.....”, *op. cit.*, pp. 68, 69.

<sup>942</sup> Art. 11.3 2606/96.

El Fondo entra como accionista mayoritario del banco para proseguir su saneamiento, cuando esa posición mayoritaria no resulte de la previa adquisición de un paquete de acciones del propio banco. Es cierto que en dicha ampliación de capital los socios conservan en primera instancia su derecho de suscripción y que cuando el Fondo sea accionista sólo podrá acudir a la ampliación si ellos no ejercitan tal derecho. Pero no es menos exacto que en la mayoría de los casos ha sido esto último lo que ha ocurrido efectivamente<sup>943</sup>. “Estamos ante un procedimiento de los que tienden hacia la viabilidad o salvación de la empresa. Pero en este caso la continuación de la empresa será a costa de la pérdida de buena parte del capital de los accionistas y de la sustitución de los administradores”<sup>944</sup>.

Esta adquisición del control del banco es el medio que se utiliza para la consecución del fin último perseguido que no es otro que la defensa de los intereses de los depositantes y del propio Fondo. En tal supuesto, la tutela de los depositantes no se efectúa mediante una obligación de garantía a cargo del Fondo que está limitada cuantitativamente, sino evitando el deslizamiento del banco hacia la insolvencia con la ayuda financiera conveniente, de modo que los depositantes cualquiera que sea la cuantía del crédito encontraran en el depositario un deudor solvente.

Es importante mencionar que ni el Banco de España ni el Fondo de garantía tienen los medios para hacerse con el control del capital del banco en crisis. Por eso, para la entrada del Fondo en la entidad, se precisa conseguir que los accionistas otorguen la cesión, normalmente a precio simbólico de su paquete de control o aprueben por éstos las operaciones de reducción y ampliación de capital, poniendo a disposición del Fondo la suscripción de las nuevas acciones que no sean tomadas por los accionistas. Indudablemente, se trata de soluciones traumáticas para los accionistas del grupo que controla

---

<sup>943</sup> IGLESIAS PRADA, Juan Luis y SANCHEZ ANDRES, Aníbal, “Perfiles generales de la crisis en la banca española contemporánea”, *RDM*, N.º 171. 1984. p. 68, 69.

<sup>944</sup> SANCHEZ CALERO, Fernando, “El Fondo de garantía.....”, *op. cit.*, pp. 35, 36.

el banco que se resiste a aceptarlas mientras la entidad sigue deteriorándose patrimonial y financieramente<sup>945</sup>.

Hay que destacar que el saneamiento patrimonial y las ayudas del Fondo de garantía se acuerdan después de que éste ha conseguido el control temporal del banco. De esta forma se asegura de que los apoyos se aporten en defensa de los depositantes y de la continuidad del banco y no de sus accionistas o gestores.

El periodo de saneamiento y ayuda del Fondo se realizan mediante dos instrumentos: comprar o contragarantizar activos del banco tanto aquellos que tienen pérdidas latentes como de otros que pueden calificarse de recuperables pero que producen una excesiva inmovilización y son con frecuencia improductivos. Asumir pérdidas, prestar garantías y adquirir activos que figuren en el balance de las entidades afectadas; responsabilizarse del balance económico de los expedientes o procedimientos de diverso orden que estén en curso o puedan incoarse posteriormente a aquellas; adquirir activos a aquellas entidades en los que a juicio de la Comisión Gestora dicha adquisición contribuye sustancialmente a evitar otras medidas de restablecimiento de la situación patrimonial, y otorgar a entidades apoyos crediticios a largo plazo y sin interés o con interés bajo para dotar al banco de la tesorería necesaria para su actividad normal y recomponer su cuenta de resultados<sup>946</sup>. Con estos medios el Fondo diseña el programa de saneamiento patrimonial que una vez aprobado por su Comisión Gestora, es ejecutado por la administración del banco.

Dicho programa de saneamiento patrimonial debe ajustarse a tres criterios fundamentales: “Que no resulte en beneficio de los accionistas y gerencia causantes de la crisis; que las ayudas prestadas permitan el normal desenvolvimiento del banco durante el periodo de reajuste del mismo a las condiciones del mercado y que retiradas las ayudas prestadas, el banco haya

---

<sup>945</sup> JIMENEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “El Fondo de garantía .....” *op. cit.*, p. 198.

<sup>946</sup> *Ibidem.*

recuperado totalmente el equilibrio patrimonial, tanto por las aportaciones recibidas del Fondo y del comprador como son los rendimientos generados durante el plazo fijado por el programa”<sup>947</sup>.

El desplazamiento de la titularidad de aquellos activos de más difícil realización e incluso irrealizables que el Fondo adquiere depreciados, o a su valor contable, permite a la entidad en crisis liberarse de parte del peso muerto que viene impidiendo su recuperación y le abre la posibilidad de crear activos rentables que contribuyan a mejorar la situación de su negocio.

“Las ayudas directas del Banco de España o del propio Fondo, bajo fórmulas de préstamos sin interés a tipos notoriamente inferiores a los practicados en el mercado interbancario, constituyen con frecuencia un complemento de financiación especialmente útil en la medida en que no sólo sirven para compensar retiradas de depósitos sino que permiten mediante una adecuada inversión generar beneficios por diferenciales cuya repercusión sobre la cuenta de resultados se manifiesta con bastante rapidez”<sup>948</sup>.

Una vez que la entidad comienza a remontar la crisis, puede iniciarse la fase de desenlace que tiene un límite temporal fijado en un año, en el que en condiciones suficientes de publicidad y concurrencia el Fondo deberá poner a la venta las acciones que adquirió en la ampliación del capital. A pesar de que la disposición no especifica el momento en el que empezará a contarse el año, ha de entenderse que el plazo para la oferta de venta de las acciones se contara desde el momento en que el Fondo las suscribió.

La puesta en venta de las acciones ha de realizarse de tal forma que puedan concurrir a él al menos las entidades de crédito adheridas que, con suficiente capacidad y solvencia aseguren el restablecimiento de la solvencia y normal funcionamiento de la entidad, especificándose al efecto los compromisos mínimos que deberá aceptar la eventual entidad adjudicataria<sup>949</sup>.

---

<sup>947</sup> *Ibidem*.

<sup>948</sup> IGLESIAS PRADA, Juan Luis y SANCHEZ ANDRES, Anibal, *op. cit.*, p. 71, 72.

<sup>949</sup> *Cfr.* Art. 11.3 RD 2606/96.

La adjudicación se efectuará a la entidad que presente las condiciones de adquisición más ventajosas. Debiendo publicarse el ofrecimiento de venta, condiciones y decisión final de adjudicación en el Boletín Oficial del Estado<sup>950</sup>.

La ley no indica que los compradores potenciales deben ser forzosamente bancos. Por otra parte, sería conveniente que se especificara el procedimiento a seguir en caso de que los que presenten sus propuestas resulten no ser compradores potenciales o idóneos<sup>951</sup>. “Si el adquirente es otro banco, podrá optar por absorber mediante el oportuno procedimiento de fusión al banco adquirido o bien mantenerlo como una sociedad en grupo. En cualquier caso el banco transmitido permanecerá bajo la vigilancia no ya sólo del Banco de España sino del propio Fondo de garantía tanto por el cumplimiento de las obligaciones que le son propias como para vigilar la ejecución del contrato de venta de las acciones”<sup>952</sup>.

Con el objeto de posibilitar la adjudicación de las acciones y la superación del estado de suspensión de pagos admitida por la autoridad judicial, se le otorgan facultades al Fondo para asumir pérdidas, prestar garantías así como adquirir activos que figuren en el balance de los bancos afectados, responsabilizarse del balance económico de los expedientes o procedimientos que estén en curso o puedan incoarse posteriormente a aquellas, adquirir activos, entre otras<sup>953</sup>.

El Fondo aparece de esta forma como un ente institucional que tiene como una de sus finalidades esenciales la adquisición de bancos en dificultades con el fin de sanearlas en un plazo relativamente breve<sup>954</sup>.

Resulta importante mencionar que a quien se haga con la participación accionaria mayoritaria del banco saneado a través del procedimiento de

---

<sup>950</sup> Cfr. Art. 11.3; 11.4 RD. 2606/96.

<sup>951</sup> Sobre el comentario v. GARRIDO TORRES, Antonio, *Tesis Crisis Bancarias..... op. cit.*, p. 245.

<sup>952</sup> V. SANCHEZ CALERO, Fernando, “El Fondo de garantía.....”, *op. cit.*, p. 73, 74.

<sup>953</sup> Cfr. Art. 11 RD 2606/96.

<sup>954</sup> SANCHEZ CALERO, Fernando, “El Fondo de garantía.....”, *op. cit.*, p. 35, 36.

adjudicación realizado por el Fondo de garantía se le dispensará de la obligación de formular una Oferta Pública de Adquisición de valores (OPA)<sup>955</sup>, de acuerdo con la modificación que el Real Decreto 437/1994 introdujo en el Real Decreto 1197/1991 de 26 de julio sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores<sup>956</sup>. Esta salvedad se aplica no sólo en las adquisiciones que realicen los Fondos de garantía de depósitos y organismos sino también en las adjudicaciones que de acuerdo a reglas de publicidad y concurrencia determinen dichos organismos en el marco de las operaciones de saneamiento<sup>957</sup>.

Esta disposición pone de manifiesto que el interés general en hacer viables las operaciones de saneamiento de entidades en crisis debe prevalecer sobre el interés privado de los accionistas. Interés que debe satisfacerse con el propio restablecimiento de la solvencia de la entidad en crisis<sup>958</sup>.

El propio interés de los accionistas del banco afectado puede intervenir en favor de esta exención al sistema operativo de OPAS. Se considera que de

---

<sup>955</sup> ZUNZUNEGUI, Fernando, *op. cit.*, Las ofertas públicas de adquisición son ofertas públicas destinadas a obtener o reforzar el control de la sociedad afectada por la oferta, mediante la adquisición de valores. Constituye una técnica de adquisición de valores mobiliarios en la que el autor se dirige a los destinatarios al margen del mercado, proponiéndoles adquirir los valores a un precio y durante un plazo. Es el procedimiento y no la consecuencia de adquirir una participación significativa. pp. 317, 318.

<sup>956</sup> *Cfr.* RD 1197/1991 de 26 de julio sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores Art. 1o. “ Toda persona física o jurídica que pretenda adquirir a título oneroso en un sólo acto u actos sucesivos acciones de una sociedad cuyo capital esté en todo o en parte admitido a negociación en Bolsa de valores u otras valores tales como derechos de suscripción, obligaciones convertibles, warrants o cualquiera instrumentos similares que puedan dar derecho directa o indirectamente a la suscripción o adquisición de aquellas para de esta forma llegar a alcanzar junto con la que ya se posea, en su caso una participación significativa en el capital con derecho de voto de la sociedad emisora de dichos valores, títulos o instrumentos, no podrá hacerlo sin promover una oferta pública de adquisición en términos previstos en el presente Real Decreto”.

<sup>957</sup> GARCIA ENTERRIA, Javier, “La reforma del régimen del Fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios”, *RDBB*, N.º 54. p. 583.

<sup>958</sup> *Cfr.* Preámbulo del RD 437/1994 11 de marzo; Letra a) del artículo 4 del Real Decreto 1197/1991 de 26 de julio sobre Régimen de las Ofertas Públicas de Adquisición de Valores. “a) Adquisiciones que en cumplimiento de sus funciones realicen los Fondos de garantía en establecimientos bancarios, cajas de ahorro y cooperativas de crédito. La Comisión liquidadora de entidades aseguradoras y otras instituciones similares legalmente establecidas, así como las adquisiciones consistentes en las adjudicaciones que los citados organismos, con sujeción a las reglas de publicidad y correspondencia de ofertas establecidas en la normativa específica acuerden en cumplimiento de sus funciones, la exclusión se extenderá a las adquisiciones indirectas previstas en el artículo 3.1 de este real decreto, cualquiera que sea el porcentaje de las participaciones significativas que resulten de las referidas adjudicaciones, cuando a juicio de la entidad de supervisión competente quien lo comunicara a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, tal exclusión resulte conveniente para garantizar el buen fin y viabilidad financiera de la operación de saneamiento de que se trata en función del coste de tales adquisiciones indirectas”.

no llevarse a cabo el proceso de reflotamiento por el Fondo de garantía, la única alternativa consiste en el sometimiento de la entidad a un procedimiento concursal o de liquidación en el que los accionistas difícilmente podrán recuperar alguna cantidad mínimamente significativa, de ahí que deba ser también de su interés la remoción de cualquier obstáculo que pueda dificultar el buen fin del plan de saneamiento.

Dado que la obligación del adjudicatario de formular una OPA podría aumentar significativamente el costo de la operación y disuadir a los adquirentes potenciales de participar en el concurso y hacer fracasar el propio proceso de adjudicación, es claro que el mismo interés de los accionistas de la entidad afectada puede llegar a solaparse y a coincidir con el interés general de garantizar la viabilidad y el rápido desenvolvimiento de las operaciones de salvamento<sup>959</sup>.

Hasta antes de la modificación del Artículo 4o. del reglamento de los OPAS se limitaba a excluir de esta obligación únicamente a la adquisición que realizaran los Fondos de garantía de depósitos en establecimientos bancarios, la comisión liquidadora de entidades aseguradoras u otras instituciones similares legalmente establecidas en cumplimiento de las funciones que le atribuyen las disposiciones vigentes. Esta exclusión que se ha extendido a las adjudicaciones que esos organismos, acuerden en permitir que el adjudicatario pueda adquirir el paquete accionario de control del banco en dificultades directamente del Fondo y sin tener que dirigir una OPA a todo su cuerpo accionario, siempre que se superen los umbrales de participación fijados en el Real decreto 1197/1991<sup>960</sup>.

Mientras Real Decreto 567/80 sólo exigía que la oferta de venta se hiciese a entidades con capacidad y solvencia para ello<sup>961</sup>, con el Real Decreto

---

<sup>959</sup> GARCIA ENTERRIA, Javier, “La reforma del régimen del Fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios”, *RDBB*, N.º 54 p. 584-585.

<sup>960</sup> *Ibidem*, p. 583.

<sup>961</sup> Art. 6.2 RD 567/80.



437/1994 “se previó que dicho ofrecimiento de venta se efectuara de forma que pudieran concurrir a él, al menos las entidades de crédito integradas en el Fondo que por sus condiciones de capacidad económica, actividad u otras exigibles, en relación con la importancia y dimensión de la entidad bancaria en saneamiento aseguren el definitivo restablecimiento de la solvencia y normal funcionamiento de esta”<sup>962</sup>.

“En la práctica históricamente seguida por el Fondo de garantía siempre se han adjudicado las participaciones de control de las entidades saneadas directamente y sin gravar al adquirente con la formulación de una OPA, no parece muy aventurado suponer que con la excepción se ha querido excluir del ámbito de aplicación del régimen de OPA obligaciones al procedimiento seguido por el Fondo en su conjunto y afirmar así de este modo la prevalencia de las formas de actuación impuestas por su normativa propia. Cabe advertir cómo el propósito inequívoco de esta previsión del Art. 4º. no pudo ser otro que el de sancionar la plena validez del procedimiento constantemente seguido por el Fondo de garantía de depósitos en los años anteriores y no por tanto el de modificarlo tan radicalmente”<sup>963</sup>.

“Dado que la adquisición del control y su posterior enajenación son claramente dos fases de un mismo proceso, no parece posible escindirlas y tratarlas por separado a efectos de su posible saneamiento a la normativa de los OPAS, o dicho de otra forma, si la adquisición de la participación significativa por el Fondo se hace únicamente para su posterior traspaso a otra entidad y no como forma de acceder indefinidamente a la gestión social, es claro que la exención de la OPA en la primera fase del proceso carecería prácticamente de sentido si la misma no rigiese también en la segunda, al ir indisolublemente las dos unidas y al estar presididas ambas, pues por un mismo interés público

„<sup>964</sup>.

---

<sup>962</sup> GARCIA ENTERRIA, Javier, *L. c.*, p. 579.

<sup>963</sup> *Vide. L.c.*, p. 585.

<sup>964</sup> *Vide. L.c.*, p. 586.

El trabajo del Fondo no concluye con la adjudicación del banco saneado, delante queda la labor de seguir con la identificación, análisis, valoración, administración, recuperación y liquidación en su caso de los activos bancarios asumidos para contribuir al saneamiento de dicha entidad. Ha de ir liquidando en la medida de lo posible en las mejores condiciones ese inmenso almacén de los bienes que representan pérdidas indubitadas.<sup>965</sup>

En cuanto a las relaciones del banco con su clientela, lo característico por lo que hace a las operaciones pasivas, éstas continúan su curso ordinario porque la entidad bancaria saneada se somete a la nueva gestión que hace honor a todas ellas. Probablemente las activas quedan afectadas por esa nueva gestión toda vez que, existe gran probabilidad de que la mala gestión que ha llevado a la crisis se haya producido en la concesión de créditos que más que dudosos sean en verdad fallidos<sup>966</sup>.

Con lo antes señalado, se aprecia que los Fondos funcionan como instituciones de saneamiento y recuperación de las distintas entidades de crédito, viniendo a ser como se han descrito hospitales bancarios donde se practica la medicina preventiva y curativa y cuyo servicio cuesta lo mismo para todas las entidades independientemente de lo que cada una haya hecho o pueda hacer<sup>967</sup>.

### **3.10.7.2.1 El Fondo de garantía y los procedimientos concursales**

La legislación vigente considera la situación de iliquidez a efectos de entender producida una situación de insolvencia, es decir, la imposibilidad de hacer frente a los pagos y ello tanto en el procedimiento de suspensión de pagos como en la quiebra, caracterizado por el sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones del comerciante<sup>968</sup>. Si bien, la suspensión de

---

<sup>965</sup> IGLESIAS PRADA, Juan Luis y SANCHEZ ANDRES, Aníbal, *op. cit.*, p. 71, 72.

<sup>966</sup> MUÑOZ CERVERA, Miguel, *op. cit.*, p. 199, 202.

<sup>967</sup> SANCHEZ CALERO, Fernando, “El Fondo de garantía.....”, *op. cit.*, p. 35, 36.

<sup>968</sup> *Cfr.* Art. 874 del C. de Com.

pagos tiene por objeto el reflotamiento de la empresa y la quiebra la liquidación ordenada de la misma<sup>969</sup>, la lentitud con que se llevan a cabo fue un motivo importante que llevó a justificar la existencia de los Fondos de garantía de depósitos en establecimientos bancarios.

De esta forma el Fondo nace para eliminar algunos de los inconvenientes que plantea la legislación concursal en relación con las crisis bancarias, muy especialmente a fin de preservar los intereses públicos en juego y por la necesidad de asegurar el adecuado funcionamiento del sistema de pagos.

La relevancia de la suspensión de pagos y la quiebra para los Fondo de garantía radica en que como hemos mencionado, son dos de las causas que desencadenan la ejecución de la garantía que otorga este organismo. La iniciación de alguno de estos procedimientos en una entidad adscrita al Fondo, ha implicado algunas modificaciones en el régimen de ambos institutos concursales.

Así pues, cuando una entidad de crédito se presente en suspensión de pagos, los dos interventores auditores de cuentas que se mencionan en la Ley de suspensión de pagos<sup>970</sup> serán designados de las listas que con éste objeto remita el Fondo de garantía de depósitos al que pertenezca o haya pertenecido la entidad respectiva. Cuando se proceda a la suspensión y sustitución de los órganos de administración de la entidad suspensa, el administrador será el propio Fondo de garantía de depósitos. Por lo que hace al estado de quiebra, cuando una entidad se declare formalmente en quiebra, las funciones de los órganos de la misma es decir del comisario, depositario y síndicos, serán asumidas por el Fondo, sustituyendo a aquéllos en todos los efectos<sup>971</sup>.

---

<sup>969</sup> PIÑEL LOPEZ, Enrique, "Derecho concursal.....", p. 56.

<sup>970</sup> *Cfr.* Art. 4º. Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922.

<sup>971</sup> *Cfr.* Art. 6 del RDL 18/82. V. SALINAS ADELANTADO, Carlos, *op. cit.*, p. 464.

### **3.10.8 El Fondo de garantía de depósitos en el mercado de valores y el Fondo de garantía de inversiones**

La introducción de un sistema de garantía de protección de depósitos bancarios, constituyó una base importante para que se hubiera pensado en la inserción de una figura similar en la Ley del Mercado de Valores en España, denominada Fondo de garantía de inversiones.

El Fondo de garantía de inversiones es una figura que tiene su antecedente inmediato en la normativa comunitaria europea y ha sido reciente su introducción en el ordenamiento jurídico español. La razón por la que se ha considerado su inclusión en el presente estudio, se basa en el hecho de que los establecimientos bancarios actualmente pueden prestar servicios de inversión cuando sus estatutos las autorizan para ello, por lo que interesa conocer el límite de las competencias del Fondo de garantía de inversiones en un establecimiento bancario y aunque por el nombre puede parecer que el

Fondo de garantía de depósitos y el Fondo de garantía de inversiones son figuras similares, ambas poseen notables diferencias.

#### **3.10.8.1 El Fondo de garantía de inversiones en el marco jurídico comunitario europeo**

No fue sino hasta que se alcanzó un convencimiento fundado del inminente establecimiento de un sistema común de garantía de depósitos, que comenzó a trabajarse en la elaboración de un modelo comunitario de garantía de inversiones en 1993. Aunque hubo que vencer ciertas objeciones de raíz debido a que por su propia naturaleza el establecimiento de un sistema específico de garantía de las inversiones presentaba diferencias importantes respecto del sistema de protección de depósitos<sup>972</sup>.

---

<sup>972</sup> ESPLUGUES MOTA, Carlos, *op. cit.*, p. 18, 19.

La Directiva 93/22/CEE del Consejo de 10 de Mayo de 1993 relativa a los servicios de inversión considera la existencia de un sistema de garantía de inversiones un elemento fundamental del Mercado Financiero Unico y un presupuesto *sine qua non* para la existencia de una empresa de servicios de inversión y su mantenimiento. Señala en su preámbulo la conveniencia de velar por la protección de los derechos de propiedad y otros de carácter análogo del inversor sobre sus valores así como sus derechos sobre los recursos confiados a la empresa; resulta importante tener en cuenta las distintas necesidades de protección de las diversas categorías de inversores y de su grado de especialización profesional. Ello con base en la conveniencia de garantizar la protección de los inversores así como la estabilidad y buen funcionamiento del sistema financiero.

A fin de conocer el marco de referencia en el que se desarrolla la figura que nos ocupa, hemos de recurrir a la definición de servicios de inversión que señala la Directiva comunitaria:

“Son servicios de inversión: 1) la recepción y transmisión de órdenes por cuenta de los inversores, en relación con uno o varios instrumentos como valores negociables; participaciones de un organismo de inversión colectiva; Instrumentos de mercado monetario; los contratos financieros a plazo(futuros), incluidos los instrumentos equivalentes que requieran pago en efectivo; los contratos a plazo sobre tipos de interés; contratos de permuta (swaps) sobre tipos de interés sobre divisas o los contratos de intercambios ligados a acciones o a un índice sobre acciones (equity swaps); opciones destinadas a la compra o venta de cualquiera de los instrumentos mencionados incluidos los instrumentos equivalentes que requieran pago en efectivo incluyendo concretamente en esta categoría las opciones sobre divisas y sobre tipos de interés. 2) Ejecución de las órdenes anteriormente mencionadas, por terceros. 3) Negociación por cuenta propia de cualquier instrumento de los señalados en el apartado primero. 4) Gestión discrecional e individualizada de carteras de

inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los inversores, siempre que dichas carteras incluyan uno o varios de los instrumentos señalados con antelación. 5) Aseguramiento en relación con las emisiones de todos o de parte de los instrumentos mencionados, y o colocación de tales emisiones”<sup>973</sup>.

Una empresa de inversión según se recoge en la propio Artículo 2o. de la Directiva 93/22/CEE, “*es toda persona jurídica cuya profesión o actividad habituales consiste en prestar cualquier servicio de inversión de carácter profesional a terceros.*” Los Estados miembros podrán incluir en el concepto a las empresas que no sean personas jurídicas si su régimen jurídico garantiza a los intereses de los terceros un nivel de protección equivalente al que ofrecen las personas jurídicas y, si son objeto de una supervisión prudencial equivalente y adaptada a sus estructuras jurídicas y a las entidades de crédito según lo dispuesto en el Artículo 2o. de la Directiva 77/780/CEE.

La Directiva 97/9/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de marzo de 1997 relativa a los sistemas de indemnización de los inversores hace alusión a que la protección de estos y el mantenimiento de la confianza en el sistema financiero constituyen un importante aspecto de la realización y buen funcionamiento del mercado financiero siendo esencial que se disponga de un sistema que proporcione un nivel mínimo armonizado de protección, por lo menos al pequeño inversor en los casos en que una empresa de inversión no pueda cumplir sus obligaciones respecto a sus clientes.

Una vez precisado su ámbito de aplicación se introduce la obligación para cada Estado miembro de implantar y reconocer oficialmente en su territorio uno o más sistemas de garantía de inversiones<sup>974</sup>. Ninguna de las empresas de inversión autorizadas en un Estado miembro podrá efectuar operaciones de inversión sin participar en dichos sistemas. Sin embargo, la disposición comunitaria establece una excepción cuando se trate de entidades de crédito

---

<sup>973</sup> Art. 1o. Directiva 93/22/CEE.

<sup>974</sup> Cfr. Art. 2o. Directiva 97/9/CEE. V. ESPLUGUES MOTA, Carlos, *op. cit.*, p. 27.

sujetas a esta Directiva, que hayan sido eximidas por el Estado miembro de la obligación de pertenecer a un sistema de indemnización de los inversores cuando ya estén exentas de pertenecer a un sistema de garantía de depósitos, en aplicación de la Directiva 94/19/CE<sup>975</sup>. Siempre que se proporciona a los inversores en las mismas condiciones, la protección y la información que se facilita a los depositantes, de manera que los inversores se beneficien de una protección al menos equivalente a la que ofrece un sistema de indemnización de los inversores.

Cuando lo permita el Derecho nacional y con el acuerdo explícito de las autoridades competentes que hayan expedido la autorización, una empresa de inversión excluida de un sistema de indemnización de los inversores podrá seguir prestando servicios de inversión si ha tomado, antes de su exclusión, medidas de indemnización alternativas que garanticen a los inversores una cobertura al menos equivalente a la ofrecida por el sistema reconocido oficialmente y que tengan unas características equivalentes al mismo<sup>976</sup>.

La Directiva parte de la necesidad de completar la protección del inversor ante la imposibilidad de que la supervisión prudencial dispense una garantía completa que reduzca todos los riesgos que pueda sobrevenir como consecuencia de los instrumentos y efectivo confiados a una empresa de servicios de inversión<sup>977</sup>.

En consideración a que la empresa de inversión puede incluir a las entidades de crédito autorizadas para prestar servicios de inversión, es lógico que se exigiera a dichas entidades de crédito su participación en un sistema de indemnización de inversores con respecto a sus operaciones de inversión, sin embargo no es necesario exigir a estas que se adhieran a dos sistemas distintos cuando un único sistema cumpla simultáneamente los requisitos de

---

<sup>975</sup> Apart. 1o. del Art. 3o.

<sup>976</sup> Art. 2o. 97/9/CEE.

<sup>977</sup> *Ibidem*.

la Directiva comunitaria 97/9/CEE de sistemas de indemnización de inversores y de la Directiva 94/19/CEE de garantía de depósitos.

Contemplando la posibilidad de que exista dificultad y confusión al distinguir entre depósitos incluidos en la Directiva 94/19/CEE y los fondos depositados en relación de operaciones de inversión; se les da a los Estados miembros la opción de que determinen cual de las Directivas debe aplicarse a tales depósitos e inversiones<sup>978</sup>.

De acuerdo con la normativa comunitaria, será propuestas para ejercer la garantía: 1) cuando las autoridades competentes hayan comprobado que desde su punto de vista, la empresa de inversión de que se trate se encuentra, de momento y por razones directamente relacionadas con su situación financiera, en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones derivadas de los derechos de los inversores y no parece tener por el momento perspectiva próxima de poder hacerlo; o 2) cuando una autoridad judicial, por razones directamente relacionadas con la situación financiera de la empresa de inversión haya dictado una resolución que tenga como efecto suspender la posibilidad de los inversores de hacer efectivos sus créditos contra dicha empresa<sup>979</sup>.

Todo Estado miembro de origen establecerá las normas prudenciales que deberá observar en todo momento la empresa de inversión<sup>980</sup>. Dichas normas impondrán al particular, la obligación de que la empresa de inversión tome las medidas adecuadas en lo que se refiere a los valores y fondos pertenecientes a los inversores a fin de proteger sus derechos de propiedad, en particular en caso de insolvencia de la empresa de inversión y evitar que utilice por cuenta propia los valores y fondos de los inversores sin el consentimiento explícito de estos.

---

<sup>978</sup> Preámbulo 97/9/CEE

<sup>979</sup> Art. 2.2. *L. c.*

<sup>980</sup> Art. 10 de la Directiva.



La empresa de inversión deberá reembolsar a los inversores los recursos que les adeuda y que tenga depositados por cuenta de ellos en relación con operaciones de inversión o restituirles todo instrumento que les pertenezca y posea, administre o gestione por su cuenta en relación con operaciones de inversión de acuerdo con las condiciones legales y contractuales aplicables. Asimismo la empresa deberá indicar a los inversores, antes de entablar con ellos relaciones de negocios, qué Fondo de garantía o qué protección equivalente será aplicable, en lo que se refiere a las operaciones que se contemplen, la cobertura garantizada por uno u otro sistema, o bien la notificación de que no existe Fondo ni indemnización alguno<sup>981</sup>.

Los Estados miembros velarán por que la cobertura prevista por el sistema no sea inferior a 20 000 Ecus por inversor,<sup>982</sup> cantidad que se asimila a la que se establece en la garantía de los depósitos bancarios.

### **3.10.8.2 Regulación del Fondo de garantía de inversiones en España**

Al igual que en el caso de los Fondos de garantía de depósitos en establecimientos bancarios, el Fondo de garantía de inversiones español es una institución en el mercado de valores, que tiene orígenes anglosajones mediatos y e inmediatos en la normativa de Unión Europea, Directiva 97/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>983</sup>.

El origen del Fondo de garantía de inversiones español se enmarca en una época en que la crisis cambiaria y financiera, desencadenada a mediados de 1997 en los países del sudeste asiático agravada con la decisión en 1998 sobre la congelación de la deuda rusa y de la devaluación del rublo, se translada a los mercados de los países occidentales de acuerdo al nivel de exposición a las economías o a los mercados financieros de los países en

---

<sup>981</sup> Art. 12 97/9/CEE.

<sup>982</sup> Art. 4o. *L. c.*

<sup>983</sup> V. MINGUEZ, RAFAEL, "El Nuevo Fondo de Garantía de Inversiones", *PSF*, 1998, Madrid.

crisis. En el tercer trimestre de 1998 el mercado de valores español sufrió un significativo deterioro cuando empezó a percibir que los países que acumulaban desequilibrios y que suponían un riesgo sistémico se concentraban en Latinoamérica y en el Sudeste asiático por segunda vez<sup>984</sup>.

Estos hechos supusieron una revisión en profundidad del comportamiento de todos los agentes económicos. Desde los gobiernos encargados de la estabilidad económica de los países; organismos de regulación financiera; bancos centrales encargados de la supervisión bancaria, de la gestión de reservas de divisas y de la cumplimentación de la liberalización financiera; el propio Fondo Monetario Internacional o la Reserva Federal Americana, que han orquestado planes de financiación y de rescate para las empresas en quiebra; hasta las propias entidades privadas que han fallado en la gestión del riesgo que tomaron en sus inversiones<sup>985</sup>.

En ese entorno surge la reforma a la Ley 24/1988 de 28 de Julio del Mercado de Valores con la Ley 37/1998 de 16 de Noviembre para dotar de mayor flexibilidad a los mercados españoles, estableciendo disposiciones para un mejor funcionamiento del sector financiero y adaptar la ley al sistema comunitario de esta forma introduce el principio de pasaporte comunitario que permite la actuación trasfronteriza a través de sucursal o en régimen de libre prestación de servicios, aumenta las posibilidades de intermediación de las sociedades y agencias de valores, incorpora nuevos activos financieros a la lista de valores incluidos en la Ley y amplía las posibilidades de inversión al crearse nuevas figuras de fondos de inversión<sup>986</sup>. Además se incorpora la creación de uno o varios Fondos de garantía de inversiones que cubrirán parte de las pérdidas que puedan tener los inversores como consecuencia de una mala gestión de los intermediarios financieros<sup>987</sup>.

---

<sup>984</sup> GARCIA SANTOS, María Nieves, “La regulación financiera española y los estándares internacionales”, *Banca y Finanzas*, <http://www.banca.finanzas.es/home/default.asp>.

<sup>985</sup> *Ibidem*.

<sup>986</sup> *Ibidem*.

<sup>987</sup> Título VI Art. 77 LMV.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores, proporciona transparencia y aconseja al pequeño inversor sobre la forma en que debe guiar sus decisiones de inversión y además señala concretamente las entidades que pretenden captar ahorro sin estar autorizadas, constituyendo dicha actividad una infracción<sup>988</sup>.

La definición que la legislación se plantea sobre la empresa de servicios de inversión se basa en la elaborada por la Directiva Comunitaria, especificándose como empresas de servicios de inversión : las sociedades de valores que son aquellas que pueden operar profesionalmente tanto por cuenta ajena como por cuenta propia y realizar todos los servicios de inversión y actividades complementarias; las agencias de valores que profesionalmente sólo pueden operar por cuenta ajena, con representación o sin ella y las sociedades gestoras de carteras que son aquellas que exclusivamente pueden prestar servicios de inversión previsto en el apartado d) número 1 del art. 63 es decir la gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los inversores entre algunas otras actividades complementarias<sup>989</sup>.

Se considerara servicios de inversión a) la recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros; b) La ejecución de dichas órdenes por cuenta de terceros; c) La negociación por cuenta propia; d)La gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los inversores; e) la mediación por cuenta directa o indirecta del emisor en la colocación de las emisiones y ofertas públicas de ventas; f) el aseguramiento de la suscripción de emisiones y ofertas públicas de venta y actividades complementarias como el alquiler de cajas de seguridad, asesoramiento a empresas, etc<sup>990</sup>.

---

<sup>988</sup> GARCIA SANTOS, María Nieves, *op. cit.*

<sup>989</sup> Art. 64. LMV.

<sup>990</sup> Art. 63. *L. c.*

Las entidades de crédito aunque no sean empresas de servicios de inversión podrán realizar habitualmente todos los servicios de inversión señalados con antelación, siempre que su régimen jurídico, sus estatutos y su autorización específica las habiliten para ello<sup>991</sup>.

Las características del Fondo de garantía de inversiones se resumen en términos generales en que podrán formarse uno o más Fondos de garantía de inversiones, siendo patrimonios separados sin personalidad jurídica, cuya representación y gestión queda a cargo de una o varias sociedades gestoras constituidas en forma de sociedad anónima, el capital será distribuido entre las empresas de servicios de inversión adheridas en la misma proporción en que efectúen sus aportaciones<sup>992</sup>. La Ley impone la obligación de adherirse al Fondo de garantía de inversiones a todas las empresas de servicios de inversión, requisito indispensable para obtener y conservar la autorización para operar<sup>993</sup>.

Llama la atención el hecho de que se permita la constitución de varios Fondos, lo que hace suponer que los obligados a nutrir su capital y a dotar su patrimonio preferirán afiliarse desde el principio a aquellos que nazcan más fuertes. Lo más práctico sería imponer la constitución de un solo Fondo a fin de procurar el reparto igualitario de las cargas correspondientes<sup>994</sup>.

La sociedad gestora del Fondo que se constituye, requiere aprobación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, debiendo contar con presupuestos, estatutos sociales, modificaciones de los Fondos que elaboran estas sociedades y contarán con un Consejo de administración<sup>995</sup>.

---

<sup>991</sup> Art. 65. *L. c.*

<sup>992</sup> Título VI de la propia LMV, Art. 77. SANCHEZ ANDRES, Aníbal en “La protección del inversor y el fondo de garantía de inversiones”, *RDBB*, 1999. sobre el tema señala que “la figura en cuestión autoriza la exacción forzosa y el drenaje obligatorio de recursos procedentes de un conjunto de personas que a diferencia de las asociaciones mutuas, cooperativas, etc. quedan sujetas ministerio legis y no por decisión voluntaria de sus miembros a la obligación de aportarlos. El mecanismo funciona económicamente de manera parecida a un impuesto.” p. 115.

<sup>993</sup> Según se dispone en el Art. 67.2 apartado k) de la LMV.

<sup>994</sup> *Vide.* SANCHEZ ANDRES, Aníbal, “La protección del inversor .....”, p. 116.

<sup>995</sup> Art. 67.2 Apart. K de la LMV.

El nombramiento de los miembros del Consejo de administración y del director o directores generales de las sociedades gestoras exigirá la aprobación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Vale señalar que en la integración del Consejo de administración habrá un representante de la Comisión Nacional del Mercado de Valores con voz y sin voto para velar por el cumplimiento de las normas reguladoras de la actividad de cada Fondo. Asimismo cada comunidad autónoma con competencias en la materia en que exista mercado secundario oficial designará un representante en el Consejo de administración.

En la Ley del Mercado de Valores se señala que se establecerá reglamentariamente el número de Fondos y gestoras que se creen; las reglas de adhesión de las empresas de servicios de inversión españolas a los distintos Fondos que se constituyan; el régimen específico de adhesión de las empresas de servicios de inversión de nueva creación y las excepciones de adhesión de empresas que no incurran en los riesgos del número 1 del Art. 77<sup>996</sup>. El Gobierno tiene la facultad de optar tanto por un sistema de corte singular o pluralista donde existan varios Fondos como sucede en el caso de las entidades de crédito donde se da la existencia de varios Fondos, atendiendo a los tipos de entidades existentes.

La Ley dispone además que el Gobierno queda facultado para regular el régimen de funcionamiento de los Fondos de garantía de inversiones en cuanto al importe de la garantía y la forma y plazo en que se efectuará la misma, inversores excluidos, como los de carácter profesional o industrial y los especialmente vinculados a la empresa incumplidora; régimen presupuestario y financiero de las sociedades gestoras y Fondos; régimen de inversión de los recursos que integren el patrimonio de estos últimos; reglas para determinar el importe global de las aportaciones que deban hacer las entidades adheridas, el cual deberá ser suficiente para la cobertura de la garantía proporcionada.

---

<sup>996</sup> Cfr. Art. 77. 5 LMV.

Es posible apreciar que aún le falta al Fondo de garantía de inversiones un importante desarrollo reglamentario por ello se ha dicho que “no pasa de ser un cascarón vacío de contenido que puede venir a llenarse de maneras diversas”<sup>997</sup>.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores, previo informe de la sociedad gestora del Fondo será competente para acordar la exclusión de una empresa de servicios de inversión. Siendo causa de ésta, el incumplimiento de sus obligaciones para con el Fondo y la revocación de la autorización. También podrá acordarse la suspensión prevista en el artículo 75 de la Ley del Mercado de Valores.

En cuanto al alcance de la garantía, esta cubrirá a los clientes que hubiesen efectuado sus inversiones hasta ese momento, se hará efectiva cuando los inversores no puedan obtener directamente de la sociedad adherida, el reembolso de las cantidades de dinero o la restitución de los valores o instrumentos que les pertenezcan cuando: La entidad haya sido declarada en quiebra; tenga jurídicamente por solicitada la declaración de suspensión de pagos de la entidad; la Comisión Nacional del Mercado de Valores declare que la empresa de servicios no puede por razones relacionadas con su situación financiera cumplir las obligaciones contraídas con los inversores; siempre que los estos hubieren solicitado la devolución de su dinero y no obtengan satisfacción en un plazo de 21 días hábiles. El Fondo se subrogará a los derechos del inversor frente a la sociedad de servicios de inversión.

Uno de los elementos que define a estos Fondos de garantía de inversiones, es el de tener un carácter indemnizatorio ante las situaciones de insolvencia de una empresa de servicios de inversión, que impida que reembolse fondos confiados o se restituyan valores o instrumentos de los que el inversor es propietario, diferenciándose con los Fondos de garantía de

---

<sup>997</sup> SANCHEZ ANDRES, Anibal, *op. cit.*, p. 112.

depósitos ya que estos últimos actúan no sólo como instituciones con finalidades indemnizatorias sino también de salvamento de entidades de crédito en crisis.

El mero carácter indemnizatorio del Fondo de garantía de inversiones, el hecho de que se constituyan como patrimonios separados, sin personalidad jurídica, cuya representación y gestión queda encomendada a una o varias sociedades gestoras, con la forma de sociedad anónima y cuyo capital se distribuirá entre las empresas de servicios de inversión adheridas en la misma proporción en que efectúen las aportaciones a su respectivo Fondo<sup>998</sup>, ha hecho que esta figura se considere como “*un patrimonio fiduciario, gestionado por una Sociedad gestora sometida a supervisión prudencial de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.*” Derivándose el carácter fiduciario de la definición del Fondo y la relación que lo vincula a la Sociedad gestora<sup>999</sup>. Se trata de un patrimonio separado, sin personalidad jurídica destinado a cubrir los riesgos de los inversores que confían a empresas de servicios de inversión fondos o instrumentos financieros para la gestión de algún servicio de inversión, para su custodia o administración.

Se entiende que la constitución del Fondo de garantía de inversiones está inspirada en que se está haciendo frente a un riesgo que no alcanza el carácter de sistémico como sucede en las crisis bancarias, por ello se opta por

---

<sup>998</sup> Art. 77.2. LMV

<sup>999</sup> Vide. MINGUEZ, Rafael, *op. cit.* ; El estudio del carácter fiduciario del Fondo de garantía de inversiones implica considerar una serie de elementos como el hecho de que el negocio fiduciario no ha sido contemplado en la legislación española y las numerosas asimilaciones que se han hecho del negocio fiduciario con otras figuras jurídicas. JORDANO BAREA, Juan, B., *El Negocio Fiduciario* ; Bosch, Barcelona, 1959. Describe al negocio fiduciario como “la transmisión definitiva de una cosa o de un derecho para un fin de administración o garantía que no exige esa transmisión definitiva.” “Su característica más saliente estriba en ser negocios concluidos en interés ajeno”. p. 12 V. también FUENTESECA, Cristina, *El Negocio fiduciario en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*; Bosch , Barcelona, 1997. Para quien “la transmisión de propiedad con fin de administración constituye un negocio simulado. Este último es un mandato para administrar. Se entregan los bienes a otra persona para que esta los gestione como mandatario, por tanto no como propietario o como dueño”. p. 210. GARRIGUES, FERRARA, SCHONY, CARIOTA-FERRARA, GIOGIANNI, BERTINI *cit. post.* JORDANO BAREA, Juan B. señalan que “es una forma compleja integrada por dos negocios conexos pero distintos: un negocio real positivo, que opera la transmisión plena de un derecho o cosa y otro obligatorio negativo que da origen a la obligación del fiduciario de transmitir a su tiempo y usar los poderes adquiridos conforme al fin propuesto.” Sobre el tema v. también GARRIGUES Y DIAZ CAÑ ABATE, J., *Negocio fiduciario en Derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1981.

un sistema privado, si bien sometido a la tutela pública de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sin ningún tinte de Derecho Público.

En el ordenamiento comunitario la Directiva sobre sistemas de garantía de depósitos señala que los gastos de la financiación de estos deberían recaer, en principio en las propias entidades de crédito y la capacidad financiera de dichos sistemas debe ser proporcional a las obligaciones que les incumban. Resulta significativo que en la regulación sobre el Fondo de garantía de inversiones no se prevea la financiación pública<sup>1000</sup>.

Será el Fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios, el que indemnizará a los inversores que hayan confiado a una entidad de crédito a él adherida recursos dinerarios, valores u otros instrumentos financieros para su depósito y administración o para la realización de un servicio de inversión contemplado en la LMV<sup>1001</sup>. Dicha cobertura tendrá el límite, forma, plazo y alcance que reglamentariamente se determinen.

Todos los pagos efectuados por los Fondos de garantía de depósitos se harán en efectivo, tomando en cuenta los valores u otros instrumentos financieros en la forma que reglamentariamente se determine. Por el pago, los Fondos de garantía de depósitos se subrogan, por ministerio de Ley en los derechos del acreedor o inversor correspondientes al importe pagado, bastando para ello el documento en el que conste el pago<sup>1002</sup>.

Los importes garantizados se satisfarán cuando:

1) La entidad de crédito haya sido declarada en estado de quiebra o se tenga judicialmente por solicitada la declaración de suspensión de pagos de

---

<sup>1000</sup> V. SALINAS ADELANTADO, Carlos, *op. cit.*, p. 44.

<sup>1001</sup> Disposición adicional decimotercera de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores de la LMV, introduce ciertas modificaciones en el Real Decreto-Ley 18/1982 de 24 de mayo se crea un nuevo artículo 2 ter . . . . En los supuestos descritos en el artículo 5 números 1 y 1 bis del presente Real Decreto Ley.

<sup>1002</sup> Disposición adicional decimotercera de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores de la LMV cuyo numero cuatro que suprime el apartado uno del artículo quinto y se le agrega el 1, ter.



la entidad y esas situaciones conlleven la suspensión de la restitución de los valores e instrumentos financieros; no obstante, no procederá el pago de esos importes si dentro del plazo previsto reglamentariamente para iniciar su desembolso, se levantase la suspensión mencionada.

2) Que habiéndose producido la no restitución de los valores o instrumentos financieros, el Banco de España determine que la entidad de crédito se encuentra en la imposibilidad de restituirlos en el futuro inmediato por razones directamente relacionadas con su situación financiera. El Banco de España dispondrá de un plazo de veintiún días para comprobar la existencia de este supuesto y resolver sobre la procedencia de la indemnización<sup>1003</sup>.

Considerando que el sistema adoptado por el Fondo de garantía de inversiones tiene un carácter privado, aunque sujeto a la tutela de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, cabe preguntarse las razones que motivaron a las autoridades para que a una empresa de servicios de inversión se le excluya del sistema común de la quiebra en el pago a los inversores. Si no repercute en el sistema financiero tal como lo puede hacer un banco. El funcionamiento de las empresas de inversión dista mucho de representar un papel decisivo dentro del mecanismo general de pagos. Tal es el hecho de que los mercados de valores siguen funcionando sin el mecanismo de prestamista de última instancia<sup>1004</sup>.

### **3.11 Consideraciones finales del capítulo**

Los bancos por su propia naturaleza son instituciones en constante cambio, vulnerables a los vaivenes de la economía y por tanto sujetas a frecuentes riesgos. Por ello los gobiernos se ven obligados a implementar mecanismos de seguridad que les permitan hacer frente a las contingencias

---

<sup>1003</sup> Disposición adicional decimotercera de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores de la LMV, que añade al Art. 5, el número 1 bis.

<sup>1004</sup> SANCHEZ ANDRES, Aníbal, *op. cit.*, p p. 117, 119.

que en la operativa bancaria puedan surgir.

Las autoridades se ven sometidas a dilemas constantes en su esfuerzo por encontrar el punto medio entre su intervención, necesaria para proteger la estabilidad del sistema de pagos, mantener la confianza del público en las instituciones financieras evitando la generalización de pánico y sus consecuencias adversas sobre el conjunto de la economía y por otro lado, la medida adecuada de la seguridad que deba ofrecerse a fin de evitar que los agentes privados se desentiendan de su responsabilidad en el funcionamiento eficiente del sistema financiero.

En esa labor se establecen normas que determinan las medidas estructurales, preventivas y protectoras que han de ponerse en práctica. El sistema de garantía de depósitos forma parte de ellas.

Los objetivos que cada país se planté, determinan el diseño del esquema de protección de depósitos que se establezca, es común que se justifique su adopción, para ayudar a mantener la estabilidad del sistema financiero y equilibrio en el sistema de pagos; preservar la confianza del público, proteger los depósitos de los clientes, ampliar la competencia entre las instituciones bancarias, proveer de un mecanismo formal para rescatar a bancos quebrados y disminuir los costos de una quiebra.

El Fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios en España, cuyo antecedente más significativo se halla en la Federal Deposit Insurance Corporation de los Estados Unidos de Norteamérica, surge en el año 1977 como respuesta a las necesidades derivadas de la crisis económica por la que atravesaba el país en esa década, habiéndose experimentado diversas modificaciones desde su nacimiento.

Un análisis de la evolución que ha tenido esta figura nos lleva a

comprobar que las transformaciones y cambios implementados en él, han conducido a la configuración de una estructura mucho más completa y madura que la que inicialmente se implantó .

Porque si bien es cierto que el actual Fondo de garantía de depósitos, ha tomado su estructura básica de la Directiva Europea sobre sistemas de garantía de depósitos, con motivo del proceso de armonización que se está llevando a cabo en el mercado único en el área de los servicios bancarios, también es cierto que no puede soslayarse la labor que en la materia se ha realizado a nivel nacional y que ha contribuido de forma importante en la estructura que hoy día tiene aplicación.

De esta forma, el Fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios, se constituye en una figura jurídica formalmente regulada que posee una naturaleza *sui generis* en la medida en que actúa con fines públicos, se rige por normas de Derecho privado, su órgano de administración está integrado por miembros del Banco de España y por representantes de la comunidad bancaria y está sujeta al control de las autoridades públicas financieras.

Al ser una institución cuya estructura y funcionamiento se encuentran expresamente regulados en la ley, se le ubica dentro de los esquemas explícitos de protección de los depósitos otorgando con esto mayor seguridad jurídica y certidumbre, ya que se evita el tener que instrumentar una operación específica de protección y salvamento cada vez que se desate una crisis bancaria.

Posee la característica de ser un esquema al que se le han otorgado amplias facultades, en cuanto que tiene a su cargo la función de aseguramiento de los depósitos y saneamiento y reflotamiento de la institución bancaria en crisis, dejándose a la discrecionalidad de la autoridad del Fondo la adopción de una u otra medida. Debe suponerse que en la decisión se han de evaluar

aspectos relativos al menor coste de la operación, repercusiones sobre la estabilidad del sistema, prestigio a nivel nacional e internacional, coste social, etc.

En la configuración del sistema español, las entidades bancarias se adhieren obligatoriamente, cuestión que resulta relevante si se considera que la responsabilidad del mantenimiento de la estabilidad del sistema financiero y salvaguarda de la oferta monetaria es del sistema bancario en su conjunto. Se está de acuerdo en que el sector privado se involucre en la protección de los depósitos, a fin de limitar el riesgo moral o de comportamiento poco responsable de las acciones financieras, contando con que en última instancia existirá una financiación pública para evitar la generalización de una crisis.

Se ha optado por la constitución de un Fondo acumulado, integrado por las aportaciones de primas uniformes anuales, calculadas en base a un porcentaje de los depósitos que legalmente alcancen la garantía y excepcionalmente por aportaciones del Banco de España, cuando las circunstancias así lo exijan y se disponga por ley el monto de la operación. Aspecto positivo si se toma en cuenta que un Fondo acumulado frente al esquema de aportaciones específicas, brinda mayor certeza porque permite conocer con anticipación el importe de su contribución y hace posible que los recursos sean utilizados cuando surge la necesidad. De otra forma con el modelo de aportaciones específicas las entidades se verían obligadas a realizar sus aportaciones cuando estén experimentando situaciones de crisis, además de que entra en funcionamiento con posterioridad a la declaración de quiebra lo que limita el pago de los depósitos asegurados. Lo importante es que el esquema de protección cuente con los recursos adecuados para poder llevar a cabo sus fines y evitar que caiga en insolvencia.

Aunque se reconoce la ventaja de que las primas aportadas por las entidades bancarias sean ajustadas al riesgo de cada institución a fin de

moderar el subsidio proporcionado por bancos fuertes o menos riesgosos a instituciones débiles, permitiendo a las sanas pagar menos primas que las que posean un riesgo que implique mayores pérdidas en los recursos del esquema de seguro; su implementación resulta en la práctica difícil de aplicar debido fundamentalmente a las dificultades que comporta la medición de los riesgos bancarios.

La función de seguro de depósitos que se le otorga al Fondo, viene a constituirse en un conjunto de medidas orientadas al reembolso de los depósitos cuando se haya producido la declaración del estado de quiebra de la entidad; se tenga judicialmente solicitada la suspensión de pagos y que habiéndose producido el impago de los depósitos vencidos y exigibles que no han sido pagados, el Banco de España determine que la entidad se encuentra en imposibilidad de restituirlos, sin perspectivas de poder hacerlo.

Uno de los objetivos del ordenamiento español es intentar con el Fondo de garantía de depósitos, eludir los procedimientos concursales a fin de preservar los intereses del público en juego, constituidos sobre todo por la necesidad de asegurar el adecuado funcionamiento del sistema de pagos.

La cobertura de la garantía opera en base personal sea natural o jurídica cualquiera que sea el número y clase de los depósitos en los que figure como titular y es limitada pues protege sólo un porcentaje de los depósitos. Se establece así un tope máximo para el depositante y mínimo para el Fondo. Lo ideal sería una cobertura total, pero además de resultar muy costosa para el sistema, se potenciaría el riesgo moral implícito en un esquema de seguro de depósitos, se incrementarían las malas prácticas bancarias y se desincentivaría el control en torno a la solvencia bancaria que pudieran ejercer los clientes al ver que los depósitos están completamente asegurados. Con una cobertura parcial se obliga a los depositantes a ser más precabidos en la selección de la entidad bancaria a la que le confían su dinero.

Por lo que hace a la función de saneamiento de la entidad en crisis, ésta tiene como presupuesto el control de la administración ante la existencia de un desequilibrio patrimonial que ponga en peligro el normal funcionamiento y la necesaria solvencia bancaria.

El Fondo entra como accionista mayoritario del banco para proseguir su saneamiento, cuando la entidad comienza a remontar la crisis este tiene un límite temporal de un año para poner a la venta las acciones que adquirió en la ampliación del capital. La adjudicación se efectuará a la entidad que presente las condiciones de adquisición más ventajosas. La ley dispensa a quien se haga con una participación accionaria mayoritaria del banco saneado a través del procedimiento de adjudicación realizado por el Fondo de garantía de depósitos, de la obligación de formular una oferta pública de adquisición de valores.

Con la adquisición del control del banco la tutela de los depósitos no se efectúa en este caso mediante una obligación de garantía a cargo del Fondo que esta limitada, sino con el saneamiento de la entidad, de modo que los depositantes cualquiera que sea la cuantía del crédito encontrarán en el depositario un deudor solvente.

El Fondo de garantía de depósitos viene a constituir un antecedente importante en la regulación del Fondo de garantía de inversiones, esta es una institución novedosa que ha sido recientemente regulada en la Ley del Mercado de Valores, siguiendo el proceso de armonización sobre sistemas de indemnización de inversores que se ha desarrollado en la normativa comunitaria europea, solamente alcanzado un convencimiento fundado del inminente establecimiento de un sistema común de garantía de depósitos, se comenzó a trabajar en el Fondo de garantía de inversiones.

En el Derecho Español el Fondo de garantía de inversiones es una figura novedosa cuya reglamentación todavía adolece de múltiples especificaciones.

Constituye una masa patrimonial que carece de personalidad jurídica, administrada por una comisión asesora constituida en sociedad anónima y regulada netamente por el Derecho privado. Su función se limita a ser de carácter indemnizatorio de los inversores no contemplando dentro de sus actividades funciones de saneamiento y reflotamiento de las sociedades de servicios de inversión en crisis.

Considerando que una entidad bancaria puede prestar servicios de inversión si sus estatutos la autorizan para ello, cuando este es el caso, no está obligada a adherirse a un Fondo de garantía de inversiones ya que de acuerdo con la normativa comunitaria se puede eximir a una institución que preste servicios de inversión de la obligación de adherirse a un sistema de garantía de inversiones cuando cuente y goce de otra garantía.

Con base en ello, será el Fondo de garantía de depósito en establecimientos bancarios el obligado a responder por la devolución de los instrumentos o valores que se le confíen, debiendo efectuar el pago en efectivo calculándose para ello los valores u otros instrumentos financieros en la forma que reglamentariamente se determine. El Fondo de garantía de depósitos debe entonces responder no sólo por el reembolso de los recursos que en él se depositen en forma de depósitos, derivados de las operaciones bancarias que se establecen en la ley, sino que además debe responder por sus operaciones como prestador de servicios de inversión .

La experiencia demuestra que cada uno de los elementos que forman parte del Fondo de garantía de depósitos han sido objeto de amplias discusiones y debates que continúan abiertos y en los que los estudiosos no acaban de ponerse de acuerdo. En lo que si se coincide unánimemente es en que un esquema bien diseñado genera incentivos para los depositantes, acreedores, propietarios, administradores, supervisores, políticos, reguladores, etc. Y en que si el mecanismo de garantía está mal

estructurado puede estimular la propensión al riesgo por parte de los bancos y clientes.

Si bien es cierto que en los últimos años se ha avanzado mucho en la liberalización de los sistemas financieros de la mano de su desregulación, no se debe olvidar que un sistema financiero moderno tiene que conjugarse con una supervisión y regulación adecuadas.

La protección de los depósitos bancarios de dinero no debe basarse exclusivamente en un sistema de garantía institucional y formalmente establecido, éste ha de gozar además de real independencia y estar libre de la interferencia política y dominación industrial.

El Fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios, debe ser un recurso complementario pues las bases para la solidez de un sistema bancario deben sustentarse fundamentalmente en una adecuada regulación y una supervisión eficientes.

El ente asegurador al subrogarse en los derechos de los depositantes, asume los costes, por lo que es normal que intente imponer cláusulas que limitan la posibilidad de quiebra a sus asegurados. Ningún sistema sea público o privado se arriesgará a asegurar a ninguna institución que no sepa se encuentre adecuadamente regulada y sometida a una supervisión eficiente.