

CAPÍTULO III

LOS INTENTOS DE FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA BANCA CON RESERVA FRACCIONARIA

En el presente capítulo vamos a estudiar críticamente los diversos intentos de la doctrina para justificar jurídicamente el ejercicio de la actividad bancaria utilizando un coeficiente de reserva fraccionaria. Es decir, veremos cuáles son los argumentos que se han propuesto para respaldar jurídicamente un contrato de depósito irregular de dinero en el que el depositario pueda utilizar en beneficio propio el dinero que se le ha depositado a la vista. Analizaremos dos grandes tipos de justificación, a la luz de la doctrina jurídica expuesta en el capítulo I y del análisis económico que desarrollaremos en los próximos capítulos.

1

INTRODUCCIÓN

Las doctrinas jurídicas que han intentado justificar el ejercicio de la banca basada en un coeficiente de reserva fraccionaria se han desarrollado arrastradas por los acontecimientos. Es decir, no se fundamentan en unos principios jurídicos preexistentes en virtud de los cuales se hayan efectuado unos determinados actos jurídicos. Todo lo contrario, como hemos visto en el capítulo anterior, la práctica bancaria se ha venido desarrollando en contra de principios generales del derecho muy fáciles de entender y como consecuencia de unas circunstancias específicas que han favorecido y hecho posible su violación (averría de los hombres, dificultades de control, necesidades financieras de los gobiernos, intervención sistemática de las autoridades y confusión creada, a través del *depositum confessatum*, por la prohibición canónica del interés). Como es lógico, el ejercicio de una práctica tan generalizada sin fundamentación jurídica pronto incitó a que banqueros y teóricos trataran de encontrar una justificación jurídica adecuada para la misma. Este impulso, además, se vio reforzado por el hecho de que, en casi todas las ocasiones, terminó siendo el gobierno o la autoridad pública la primera beneficiada de las prácticas bancarias fraudulentas, por lo que no es de extrañar que, dada la tradicional simbiosis existente entre el poder político y la intelectualidad,¹ ésta se viera im-

pulsada por el primero para tratar de encontrar respaldo jurídico a las prácticas que consentían y fomentaban.

Y es que encontrar una fundamentación jurídica adecuada era esencial para la pervivencia de todo el entramado de intereses creados que genera la banca con reserva fraccionaria. A cualquier persona medianamente formada se le hacía evidente que estas prácticas deberían justificarse en algo más fundado que la existencia de una simple situación de hecho. No basta con darse cuenta y afirmar, como hace Shepard B. Clough, que «los orfebres llegaron a prestar, incluso, el dinero que les había sido entregado para su guarda, partiendo de la teoría y de la experiencia de que sólo necesitaban disponer en todo momento de las cantidades con que satisfacer las demandas esperadas o corrientes de sus depositantes. Estas costumbres les llevaron, por lo menos en el curso del siglo XVII, a extender 'promesas de pago', es decir, 'billetes de orfebre' que, como los billetes de banco actuales, circulaban de mano en mano. Estas 'promesas de pago', que se satisfacían echando mano de los depósitos de los clientes, llegaron en realidad a sobrepasar la suma del dinero depositado. Con esto se creó el crédito por emisión de papel, un *descubrimiento de alta transcendencia*.»² Y esto porque, por muy de «transcendental» que se califique el «descubrimiento» de que es posible utilizar fraudulentamente el dinero de los depositantes o emitir certificados de depósito en cuantía superior a lo realmente depositado, es claro que estas situaciones de hecho comparten el mismo requisito fáctico que se da en el resto de los actos delictivos de apropiación indebida que desde siempre han sido objeto de análisis doctrinal por parte de los especialistas en derecho penal. Es tan evidente, por tanto, la identidad entre unos presupuestos y otros, que la doctrina no podía permanecer impasible ante la existencia de semejante irregularidad jurídica en el ámbito de la práctica económica.

Por eso no son de extrañar los grandes esfuerzos que se han realizado para intentar justificar lo que parece completamente injustificable. A saber, que desde el punto de vista de los principios generales del derecho sea legítima la apropiación indebida de los fondos depositados en custodia y la emisión de certificados de depósito en cuantía superior al dinero realmente depositado. Sin embargo, tanta transcendencia ha tenido para los interesados (banqueros y gobiernos, básicamente) el encontrar una adecuada justificación teórica que fuera más allá de la simple solución voluntarista consistente, pura y llanamente, en declarar legal una práctica viciosa y delictiva (que es, en última instancia, lo que se ha terminado haciendo, a pesar de todas las apariencias y construcciones doctrinales), que muchos juristas no han cesado hasta hoy en su empeño por tratar de vestir con un ropaje de respetabilidad jurídica lo que hasta ahora se viene practicando.

¹ Véase Bertrand de Jouvenel, «Los intelectuales europeos y el capitalismo», en Friedrich A. Hayek (ed.), *El capitalismo y los historiadores*, 2.^a ed., Unión Editorial, Madrid 1997, pp. 87-111.

² Shepard B. Clough, *La evolución económica de la civilización occidental*, Ediciones Omega, Barcelona 1970, p. 127 (las cursivas son mías). Véase, además, el epígrafe 7 del capítulo 4 y, en especial, su nota a pie de página 40 (p.197).

Vamos a clasificar en dos grandes grupos los intentos de justificación doctrinal del contrato de depósito irregular con un coeficiente de reserva fraccionaria. El primer grupo está constituido por el conjunto de doctrinas que ha tratado de solventar el problema identificando el depósito irregular con el contrato de préstamo o mutuo. Después de analizar con detalle este grupo de doctrinas, llegaremos a la conclusión de que, desde el punto de vista jurídico, tal identificación es imposible. El segundo grupo, que está constituido por los desarrollos doctrinales más modernos, parte de reconocer que existen diferencias esenciales entre el préstamo y el contrato de depósito irregular, y ha centrado sus esfuerzos en la construcción jurídica de un nuevo concepto de «disponibilidad», según el cual ésta habría de entenderse de una manera «laxa», en el sentido de exigir tan sólo que las inversiones del banquero se realicen de una forma «prudente» y siempre de acuerdo con las normas administrativas de la legislación bancaria. Después de estudiar con detalle este segundo grupo de doctrinas, llegaremos a la conclusión de que, en última instancia, suponen una vuelta al intento fracasado de justificar la institución equiparándola con el mutuo o préstamo, por lo que adolecen de los mismos vicios y contradicciones jurídicas que vamos a exponer en relación con el primero. Además, en el capítulo siguiente explicaremos por qué la esencia doctrinal de la nueva interpretación del concepto de disponibilidad (basada en la aplicación de la «ley de los grandes números») es inadmisible desde el punto de vista de la teoría económica.

Nuestra conclusión, por tanto, es que los intentos realizados hasta el presente para justificar jurídicamente la práctica bancaria con reserva fraccionaria en relación con los depósitos a la vista han fracasado. Esto explica la constante ambigüedad doctrinal que se mantiene en relación con los contratos bancarios de este estilo, el que se procure evitar por todos los medios un tratamiento claro y explícito sobre los mismos, la generalizada falta de transparencia, y en última instancia, dado que es imposible desde el punto de vista económico que la institución por sí sola pueda subsistir, que se la haya dotado del respaldo de un banco central emisor tanto de normas administrativas como de la liquidez que sean precisas en cada momento para que todo el entramado no se venga abajo. En el capítulo VIII, dedicado a la banca central, analizaremos teóricamente cómo la nacionalización del dinero y la legislación y control bancarios emanados del banco central se han mostrado incapaces de mantener un sistema financiero estable, que evite los ciclos económicos y prevenga las crisis bancarias, por lo que, en última instancia, puede concluirse que también el sistema de banca con reserva fraccionaria, aun respaldado y protegido por un banco central, ha fracasado.

Al final de este capítulo analizaremos una serie de figuras contractuales que se han desarrollado en la práctica financiera, algunas de ellas muy semejantes a las que vienen ejerciendo los banqueros en relación con el contrato de depósito. En concreto, estudiaremos las diferentes operaciones financieras con «pacto de recompra», y pondremos de manifiesto cómo en éstas se oculta, en fraude del derecho, un verdadero contrato de depósito, si es que el pacto garantiza el

pago de un precio previamente establecido, al margen de cuál sea el precio en el correspondiente mercado secundario en el momento en el que se ejercite el pacto. Por último, estudiaremos cuáles son las profundas y esenciales diferencias que existen entre las operaciones financieras relacionadas con la banca y la institución del seguro de vida. Y es que el seguro de vida aparece como una fórmula perfeccionada de verdadero ahorro, en la que se intercambian bienes presentes por bienes futuros, con unas determinadas peculiaridades que lo hacen especialmente atractivo, pero que en ningún caso suponen la apropiación de depósitos a la vista, la generación de créditos, ni la emisión de certificados sin el correspondiente respaldo. Igualmente se analizará el efecto corruptor que sobre la institución aseguradora está teniendo la reciente tendencia a difuminar y confundir, sobre todo a instancias de la legislación gubernamental, las tradicionales fronteras jurídicas y técnicas que existen entre ambos tipos de instituciones.

2

LA IMPOSIBLE IDENTIFICACIÓN DEL DEPÓSITO IRREGULAR
CON EL CONTRATO DE PRÉSTAMO O MUTUO

Razones para una confusión

Los intentos de identificar jurídicamente el contrato de depósito irregular de dinero con el contrato de préstamo o mutuo son especialmente atractivos para aquellos que más se benefician de las prácticas bancarias (banqueros y gobernantes). En efecto, en el capítulo I, dedicado al estudio de la naturaleza jurídica de ambas instituciones, hemos indicado cómo en el préstamo no sólo se traslada la propiedad de lo que se presta, sino que además se traslada la plena disponibilidad de la cosa, por lo que el prestatario puede hacer pleno uso de la misma, utilizándola en inversiones, consumiéndola, etc. Como esto es lo que, en última instancia, efectúa el banquero cuando se apropia de los fondos que se le depositan a la vista, es evidente que, para él, la solución jurídica ideal es la de identificar el contrato de depósito irregular con el contrato de préstamo. Además, existe una manida coartada jurídica que, si bien superficial y poco rigurosa, se ha utilizado con gran insistencia para reforzar el argumento de la identificación. A saber, que en el contrato de depósito irregular, por tratarse de un depósito de bienes fungibles, se produce siempre, por su propia esencia y naturaleza, un inevitable traslado de la propiedad de la cosa *in individuo* que indistintamente se deposita. Por lo que, dado que en ambas instituciones (depósito y préstamo) se traslada la propiedad, se concluye con automatismo que ambas instituciones *son naturalmente la misma cosa*.

En el capítulo I de este libro vimos que esta argumentación es falaz, superficial y confusa. En efecto, aunque sea cierto que en ambas instituciones se traslada la propiedad, no es menos cierto que en cuanto a una de sus características esenciales, cual es la de la disponibilidad de la cosa, el contenido de ambos

contratos es *radicalmente* distinto. Y es que, así como en el contrato de préstamo sí que, junto con la propiedad, se traslada la plena disponibilidad de la cosa, en el contrato de depósito irregular, por su propia esencia, *prepondera el objetivo de guarda o custodia*, por lo que, aunque teóricamente puede considerarse que se traslada la propiedad, en la práctica tal traslación tiene unos alcances muy limitados, ya que la guarda o custodia de la cosa fungible exige que la disponibilidad de su *tantundem* permanezca siempre a disposición del depositante. Por tanto, aunque la traslación de la propiedad pueda no ser un elemento distintivo entre ambas instituciones, la diferencia en cuanto a la disponibilidad de lo que se entrega en uno y otro contrato sí que constituye el elemento esencial diferenciador de la naturaleza jurídica de ambos contratos.

Podría extrañar que los juristas que han optado por intentar identificar el contrato de depósito con el contrato de mutuo o préstamo hubieran pasado por alto una diferencia tan evidente. La identificación es tan forzada y los argumentos tan pobres, que sorprende que un cierto sector de la doctrina haya tratado de defenderla. Sin embargo, existe una razón histórica de tipo doctrinal que explica el porqué del intento. Se trata de la ya comentada aparición de la construcción jurídica del denominado *depositum confessatum*, que surgió a lo largo de la Edad Media como resultado de los intentos para obviar la prohibición canónica del interés. Aunque ya hemos puesto de manifiesto que la prohibición canónica del interés y el desarrollo de la actividad bancaria con reserva fraccionaria tienen muy poca relación directa, indirectamente se han visto muy conectados a través de la institución del *depositum confessatum*. Ya sabemos que desde el derecho romano se obligaba al pago de intereses en caso de que, violándose la esencia del contrato de depósito basada en la custodia y produciéndose un caso de apropiación de los depósitos por parte del depositario, éste se viera imposibilitado para devolver de inmediato los correspondientes fondos en el momento en que así se le exigiera por parte del depositante. Entonces, con independencia de las otras acciones previstas de tipo civil y penal (la *actio depositi*³ y la *actio furti*), se concedía, con carácter adicional y como es lógico, una acción para obtener los intereses derivados de la mora en el pago y de la correspondiente pérdida de disponibilidad que se verificaba en perjuicio del depositante mientras no se le devolvieran sus fondos por el depositario. Se comprende, por tanto, que en la Edad Media vestir de depósito lo que no era sino un contrato de préstamo venía como anillo al dedo para frente a todos justificar legal y legítimamente el devengo de un interés. Por eso, empiezan a realizarse por los banqueros de manera sistemática operaciones en las que, de forma expresa, se declara o confiesa por parte de sus partícipes que

³ Recordemos que, en los contratos de depósito irregular de dinero, por ser contratos de depósito, es ejercitable la *actio depositi directa* desarrollada por el derecho romano y en virtud de la cual corresponde al depositante ser el árbitro para fijar, en cualquier momento, cuándo se le ha de efectuar la restitución del depósito realizado. Esta disponibilidad es, por tanto, tan acusada, que llega a equiparar el puro derecho de crédito del depositante con su dominio sobre el dinero depositado (dado que existe una plena e inmediata disponibilidad sobre el *tantundem* de lo que se depositó).

están efectuando un contrato de depósito, y no un contrato de crédito. Pero, como bien dice el adagio latino, *excusatio non petita, accusatio manifesta*. En efecto, en un depósito verdadero no hacía falta declarar expresamente nada, y si se efectúa tal declaración, ello tan sólo pone de manifiesto que, en última instancia, con la misma se pretende ocultar la existencia de un contrato de préstamo o mutuo. Éste se quiere disimular como si fuera un depósito para obviar las tremendas prohibiciones canónicas del préstamo con interés, y hacer posible gran número de verdaderas transacciones de crédito que son muy necesarias desde el punto de vista económico y social.

El desarrollo del *depositum confessatum* oscureció las clarísimas diferencias jurídicas que existen entre el contrato de depósito irregular y el contrato de mutuo o préstamo. Fuera cual fuese el posicionamiento doctrinal respecto de la prohibición canónica de la usura, el desarrollo del *depositum confessatum* llevó, casi inevitablemente, a la «natural» identificación entre los contratos de depósito y los contratos de mutuo: si nos encontrábamos ante un teórico deseoso de descubrir y destapar todos los casos de violación de la prohibición canónica y ocultamiento del interés, todo lo que sonase a «depósito» habría de parecer, de entrada, sospechoso, siendo, desde este punto de vista, la solución más clara y expeditiva la de identificar automáticamente depósitos con mutuos o préstamos y condonar el cobro de intereses en todos los casos, con independencia de su apariencia jurídica externa; también, y paradójicamente, en el caso de los moralistas más «liberales», aun defendiendo la existencia jurídica del depósito y, por tanto, la legitimidad del devengo de intereses de mora, no dejaba de señalarse que tal depósito equivalía, en última instancia, a un préstamo, por lo que se permitía el uso y consumo del dinero en forma de inversiones por parte del banquero. Y es que, para estos autores, no sólo se trataba de justificar el cobro de un interés, sino que además había que legitimar una institución que hiciera posible los mismos actos de inversión o cambio de bienes presentes por bienes futuros que, tradicionalmente y por su esencia, hacía posible el contrato de préstamo y tan necesarios eran para la industria y el comercio. Ésta fue la posición mantenida por la mayoría de los juristas glossadores a lo largo de la Edad Media y también, como hemos visto en el capítulo anterior, por algún miembro de la Escuela de Salamanca como Luis de Molina, para el cual el contrato de depósito irregular de dinero no es sino un «préstamo en precario» que traslada la propiedad (como ya sabemos que es admisible) y plena disponibilidad (como sabemos que es imposible y contrario a la esencia misma del depósito) del dinero a favor del banquero depositario.⁴

⁴ Véase Luis de Molina, *Tratado sobre los cambios*, edición e introducción de Francisco Gómez Camacho, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1990, Disputa 408, 1022 d., p. 138. De la misma opinión que Molina participan, como hemos visto, Juan de Lugo, y en mucha menor medida Domingo de Soto. El resto de los miembros de la Escuela de Salamanca, y en especial el doctor Saravia de la Calle, como buenos y profundos juristas que eran fuertemente enraizados en la tradición romana, a pesar de las presiones a que se vieron sometidos y de la práctica que observaban, fueron contrarios al ejercicio de la banca con una reserva fraccionaria.

También, y como ya hemos visto, el banquero y economista irlandés Richard Cantillon, en los pleitos civiles y penales en los que se vio involucrado al apropiarse indebidamente de los títulos valores que le habían sido depositados como bienes fungibles en un contrato de depósito irregular, en medio de la ola especulativa creada en Francia por el sistema de John Law, trató de defenderse con la única justificación doctrinal que hasta entonces se había desarrollado en favor de su postura: que al ser el contrato de depósito «irregular», es decir, considerando los títulos como bienes fungibles, existía una plena transmisión tanto de la propiedad como de la disponibilidad de la cosa, por lo que bien pudo él apropiarse de los títulos, venderlos y especular con ellos en Bolsa sin cometer ningún delito ni realizar ningún perjuicio a sus depositantes.⁵

La argumentación jurídica que utiliza la defensa de Richard Cantillon es la misma que se había desarrollado doctrinalmente para el depósito irregular de dinero (y no el depósito irregular de títulos). Por ello, no hay ninguna duda de que si se consideraba adecuada y justificada desde el punto de vista jurídico la identificación entre el contrato de depósito de dinero y el de mutuo, lo mismo habría de considerarse, *mutatis mutandis*, para el resto de los depósitos de bienes fungibles y, en concreto, para los depósitos de títulos valores como bienes indistinguibles. Por eso, hay que resaltar que todo el análisis doctrinal que pueda realizarse en contra de la juridicidad del depósito irregular de títulos valores traslativo de la plena propiedad y *disponibilidad* de los mismos también constituye, en última instancia, una poderosísima argumentación en contra del depósito irregular de dinero con reserva fraccionaria. Este hecho ha sido constatado por el gran mercantilista español Joaquín Garrigues, para el cual «la consecuencia del razonamiento traído hasta aquí podemos expresarla afirmando que la intención del cliente cuando entrega sus títulos al banco es contratar un depósito bancario, mas, inmediatamente después de hacer esta afirmación, surge ante nosotros la figura de otro contrato de finalidad económica semejante, en el que también hay entrega al banco de una cosa fungible (dinero) y servicio de caja por parte del Banco. He aquí —dirán los defensores de la cuenta de efectos— otro contrato *sui generis* que no tiene denominación de préstamo ni de depósito en los documentos bancarios y que surte los mismos efectos jurídicos que la cuenta corriente de valores; es, a saber, el paso de la propiedad al banco y la devolución del *tantundem* por éste.»⁶ A pesar de la

⁵ Véase Henri Cochin, *Mémoire pour Richard Cantillon*, ob. cit., y F. A. Hayek, «Richard Cantillon (1680-1734)», en *The Trend of Economic Thinking: Essays on Political Economists and Economic History*, en *The Collected Works of F.A. Hayek*, vol. III, ob. cit., p. 159 (pp. 293-294 de la edición española de Eduardo L. Suárez, *La tendencia del pensamiento económico*, ob. cit.); también el ya clásico artículo de Henry Higgs, «Richard Cantillon», en *The Economic Journal*, vol. I, junio de 1891, pp. 276-284. Y Antoin E. Murphy, *Richard Cantillon: Entrepreneur and Economist*, Clarendon Press, Oxford 1986.

⁶ Véanse en este sentido las pp. 194 y ss. del «Dictamen de Joaquín Garrigues», incluido en el libro *La cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, obra ya citada, pp. 159-209. Muchos de los argumentos incluidos en este notable libro en contra de la tesis de que se transmite la plena disponibilidad en el depósito irregular de títulos como bienes fungibles son, por tanto, directamente apli-

forzada y poco convincente argumentación de Garrigues para intentar justificar que ambos depósitos son distintos, cualquiera se da cuenta de que ambos contratos de depósito irregular de bienes fungibles (sean de dinero o de títulos) son en su esencia idénticos, por lo que si se acepta para el uno (el de dinero) la total transmisión de la disponibilidad de la cosa, también ha de aceptarse para el otro, por lo que no cabe negar la legitimidad jurídica de uno (el de títulos), sin negársela al otro (el de dinero).⁷ Podemos concluir, por tanto, que los argumentos jurídicos utilizados por Cantillon en su defensa proceden de la construcción doctrinal que se había elaborado en relación con el contrato de depósito irregular de dinero y, de considerarse correctos, hubieran igualmente legitimado tanto la evidente estafa que Cantillon realizó a sus clientes, como el cúmulo de comportamientos irregulares y fraudulentos posteriormente realizados con motivo de los contratos de depósito irregular de títulos en el resto de los países, y concretamente en España por la banca catalana hasta ya bien entrado el propio siglo XX, cuyo carácter fraudulento y delictivo ha sido unánime y correctamente analizado por la doctrina española.⁸

La equivocada doctrina de la Common Law

La doctrina de la identificación entre el contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo o mutuo es la que también ha prevalecido por vía de la creación jurisprudencial a través del sistema del *binding case* en la *Common Law* anglosajona. En este sentido, hay que señalar cómo desde finales del siglo XVIII y a lo largo de la primera mitad del siglo XIX, se plantean diferentes pleitos en los que los depositantes, al verse imposibilitados de obtener la devolución de sus depósitos, demandan a sus banqueros por apropiación indebida y fraude en el ejercicio de sus obligaciones de custodia. Sin embargo, lamentablemente, las decisiones jurisprudenciales británicas terminan siendo víctimas de la presión de la práctica bancaria, de los banqueros y del propio gobierno, senten-

cables también en la crítica de la misma doctrina en relación con el depósito irregular de dinero como bien fungible y serán traídos a colación en nuestro estudio siempre que sea conveniente.

⁷ Lo contrario sería caer en una contradicción lógica inadmisible que es, sin embargo, mantenida por Florencio Oscáriz Marco, para el cual los depósitos a granel no constituyen un depósito irregular «porque no hay facultad de usar y menos de disponer, sino sólo de mezclar», mientras que en los depósitos de otro bien fungible (el dinero) misteriosamente sí se considera que se traslada la facultad de uso y disposición, convirtiéndose en un «préstamo». A este error conceptual, Oscáriz añade un error terminológico, pues el «supuesto singular» de depósitos a granel que analiza comentando la Sentencia del Tribunal Supremo sobre el depósito de aceite efectuado por unos aceituneros (STS de 2-7-1948) responde al caso más modélico de depósito de bien fungible o irregular que cabe concebir. Véase Florencio Oscáriz Marco, *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda*, ob. cit., pp. 110-112.

⁸ Véase *La cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, ob. cit.

ciándose que no existe diferencia entre el contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo, por lo que no hay apropiación indebida si los banqueros utilizan en su propio beneficio el dinero de sus depositantes.⁹ De entre todas estas decisiones jurisprudenciales, merece la pena señalar la sentencia emitida por el juez Lord Cottenham en 1848 en el caso de *Foley versus Hill* y otros, que llega a la errónea conclusión de que «the money placed in the custody of a banker is, to all intents and purposes, the money of the banker, to do with it as he pleases. He is guilty of no breach of trust in employing it. He is not answerable to the principal if he puts it into jeopardy, if he engages in a haphazardous speculation; he is not bound to keep it or deal with it as the property of his principal, but he is, of course, answerable for the amount, because he has contracted, having received that money, to repay to the principal, when demanded, a sum equivalent to that paid into his hands.»¹⁰ Con este tipo de sentencias no es de extrañar que Richard Cantillon huyera de Francia a Inglaterra, en donde la práctica financiera era mucho más laxa y, como hemos visto, las decisiones jurisprudenciales terminarían siguiendo una tesis idéntica a su línea argumental de defensa. Por el contrario, en la Europa continental aún tenía gran influencia la tradición jurídica romana, que había fundamentado la naturaleza del depósito irregular de dinero de manera impecable, centrándola en la obligación de custodia, y la ilegitimidad de la apropiación por los bancos de los fondos en ellos depositados. Es comprensible, por tanto, el temor de Richard Cantillon, que huyó de la Europa continental en unos años en los que aún operaba con todo su prestigio el Banco de Amsterdam con un coeficiente de reserva del 100 por cien, y se comenzaba a reconstruir la figura del depósito irregular a partir de sus raíces jurídicas clásicas (que deslegiti-

⁹ Esta corriente jurisprudencial contrasta con la correcta que se formó declarando fraudulenta la actividad de los depositarios de grano americanos que en la década de los sesenta del siglo XIX se apropiaron de parte de los depósitos de grano que custodiaban para especular con ellos en el mercado de Chicago. Ante este hecho tan desconcertante, Rothbard se pregunta: «why did grain warehouse law, where the conditions —of depositing fungible goods— are exactly the same... develop in precisely the opposite direction? ... Could it be that the bankers conducted a more effective lobbying operation than did the grain men?». Véase Murray N. Rothbard, *The Case Against the Fed*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, 1994, p. 43. La misma correcta doctrina jurisprudencial se ha producido en España en relación con los depósitos a granel de aceite en las almazaras. (Véase, a pesar del error terminológico que contiene y que ya hemos comentado en la nota 7, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Julio de 1948.)

¹⁰ Véase la nota de la p. 73 del libro de E.T. Powell, *Evolution of Money Markets*, Cass, Londres 1966, así como los comentarios a esta sentencia realizados por Mark Skousen en su *The Economics of a Pure Gold Standard*, Praxeology Press, The Ludwig von Mises Institute, Auburn University, Alabama, 1977, pp. 22-24. La traducción al castellano de este párrafo de la sentencia de Lord Cottenham podría ser la siguiente: «El dinero colocado en custodia de un banquero es, a todos los efectos y propósitos, el dinero del banquero, con el que puede hacer lo que quiera. Así, él no es culpable de romper ninguna obligación de custodia si lo emplea. No responde tampoco ante el depositante si lo pone en peligro o si lo implica en especulaciones peligrosas; él no está obligado a guardarlo o tratarlo como si fuera propiedad del depositante, pero responde, desde luego, por la cantidad, porque se ha obligado en un contrato, una vez que ha recibido el dinero, a devolver al depositante cuando se lo pida o demande».

maban el ejercicio bancario con reserva fraccionaria). Además, ya se había puesto de manifiesto el fracaso de todos los sistemas bancarios que se habían basado en la reserva fraccionaria (quiebra sistemática de los bancos europeos de la baja Edad Media, de los bancos de Sevilla e Italia de los siglos XVI y XVII y del sistema de Law en la Francia del siglo XVIII), dictando los jueces regularmente sentencias en contra de la apropiación por parte de los banqueros de los fondos que les habían sido depositados (y que, como ya sabemos, se extienden incluso hasta bien entrado el siglo XX tanto en Francia como en la propia España).

Es preciso resaltar que, al menos en relación con la institución que ahora nos ocupa, el sistema de la *Common Law* anglosajona ha demostrado ser una garantía menos efectiva para la defensa del derecho de propiedad y la correcta ordenación de la cooperación social que la constituida por el sistema jurídico continental europeo. Significa ello, no que el sistema continental en su última versión kelseniana y positivista sea superior a la *Common Law*, sino que ésta ha sido a menudo inferior al derecho romano, entendido éste como sistema consuetudinario y evolutivo impulsado por el análisis lógico, exegético y doctrinal de los juristas de la escuela clásica romana. O, dicho de otra forma, que el sistema de la *Common Law* anglosajona da demasiada importancia al carácter vinculante de las opiniones estrictamente jurisprudenciales que, en muchas ocasiones, se ven más influidas por las circunstancias particulares del caso que están juzgando y por la aparente práctica del tráfico mercantil que creen observar que por el análisis sopesado de tipo lógico y exegético que es preciso efectuar a partir de los principios jurídicos esenciales. En suma, el derecho anglosajón es un derecho excesivamente jurisprudencial, mientras que el derecho continental, en su versión del derecho romano, es un derecho mixto jurisprudencial y doctrinal.

La doctrina de nuestros Códigos Civil y Mercantil

La identificación entre el contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo también ha querido ser mantenida por un sector de la doctrina española que, fundamentándose en algunos artículos de los Códigos Civil y Mercantil, considera que el depósito irregular no está admitido como figura separada en nuestra legislación y que, por tanto, no es sino un simple contrato de préstamo o mutuo. Sin embargo, ni siquiera desde el punto de vista de nuestro derecho positivo, la identificación entre el contrato de depósito irregular y el contrato de préstamo es segura. Por el contrario, tal identificación es

una suma equivalente a aquella que originariamente le entregó.» Antecedentes de esta decisión de Lord Cottenham fueron la sentencia de Sir William Grant de 1811 en el caso Carr *versus* Carr, así como la emitida cinco años después en el caso Devaynes *versus* Noble. Véase J. Milnes Holden, *The Law and Practice of Banking*, vol. I, *Banker and Customer*, Pitman Publishing, Londres 1970 pp. 31-32 y 52-55.

muy dudosa y vacilante y, de hecho, la mayoría de nuestra doctrina moderna ha concluido, en consonancia con la construcción clásica, que incluso desde el punto de vista de nuestro actual derecho positivo, una cosa es el contrato de préstamo y otra bien distinta es el contrato de depósito irregular.

Es el artículo 1.768 del Código Civil el que a menudo se ha utilizado para justificar la identidad entre ambos tipos de contrato. Este artículo dice que «cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato. El permiso no se presupone, debiendo probarse su existencia.» De acuerdo con este artículo, si el uso se entendiera en su sentido más general o laxo, al suponer todo contrato de depósito irregular una transmisión de propiedad de la cosa *in individuo* y, por tanto, del «uso» indistinguible en la manipulación de la cosa fungible, entonces, *ipso facto*, el contrato de depósito irregular quedaría siempre convertido en un préstamo o mutuo. Aunque luego veremos con detalle los diferentes casos que pueden considerarse de «transmisión del uso», ahora tan sólo debemos adelantar que, como ya estudiamos en el capítulo I, una cosa es la transmisión de la propiedad y del uso entendido en su sentido genérico, y otra cosa bien distinta es si se mantiene o no la plena disponibilidad del *tantundem* a favor del depositante. En la medida en que el contenido del artículo 1.768 tan sólo pretenda distinguir si se mantiene o no en todo momento a disposición del depositante su *tantundem*, dentro de nuestro derecho positivo sería perfectamente posible admitir la existencia de un contrato de depósito irregular radicalmente distinto del contrato de préstamo. Pero es que, además, el propio Código Civil, en su artículo 1.770, parece dar pie a esta segunda interpretación. En efecto, este artículo establece que «la cosa depositada será devuelta con todos sus productos y accesiones. Consistiendo el depósito en dinero, se aplicará al depositario lo dispuesto respecto al mandatario en el artículo 1.724». Es decir, parece aceptarse por el propio Código Civil la existencia de un depósito de dinero que no sea un préstamo. Como bien manifiestan José Luis Albácar y Jaime Santos Briz, «ante esta disparidad —acaso antinomia— de disposiciones legales, la que bien pudiera merecer el calificativo de clásica, y la moderna, es de señalar que hoy parece prevalecer la de quienes estiman que las figuras del mutuo y del depósito irregular son distintas, al punto de no faltar quienes a tales efectos consideran que en dichos casos nos hallamos ante un supuesto del género depósito, una figura atípica y compleja, la del depósito irregular.»¹¹

El tratamiento que el depósito irregular de dinero recibe en nuestro Código de Comercio podría parecer también contradictorio y que se presta a ambas

¹¹ José Luis Albácar López y Jaime Santos Briz, *Código Civil: doctrina y jurisprudencia*, Editorial Trivium, Madrid 1991, tomo VI, p. 1770. También la compilación civil de Navarra, al final de su título XII, se refiere al depósito irregular en su ley 554 de la siguiente manera: «Cuando en el depósito de cosa fungible se ordena al depositario, expresa o tácitamente, facultades de disposición, se aplicará lo dispuesto para el préstamo de dinero en las leyes 532, 534 y 535.» Vemos que en este caso se repite casi literalmente el contenido del artículo 1.768 del Código Civil.

interpretaciones. En efecto, en el artículo 309 se establece que «siempre que, con asentimiento del depositante, dispusiere el depositario de las cosas que fueron objeto de depósito, ya para sí o sus negocios, ya para operaciones que aquél le encomendare, cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante y depositario, y se observarán las reglas y disposiciones aplicables al préstamo mercantil, a la comisión o al contrato que en sustitución del depósito hubieren celebrado.» Parece, por tanto, que existe un cierto paralelismo entre el artículo 309 del Código de Comercio y el 1.768 del Código Civil. Sin embargo, en el artículo 307 del Código de Comercio, que regula los depósitos en numerario, se dice que «cuando los depósitos de numerario se constituyeren sin especificación de monedas o sin cerrar o sellar, el depositario responderá de su conservación y riesgos en los términos establecidos por el párrafo segundo del artículo 306». Y el párrafo segundo del artículo 306 dice que «en la conservación del depósito responderá el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia, y también de los que provengan de la naturaleza o vicio de las cosas, si en estos casos no hizo por su parte lo necesario para evitarlos o remediarlos, *dando aviso de ello además al depositante, inmediatamente que se manifestaren.*» (Las cursivas son mías). Vemos, por tanto, que como resultado del juego del último párrafo del artículo 307 junto con el segundo párrafo del artículo 306, en el propio Código de Comercio se aceptaría plenamente la figura del contrato de depósito irregular de dinero, estableciéndose una obligación clarísima de guarda y custodia a favor del depositante y a cargo del depositario, hasta el punto de que, en caso de que se produjera algún daño, menoscabo o vicio en el propio dinero fungible depositado, habría de avisar inmediatamente al depositante. Sin embargo, el Código de Comercio incluye un *ius privilegium* a favor de los banqueros, que da carta de naturaleza jurídica a la apropiación de los fondos que se depositen en su poder, cuando en el artículo 310 establece que «no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los depósitos verificados en los Bancos, en los almacenes generales, en las sociedades de crédito o en otras cualesquiera compañías, se regirán en primer lugar por los Estatutos de las mismas, en segundo por las prescripciones de este Código, y últimamente por las reglas del derecho común que son aplicables a todos los depósitos.» La naturaleza de privilegio «odioso» a favor de los banqueros y demás sociedades semejantes es clarísima, pues incluso desde el punto de vista de nuestro derecho positivo podría considerarse que, de acuerdo con el ya citado artículo 306 del Código de Comercio, cualquier persona que no fuera banquero o semejante y que usara el dinero que se le hubiera entregado en depósito irregular cometiera una violación de la obligación de custodia y guarda y, por tanto, un delito de apropiación indebida, cosa que como excepción ya no se considerará que sucede en relación con los banqueros, si es que en los Estatutos correspondientes se establece la posibilidad de utilizar y apropiarse para sus propios negocios de los fondos de los depositantes. No obstante el contenido de este artículo 310 del Código de Comercio, como en general la redacción de los estatutos y contratos bancarios tampoco es nada clara, sino que, por el contrario, suele ser en este

extremo ambigua y confusa,¹² se explica que, en interpretación jurisprudencial de nuestro derecho positivo, se hayan dictado sentencias hasta bien entrado el siglo XX (como, por ejemplo, la de 21 de junio de 1928 de nuestro Tribunal Supremo y otras, ya citadas en el capítulo I de este libro) que han mantenido la tesis de que, de acuerdo con nuestra ley positiva, es obligación de los banqueros mantener siempre a disposición de los depositantes el importe íntegro de lo que se les depositó (*tantundem*), es decir, un coeficiente de caja del 100 por cien.

¹² Es curioso observar cómo los bancos españoles, en el condicionado general de sus diferentes contratos de cuenta corriente, rehuyen la utilización del término «depósito», pues temen las consecuencias jurídicas de tal tipo de contrato (especialmente que se considere que se apropián indebidamente de los fondos que en ellos se depositan). Tampoco utilizan la calificación de «préstamo» o «crédito», porque aunque jurídicamente se encuentren cubiertos si se califica de préstamo el depósito irregular de dinero que en ellos efectúan sus clientes, es evidente que *desde el punto de vista comercial perdería muchísima fuerza la captación de pasivos en forma de depósitos si el público en general empezara a ser consciente de que lo que en realidad hace cuando abre una cuenta corriente es conceder un préstamo al banco y no efectuar un depósito*. Los banqueros prefieren, por tanto, mantener la actual ambigüedad y confusión, pues de la actual situación de poca claridad contractual salen, sin duda alguna, ganando, mientras conserven el privilegio de poder utilizar un coeficiente de reserva fraccionaria y les respalde el banco central siempre que tengan dificultades de liquidez. Sin embargo, a veces los propios banqueros se delatan en la calificación jurídica de las operaciones que realizan, y así, por ejemplo, la condición general sexta del Banco Bilbao-Vizcaya establecida para la negociación de efectos dice que: «Cualquiera que sea la diversidad de cuentas u operaciones del cedente, bien en efectivo, valores, avales, garantías u otra especie de documento en que estén representados, así como el concepto con que en ellas figure ... queda el Banco facultado para compensarlas con los créditos que por cualquier título, *incluso de depósito de toda especie y calidad*, opten de contraer ... la presente condición será aplicable incluso a las operaciones y créditos que el cedente ostente contra el Banco con anterioridad a la presente negociación.» Y en relación con la definición del depósito a la vista materializado en las denominadas «libretas de ahorro», así como el Banco Bilbao-Vizcaya las calificaba como «el título justificativo de su crédito representativo del derecho que asiste al titular de solicitar y obtener el reintegro, total o parcial, del saldo a su favor», el Banco Hispano-American iba aún más lejos, estableciendo que la libreta «constituye el título nominativo e intransferible de su propiedad». Vemos cómo, en este último caso, el banco, sin darse cuenta, califica de relación de dominio la del contrato de depósito, lo cual, dicho sea de paso, está mucho más próximo a la realidad jurídica de la institución, dado el mantenimiento continuo de la disponibilidad a favor del depositante, que la propia consideración como un simple derecho de crédito sobre la suma de dinero depositada. Véase en este sentido Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, ob. cit., pp. 368-379, notas a pie de página 31 y 36. A pesar de todo, Garrigues señala que la banca privada no concede sustantividad al contrato de depósito de dinero, sino que suele llamar *cuentas corrientes* a los depósitos a la vista, como se deriva del examen de los formularios de entrega de fondos y de las condiciones generales para el funcionamiento de la cuenta, de los extractos, de la comunicación de saldos, etc. Además, esta resistencia a hablar de «depósito de dinero» se comprueba incluso en los balances de los bancos que jamás mencionan esta rúbrica, sino que en la correspondiente columna del pasivo la incorporan bajo el rótulo de «Acreedores», con el subtítulo de «Cuentas corrientes a la vista», en las que se materializan contablemente depósitos irregulares de dinero. Por tanto, desde el punto de vista jurídico y contractual, los bancos, con el consentimiento de las autoridades financieras, procuran y tienden a ocultar la verdadera naturaleza jurídica de la actividad que desarrollan, especialmente cara a terceros y clientes.

Por último, debemos mencionar los artículos 7 y 8 de los Estatutos del Banco de España relativos a los depósitos. El artículo 7 establece en sus primeros dos párrafos que las «dependencias autorizadas para ello podrán recibir en depósito monedas de curso legal en la nación o billetes del mismo banco». Y el artículo 8 dice que «la responsabilidad del banco como depositario consistirá en devolver la misma cantidad en numerario nacional en equivalencia de los depósitos de efectivo». El artículo 10 relativo a las cuentas corrientes tiene más o menos el mismo contenido: «el banco podrá abrir y llevar cuentas corrientes de efectivo o de valores mobiliarios para las personas naturales o jurídicas y las corporaciones o entidades debidamente representadas cuya solicitud no ofrezca inconveniente en la opinión reservada del establecimiento. Las cuentas ordinarias de efectivo podrán recibir metálico y billetes de curso legal, talones y demás documentos a cargo de otras cuentas corrientes ... para cada clase de cuenta corriente el banco facilitará los cuadernos talonarios que el titular necesite; y mediante los talones, debidamente autorizados, pagará las cantidades y devolverá los títulos a cargo de los saldos respectivos. Contra las cuentas corrientes de efectivo, serán también admisibles los cheques al portador, a la orden, nominativos y cruzados.» Como se ve, en estos artículos de los Estatutos del Banco de España y en general en los del resto de los bancos, tan sólo se regula el funcionamiento de la cuenta del depósito irregular de dinero y de la cuenta corriente cara al depositante, pero siempre se mantiene la confusión y ambigüedad respecto a si tal dinero se encuentra continuamente custodiado a la vista por parte del banco o si se autoriza expresamente por parte del depositante al banquero depositario para que se apropie de él invirtiéndolo en sus negocios particulares. Hay que recurrir al artículo 180 del Código de Comercio para ver cuál era el verdadero sentido original de nuestra legislación mercantil al respecto. En efecto, el artículo 180 establece que «los Bancos conservarán en metálico en sus Cajas la cuarta parte, cuando menos, del importe de los depósitos y cuentas corrientes en metálico y de los billetes en circulación.» Con este coeficiente, que ha sido utilizado como un instrumento tradicional de política monetaria por parte de nuestro banco central, y cuyo reducido porcentaje está actualmente fijado en un 1 por ciento (véase la nota 37, cap. IV), se culmina el *ius privilegium* a favor de la banca, única institución a la que se autoriza expresamente en nuestro derecho positivo a violar las obligaciones de custodia del contrato de depósito irregular de dinero, permitiéndosele que se apropie en su beneficio del dinero de sus depositantes para sus inversiones y negocios particulares. Aunque la regulación del coeficiente de reserva es la única disposición que hace que *los banqueros no sean unos delincuentes desde el punto de vista del derecho positivo vigente en España*, ello no obvia en un ápice la ausencia de justificación jurídica del contrato de depósito bancario tal y como el mismo se practica ni, como es lógico, los negativos efectos económicos que tiene sobre el cuerpo social la violación de los principios tradicionales del derecho de propiedad en relación con el depósito irregular de dinero, y que estudiaremos con detalle en los capítulos IV y siguientes (distorsión de la estructura productiva, generación de etapas sucesivas y recurrentes de auge y recesión económica).

mica, fomento de una mala inversión generalizada, generación de desempleo masivo, y mantenimiento de un sistema financiero privilegiado que es incapaz de garantizar un desarrollo económico libre de convulsiones).

Crítica de la identificación entre el contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo o mutuo

Aun cuando la identificación doctrinal entre los depósitos irregulares y los contratos de préstamo o mutuo de dinero viene como anillo al dedo para justificar la actividad bancaria con reserva fraccionaria, la misma es tan burda que no ha sido aceptada por los mercantilistas de más prestigio. Así, Joaquín Garrigues, aunque parece que le gustaría defender, sin más, la doctrina de la identificación, se da cuenta, en última instancia, de que la misma no es justificable, y concluye que, a pesar de los posibles argumentos de derecho positivo (artículo 1.768 del Código Civil y 309 del Código de Comercio ya mencionados), que podrían justificar la identificación entre el contrato de préstamo o mutuo y el de depósito irregular, «persisten *algunas razones* que inducen a seguir considerando el contrato como depósito y no como préstamo (por ejemplo, la libre disponibilidad a favor del depositante, el ser éste quien toma la iniciativa del contrato, la modicidad del interés, etc.).»¹³ Curiosamente, Joaquín Garrigues no desarrolla con detalle las razones que tan sólo de pasada menciona y directamente procede a intentar construir la teoría basada en la reinterpretación del concepto de disponibilidad que estudiaremos en el epígrafe siguiente. Sin embargo, y por lo que ya sabemos desde el capítulo I de este libro, hubiera sido muy interesante conocer lo que Garrigues hubiera podido y debido decir en relación con los argumentos en contra de la identificación de ambos contratos, y que pasamos a comentar con más detalle a continuación.¹⁴

¹³ Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, ob. cit., p. 363 (las cursivas son mías).

¹⁴ Extraña la prisa del máximo exponente de nuestros tratadistas de derecho mercantil por pasar a tratar de justificar la actividad bancaria con un coeficiente de reserva fraccionaria manteniendo el concepto del contrato de depósito irregular mediante, como luego veremos, el artificio de redefinir el concepto de disponibilidad, sin detenerse previamente a estudiar con todo detalle los argumentos que imposibilitan la identificación entre el contrato de depósito irregular y el contrato de préstamo. Parece como si Garrigues, en última instancia, fuera consciente de que la redefinición que va a proponer supone implícitamente el mantener la identidad entre el depósito y el contrato de préstamo (al menos desde el punto de vista de aquel que lo recibe, es decir, del banquero), por lo que no le interesa argumentar con todo detalle en contra de la identificación entre el depósito y el préstamo, pues ello se volvería como un bumerán en contra de la doctrina que después va a proponer. Esta postura es, por otro lado, muy comprensible en un tratadista tan prestigioso que contaba entre sus principales clientes a los bancos y banqueros del país y que consideraría detenidamente el riesgo de poner en peligro su prestigio y buen nombre académico poniendo en duda la legitimidad de una institución tan poderosa, arraigada en la práctica y respaldada por las autoridades públicas como es la del negocio bancario basado en un coeficiente fraccionario de reserva. Además, durante los años en que Garrigues ejerció su actividad doctrinal, tan sólo pudo

La distinta causa o motivación de ambos contratos

El argumento más importante y definitivo a favor de distinguir entre el contrato de depósito irregular y el contrato de préstamo o mutuo radica en la esencial diferencia que existe en lo que respecta a la *causa* o *motivación* de ambos contratos. Se trata ésta de una razón fundamental de tipo jurídico (relacionada con la denominada *causa*¹⁵ de los contratos) que se encuentra, a su vez, íntimamente enraizada con el distinto *motivo subjetivo*¹⁶ por el cual las partes deciden efectuar uno u otro contrato. Existe, por tanto, una perfecta simbiosis entre la concepción subjetivista en la que se funda la moderna teoría económica¹⁷ y el punto de vista jurídico que atiende, sobre todo, a los diferentes fines subjetivos u objetivos de las partes para efectuar uno u otro tipo de contratos.

En el capítulo I estudiamos las esenciales e insalvables diferencias que existen entre el contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo o mutuo de dinero. Pues bien, todas estas diferencias se podrían reconducir, en última instancia, a la diferente causa o motivación de ambos contratos. Y es que, así como en el contrato de préstamo siempre se cambian bienes presentes, cuya disponibilidad pierde el prestamista, a cambio de bienes futuros que ha de entregar el prestatario junto con una diferencia en forma de interés, pre-

contar con el respaldo de la teoría económica que, perdida en el marasmo de las doctrinas keynesianas (véase la nota 20) justificaba cualquier sistema, por expeditivo que fuera, de expansión crediticia, pues se consideraba erróneamente que ello habría de redundar en beneficio del desarrollo de la «actividad económica». Durante estos años de desierto doctrinal desde el punto de vista de la teoría económica, la única defensa que les quedaba a los procesos de interacción social frente a la práctica bancaria hubiera sido el mantenimiento dogmático de los principios básicos del depósito irregular que, no obstante, recibieron un respaldo muy débil por el sector mayoritario de la doctrina y fueron pronto abandonados. A pesar de todas estas adversas circunstancias, de la lectura del tratado de Garrigues y de otros que se dedican al mismo tema sigue deduciendo la impresión inconfundible de que, en aras de justificar lo injustificable, se efectúan los razonamientos y malabarismos jurídicos más forzados para tratar de vestir con apariencia jurídica una actividad que no resulta sino de un burdo privilegio antijurídico otorgado por el gobierno.

¹⁵ Recuérdese, por ejemplo, el tratamiento jurídico sobre la causa de los contratos incluido en Jean Dabin, *La teoría de la causa*, ob. cit.

¹⁶ Para Antonio Gullón, «la equiparación entre depósito irregular y mutuo no deja de ser un artificio que pugna con la verdadera voluntad de las partes. El depositante de dinero, por ejemplo, no piensa conceder un préstamo al depositario. Quiere, lo mismo que en el depósito regular, la custodia de la cosa y tener en todo momento la disponibilidad de la misma. Precisamente con el depósito irregular consigue mejor estos fines que con el regular, porque en éste está sujeto a la pérdida por caso fortuito, que soportará él y no el depositario, mientras que en el irregular éste es un deudor de género, que como tal nunca perece» (las cursivas son mías). Citado por José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de derecho civil*, volumen II, José María Bosch Editor, 3.^a edición, Barcelona 1995, p. 270.

¹⁷ Esta concepción subjetivista es la base de la lógica de la acción sobre la que se construye, de acuerdo con la Escuela Austriaca de Economía fundada por Carl Menger, todo el edificio de la teoría económica. Véase en este sentido mi artículo «Génesis, esencia y evolución de la Escuela Austriaca de Economía», publicado en Jesús Huerta de Soto, *Estudios de economía política*, ob. cit., pp. 17-55.

cisamente en pago por la pérdida inexorable de disponibilidad de los bienes presentes cuando éstos se trasladan del prestamista al prestatario, en el caso del depósito irregular de dinero el objetivo o causa del contrato es radicalmente distinto. Aquí ya no se cambian bienes presentes por bienes futuros ni existe el más mínimo deseo de perder la inmediata disponibilidad de la cosa que se deposita por parte del depositante. Esto determina que el elemento esencial en el contrato de depósito irregular no sea, como en el contrato de préstamo, el traslado de la disponibilidad, sino, por el contrario, la custodia o guarda del *tantundem*, que constituye la causa jurídica o motivación básica esencial que lleva al depositante a contratar. Por eso no existe plazo, sino que los dineros se depositan «a la vista», es decir, con la posibilidad de retirarlos en cualquier momento. Si se indicara al depositante que su contrato es un préstamo al banco y que, por tanto, pierde la disponibilidad de la cosa, en forma alguna procedería a efectuar el contrato como si fuera un depósito, y muy posiblemente optaría por mantener el dinero en su poder. No existe, por tanto, la más mínima duda de que la causa o motivación jurídica de ambos contratos es radicalmente distinta, y que pretender mezclarlos es tan imposible como mezclar el aceite con el agua, dada la esencial diferencia que existe entre uno y otro.

Los teóricos que pretenden identificar el contrato de depósito irregular con el contrato de préstamo no se dan cuenta de que con su postura doctrinal están ignorando la verdadera causa o motivo que lleva a los contratantes a contratar. Y por mucho que realicen manifestaciones más o menos vacías sobre la identidad de ambos contratos, en última instancia inexorablemente siempre chocan contra un mismo muro jurídico: la esencial y radical diferencia en la *causa jurídica* que motiva uno y otro contrato. Por eso, a lo más que pueden llegar es a poner de manifiesto que una y otra parte de los intervenientes en el contrato de depósito bancario de dinero piensan que efectúan contratos «distintos». Es decir que *los depositantes entregan el dinero como si fuera un depósito; y los banqueros lo reciben como si fuera un contrato de préstamo*. Ahora bien, ¿qué tipo de contrato es éste en el que cada una de las caras de la misma moneda tiene una causa jurídica esencialmente distinta? O expresado de otra forma: ¿cómo es posible que a través del mismo contrato cada una de las partes a la vez y simultáneamente pretenda mantener la disponibilidad sobre la misma cantidad?¹⁸ Porque es evidente que los depositantes entregan su dinero con el

¹⁸ Francisco Belda, siguiendo a Luis de Molina y a Juan de Lugo, cree solucionar esta contradicción con la obvia y superficial afirmación de que «cada uno de los dos tiene perfecto derecho a considerar la operación según el aspecto que a él más le conviene», sin darse cuenta de que, existiendo una esencial diferencia y *contradicción* entre la causa que lleva a cada parte a contratar, el problema es bien distinto: no se trata de que cada uno considere el contrato como más le convenga, sino de que el cumplimiento del objetivo o causa de uno (la inversión de fondos por parte del banquero) imposibilita el cumplimiento efectivo del objetivo o causa del otro (la custodia, guarda y continua disponibilidad del dinero). Véase Francisco Belda, S.J., «Ética de la creación de créditos según la doctrina de Molina, Lesio y Lugo», *Pensamiento*, ob. cit., pp. 64 y 87. Véase igualmente a Florencio Oscáriz Marco, *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda*, ob. cit. nota 83, p.48.

deseo de mantener la plena disponibilidad sobre la cosa entregada (depósito de dinero «a la vista»),¹⁹ mientras que el banco acepta el depósito con la finalidad no de conservar en custodia el 100 por cien del *tantundem* en todo momento, sino de utilizar la mayor parte de lo que recibe en depósito en sus préstamos y negocios particulares. Este fenómeno de la «doble disponibilidad» no ha podido dejar de ser puesto de manifiesto por el propio Joaquín Garrigues, al cual, como es lógico, le produce una gran desazón y desconcierto jurídico.²⁰ En efecto, para Garrigues, la más acusada característica del depósito bancario de dinero en su versión actual (que no exige el 100 por cien de coeficiente de caja) consiste, precisamente, en el dato de que existe *simultáneamente* una doble disponibilidad: a favor del banco y a favor del cliente. Y añade que «es precisamente por causa de esta *doble disponibilidad* por la que es difícil la configuración jurídica del contrato, porque la disponibilidad a favor del depositante, que es característica del depósito, *armoniza mal* con la disponibilidad a favor del banco.»²¹ Yo más bien diría que no es que sea difícil la configuración jurídica del contrato, sino que la misma es *jurídicamente imposible*, dada la radical diferencia en cuanto a la causa o motivación que existe entre uno y otro tipo de negocio jurídico. Por eso, más que «*armonizar mal*» una disponibilidad con la otra, lo que pasa es que las mismas se excluyen mutuamente de una manera esencial.²² Este desconcierto de Joaquín Garrigues se hace aún más

¹⁹ El hecho de que a veces los depositantes perciban un interés, en nada perjudica a la causa esencial del depósito (guarda o custodia del dinero). Y es que «a nadie amarga un dulce», por lo que el depositante *ingenuo* al que se le ofrece un interés lo aceptará inmediatamente si su confianza en el banquero se mantiene. Pero si nos encontramos ante un verdadero depósito, el depositante efectuará el contrato incluso aunque no percibiese interés y tuviese, por contra, que abonar los gastos de custodia, sin que este hecho fundamental se desvirtúe por la percepción *contra naturam* de un interés por parte de los depositantes, y que tan sólo indica que los banqueros están haciendo un uso indebido del dinero que les ha sido depositado.

²⁰ Es curioso resaltar cómo la única fundamentación de teoría económica que recoge Garrigues en sus *Contratos bancarios* es precisamente el *Treatise on Money* de Keynes, al que cita expresamente al menos dos veces en el texto principal (pp. 357 y 358) y en dos notas a pie de página (pp. 352 y 357, notas números 1 y 11, respectivamente). Con esta fundamentación teórica no es de extrañar el desconcierto que se observa en todo el tratamiento que Garrigues da a la figura del depósito irregular, pues parece como si su fina intuición jurídica fuera por un lado (el adecuado y correcto) y lo que lee en el tratado de Keynes le llevara a otro lado radicalmente distinto.

²¹ Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, ob. cit., p. 367, (la cursiva es mía). Es sorprendente que Garrigues no se haya dado cuenta de que, en términos económicos, la doble disponibilidad significa que «it becomes possible to create a fictitious supply of a commodity, that is, to make people believe that a supply exists which does not exist». Véase William Stanley Jevons, *Money and the Mechanism of Exchange*, D. Appleton & Co., Nueva York 1875 y Kegan Paul, Londres 1905, p. 210. En mi opinión, que se haga creer al público que existe un stock de bien fungible que en realidad no existe es la prueba definitiva de la ilegitimidad de todo depósito irregular (es decir, de bienes fungibles) en el que se admite el mantenimiento de un coeficiente de reserva fraccionaria (es decir, inferior al 100 por cien).

²² Garrigues, con su habitual facilidad de expresión dialéctica, concluye que en este contrato «el banco dispone del dinero como si fuese suyo, y el cliente dispone del dinero a

patente cuando en una nota a pie de página²³ cita las sentencias del Tribunal de París que hemos estudiado en el capítulo I y que defienden la obligación estricta de custodia y el coeficiente de caja del 100 por cien para los bancos y que Garrigues califica de «afirmaciones sorprendentes». Lo que sí es sorprendente es que Garrigues no se dé cuenta de que *su propio análisis* lleva, ineludiblemente, a la conclusión de que ambos contratos son distintos y de que no cabe, por tanto, identificar en forma alguna el contrato de depósito irregular con el de préstamo. Leyendo el tratamiento que Garrigues hace de los contratos de depósito bancario de dinero, no puede uno dejar de llevarse la impresión de que el propio Garrigues tiene cierta «mala conciencia» por efectuar un análisis jurídico de manera tan forzada para tratar de justificar lo injustificable; a saber, la supuesta existencia de un contrato de depósito irregular de dinero que jurídicamente, y de acuerdo con los principios y la lógica del derecho, permita su libre disponibilidad por parte del banquero depositario, es decir, el ejercicio de la actividad bancaria con un coeficiente de reserva fraccionaria.

La tesis del acuerdo tácito o implícito

Tampoco parece que pueda aceptarse el argumento de que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.768 del Código Civil, existe una especie de «acuerdo tácito» o implícito en los contratos de depósito irregular en virtud del cual los depositantes autorizarían al banquero depositario a utilizar el dinero que le depositan. Primeramente, porque el artículo 1.768 habla de «servirse o usar de la cosa depositada», y ya sabemos que no es la facultad de uso lo que hace que el contrato de depósito de dinero sea un contrato de depósito irregular, sino que éste surge siempre que lo que se deposita es una cosa fungible, que por su propia naturaleza no puede ser individualizada, por lo que puede considerarse que se produce un cierto traslado de la propiedad y, por tanto, de la facultad de uso a favor del depositario. Sin embargo, ya vimos que este traslado de la propiedad y de la facultad de uso ha de entenderse en un sentido simplemente genérico. Si no puede seguirse la pista de las unidades individuales entregadas, sin duda alguna que puede considerarse que se transmite la propiedad y la facultad de uso de esas cosas específicas; pero ello es, como es lógico, perfectamente compatible con la exigencia de mantener en todo momento el 100 por cien de coeficiente de caja, es decir, la custodia o guarda del *tantundem* a disposición del depositante, y que constituye la obligación esencial del banquero depositario sobre la que se fundamenta la causa esencial del

pesar de no ser suyo». La solución de esta aparente paradoja es bien sencilla, porque aunque el cliente haya dejado de ser propietario del dinero, conserva el derecho a exigir la guarda o custodia del *tantundem* en todo momento al banquero, es decir, un coeficiente de caja del 100 por cien, de acuerdo con la ontológica y esencial naturaleza jurídica del contrato de depósito irregular de dinero ya explicada en el capítulo I. Véase Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, ob. cit., p. 368.

²³ Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, ob. cit., nota 31 al pie de las pp. 367-368.

contrato de depósito. Es decir, el traslado de la facultad de uso no es lo que determina la naturaleza típica y esencial del contrato de depósito irregular, sino la fungibilidad de lo que se deposita y el objetivo por el que se realiza el contrato. Puede haber traslado de la facultad de uso sin que nos encontremos ante un depósito irregular, y de hecho esto es lo que sucede, por ejemplo, en el contrato de mutuo o préstamo que tiene, como ya sabemos, una causa o motivación jurídica radicalmente distinta (no sólo el traslado de la propiedad y del uso, sino también el de la disponibilidad de la cosa, que simultáneamente pierde el prestamista). Por tanto, y siguiendo a Coppa-Zuccari, recurrir a una supuesta autorización (expresa o tácita) del depositante para convertir el contrato de depósito irregular en un préstamo o mutuo es simultáneamente superfluo e inexacto. Superfluo en la medida en que todo contrato de depósito irregular supone, por su propia naturaleza, el traslado de la propiedad y de la facultad de usar la cosa (compatible, como es lógico, con la obligación esencial a mantener en caja un coeficiente del 100 por cien del *tantundem*). E inexacto, pues aunque se traslade la facultad de usar la cosa, en un ápice esto modifica la causa originaria del contrato, que no es otra que la de la guarda o custodia del *tantundem* que se ha entregado.²⁴ De hecho, son tres las posibilidades lógicas que cabe concebir en cuanto a la supuesta autorización, expresa o tácita, para usar la cosa. Analicémoslas con detalle una a una.

En primer lugar, cabe considerar que la inmensa mayoría de los depositantes *no son conscientes* de que cuando efectúan el depósito de su dinero en un banco, simultáneamente están autorizando al banco para que use, en beneficio propio y en sus negocios particulares, el dinero que le depositan. Podemos afirmar con seguridad que la inmensa mayoría de los depositantes, cuando efectúan un depósito a la vista, lo realizan considerando, de buena fe, que de hecho están haciendo lo que de verdad efectúan: un contrato de depósito irregular cuyo objetivo esencial es trasladar la guarda o custodia de su dinero al banquero. Simultáneamente, en todos los casos el banquero recibe el dinero como si fuera un préstamo o un mutuo, es decir, considerando que la disponibilidad de la cosa se le traslada íntegramente y que, por tanto, puede usarla en sus negocios particulares. Es evidente que no coincide la causa o motivación del negocio que efectúa cada una de las partes que contratan: una contraata considerando que es un depósito y en base a eso entrega el dinero, y la otra lo recibe como si fuera un préstamo o mutuo y en base a eso luego lo invierte. Estamos, por tanto, ante un evidente caso de *error in negotio*, que es aquel que recae sobre la naturaleza del negocio y que produce su nulidad absoluta.²⁵ Quizá a muchos pueda parecerles esta conclusión extrema o desproporcionada,

²⁴ Pasquale Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, ob. cit., p. 132.

²⁵ Véase Francisco Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, ob. cit., pp. 107-108. El propio Hernández-Tejero pone el siguiente ejemplo que es perfectamente aplicable al caso que nos ocupa: «si una persona entrega a otra una cosa en calidad de depósito y el que la recibe cree que se trata de un mutuo o préstamo, no habrá ni depósito ni mutuo.»

pero parece difícil concluir algo distinto basándose en los razonamientos y principios jurídicos inherentes a los contratos que estamos analizando.²⁶

Supongamos ahora, en *segundo lugar*, que un determinado grupo de clientes de los bancos (o incluso admitamos, a efectos dialécticos, que todos ellos) realizan el contrato de depósito siendo conscientes y aceptando plenamente que una parte importante del dinero que depositan será utilizada por los bancos en forma de inversiones, préstamos, etc. Ahora bien, este conocimiento y supuesta autorización en forma alguna disminuye en un ápice el objetivo o causa esencial del contrato para este segundo grupo de clientes, que sigue siendo el de entregar su dinero en guarda o custodia, es decir, en realizar un contrato de depósito irregular de dinero. Pues bien, en este segundo caso, hemos de considerar desde el punto de vista técnico y jurídico *imposible* el contrato que piensan que han culminado estos depositantes. Y ello es así porque al aceptarse la disponibilidad a favor del banquero, los depositantes están perdiendo la disponibilidad a favor propio, que es precisamente la causa u objeto esencial del contrato. Además, en el capítulo V la teoría económica nos mostrará cómo es *imposible* que mediante la suscripción masiva de contratos y la «ley de los grandes números» se asegure que, utilizando un coeficiente de reserva fraccionaria, en la práctica todos los interesados en conseguir la devolución íntegra de sus depósitos puedan ver satisfechos sus deseos. No podemos ahora adelantar con detalle nuestra tesis, que se basa en el reconocimiento del hecho de que el sistema bancario actual genera créditos sin respaldo de ahorro efectivo que favorecen la mala inversión de los recursos y dan lugar a unos activos empresariales invertidos por error, que carecen de valor o tienen un valor reducido y no son, por tanto, capaces de equilibrar en los balances bancarios las correspondientes cuentas de depósito, por lo que tiende a producirse de forma recurrente la insolvencia de los bancos y, en concreto, la imposibilidad de éstos para hacer frente a sus compromisos (si es que no reciben el apoyo externo del banco central).

Además, admitiendo a efectos dialécticos que se pudiera aplicar la «ley de los grandes números» en la práctica bancaria, es evidente que el contrato de depósito con reserva fraccionaria pasaría a ser un contrato *aleatorio*,²⁷ en el cual el cumplimiento de la prestación por parte del banco sería, en todo caso, un acontecimiento incierto, que dependería de las circunstancias particulares que se dieran en cada caso concreto. La aleatoriedad del contrato tiene su origen, precisamente, en considerar que hay una determinada probabilidad de que una proporción de depositantes superior al coeficiente de caja mantenido va-

²⁶ Y todo esto sin que sea preciso argumentar que el permiso o autorización para utilizar la cosa no se presupone, sino que ha de demostrarse que existe en cada caso. Parece difícil que, en la mayoría de los contratos de depósitos a la vista que realizan los particulares, tal demostración pudiera llevarse a cabo.

²⁷ Sobre los contratos aleatorios, puede verse a Manuel Albaladejo, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. I, *La obligación y el contrato en general*, ob. cit., pp. 350-352. Es preciso resaltar que la naturaleza aleatoria de un contrato de depósito irregular de dinero con reserva fraccionaria y en el que se cumpla la «ley de los grandes números» (algo, por cierto, imposible) es tan sólo un argumento de carácter secundario y subsidiario frente al resto de los razonamientos que estamos dando en contra de tal contrato.

yan al banco, pretendan retirar su depósitos y, por tanto, se vean frustrados en tal intento, de manera que los primeros que lleguen sí puedan retirar sus depósitos y, a partir de un determinado número, los siguientes no. No parece que sea el objetivo de los depositantes, ni siquiera en esta segunda hipótesis, la de efectuar un contrato aleatorio sometido al albur que acabamos de describir. Por eso, es más lógico concluir que, en este segundo caso, o bien no existe contrato, puesto que su objeto es imposible (imposible es hacer que en todas las circunstancias el banquero depositario haga frente a sus compromisos si es que no mantiene un coeficiente de caja del 100 por cien), o bien la supuesta autorización dada por los depositantes carece de efectividad jurídica, pues la causa esencial sigue siendo la de guarda de la cosa, y ésta exige, ineludible y obligatoriamente, la custodia del 100 por cien del *tantundem*.²⁸

Y es que existe una natural incompatibilidad entre el contrato de depósito irregular legítimamente constituido y que tiene como causa la custodia o guarda de lo que se deposita, y la autorización para que los depositarios utilicen en beneficio propio el dinero que reciben. Éstos, los banqueros, reciben fondos que se obligan a devolver tan pronto como se los pidan los cuentacorrentistas, pero, una vez recibidos, practican inversiones, conceden préstamos y realizan negocios que los inmovilizan y en diversas circunstancias impiden, de hecho, su inmediata devolución. Poco importa, por tanto, la supuesta autorización, expresa o tácita, para que se lleve a cabo tal uso por parte de los banqueros, si es que sigue manteniéndose intacta la causa esencial del contrato, que es el depósito del dinero para su custodia. En este caso, la supuesta autorización sería irrelevante, por ser incompatible con el objeto del contrato y, por tanto, *tan nula y carente de eficacia desde el punto de vista jurídico, como todo contrato en el que una de las partes autorizara a la otra a que le engañase, o aceptara por escrito el autoengaño en perjuicio propio*. Y es que, como tan adecuadamente ha puesto de manifiesto nuestro gran civilista Felipe Clemente de Diego, un contrato de depósito irregular en el que se acepte que el depositario pueda tener un coeficiente de reserva fraccionaria y, por tanto, pueda utilizar en beneficio propio para sus negocios particulares parte de los fondos recibidos en depósito, no es sino un *abuso jurídico*, esencialmente contradictorio con los principios universales del derecho. Para Felipe Clemente de Diego, es indudable que este contrato «tiene el inconveniente de conducirnos al descubrimiento de un *monstruo* que, por serlo, carecerá de viabilidad en Derecho, como las criaturas que se engendran con desviaciones esenciales de la naturaleza humana (*monstrua prodigia*), a las que el Derecho romano no reconocía personalidad jurídica, cuyo sentido ate-

²⁸ Recordemos la condena de Saravia de la Calle a los depositantes que trataban con bancos sabiendo que iban a utilizar su dinero en negocios particulares. Véanse las pp. 73-74 del Capítulo II. Por otro lado, en aquellos casos en que el depositante obtiene su depósito como colateral de un préstamo recibido del banco, aquél es el primer interesado, tanto él como aquellos que reciban pagos de él, en no exigir al banco el mantenimiento del *tantundem* sino en desprenderse del depósito tan pronto como les sea posible, convirtiéndose *de facto* en cómplices de la actividad fraudulenta del banco, por lo que, óbviamente, en estos casos, el argumento del acuerdo tácito carece de virtualidad alguna.

nuado inspira al Código Civil español a declarar en el artículo 30: ‘para los efectos civiles, sólo se reputará *nacido* al feto que tuviere *figura humana*’ Y es que a todo ser corresponde una propia naturaleza, suya, y cuando ésta no se encuentra en él, sino que se extrae de otros seres con los que está en más o menos próxima relación de semejanza, no parece sino que aquella naturaleza propia suya huye y se desvanece de él y deja de investirle, reduciéndole a ser un híbrido, monstruoso, rayano en el *no ser*.»²⁹ Desde luego, parece imposible expresar de mejor manera y con menos palabras la esencial incompatibilidad y contradicción lógica insoluble que existe entre el contrato de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo. Por eso Clemente de Diego concluye criticando el «ánimo de convertir esa oposición radical (entre el contrato de depósito irregular y el de préstamo) en una unidad que compusiese un nuevo contrato, que no sería ni el uno ni el otro y sería, en cambio, los dos al mismo tiempo; cosa imposible, por incompatibilidad excluyente de sus términos». Y es que lo que no puede ser, no puede ser y, además, es ontológicamente imposible.

Como comentario final a esta segunda posibilidad, hemos de indicar que la contradicción es tan evidente que los banqueros, en los contratos, condiciones generales y formularios de las operaciones que realizan, nunca quieren explicitar exactamente cuál es la naturaleza del contrato, de la obligación de custodia o guarda que adquieren, y si han recibido o no autorización por parte del depositante para que inviertan en su propio provecho los fondos que reciben en depósito. Todo se expresa de una manera vaga y confusa, por lo que cabe alegar, sin caer por ello en temeridad, que falta el completo y perfecto consentimiento de los depositantes, porque el contrato, por su ambigüedad, complejidad y oscuridad, pone sin duda alguna una barrera de niebla ante el cliente, que de buena fe piensa que lo que está efectuando es un verdadero contrato de depósito. Y es que, si el valor y eficacia de la tradición o entrega de una cosa depende del acto o título con la cual la misma se realiza, es evidente la importancia de que quede bien puntualizado y determinado por su nombre en qué consiste el acto o contrato, bien regulado en sus condiciones, y bien conocidas por ambas partes las consecuencias que en derecho produzcan. No aclarar todos estos aspectos o puntualizarlos de manera incompleta supone una

²⁹ «Dictamen del señor de Diego (Felipe Clemente)», en *La cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, ob. cit., pp. 370-371. Es cierto que Felipe Clemente de Diego pronuncia estas palabras como contestación al argumento de los banqueros que querían defender la validez del contrato de depósito irregular de títulos valores con un coeficiente de reserva fraccionaria y en el que se permitiera, al igual que en el contrato de depósito irregular de dinero, la plena disponibilidad de lo depositado a favor del banquero depositario. Pero como ya hemos indicado en otro lugar, los argumentos a favor o en contra de una y otra institución son idénticos, puesto que en ambos casos nos encontramos ante un contrato de depósito irregular de bienes fungibles, cuya naturaleza jurídica, causa, objeto y circunstancias son las mismas. También Pasquale Coppa-Zuccari resalta la naturaleza contradictoria del contrato de depósito bancario de dinero que, tal y como ha sido «legalizado» por los gobiernos, no es ni un depósito ni un préstamo, «La natura giuridica del deposito bancario», *Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, vol. IX (nueva serie), Módena 1902, pp. 441-472.

evidente ambigüedad, mantenida por los banqueros, y cuyas posibles consecuencias jurídicas desfavorables deberían recaer sobre ellos, y no sobre la parte contractual que efectuó el contrato de buena fe pensando que su intención esencial o causa era la de la simple custodia o guarda del dinero depositado.

Por último, y en *tercer lugar*, cabe considerar que, si ése es el verdadero deseo de los depositantes, éstos modifiquen su intención originaria al hacer el depósito y cambien el contrato, que al principio era de depósito irregular de dinero, por un contrato de mutuo o préstamo en el que consientan la pérdida de la disponibilidad de la cosa y su transferencia al banquero durante un plazo determinado y a cambio de un interés. Se produciría, entonces, una verdadera *novación* del contrato, que de ser un depósito irregular pasaría a ser un préstamo, novación que estaría sometida a las disposiciones generales del derecho sobre este tipo de modificaciones contractuales. Se trata de una posibilidad jurídica plenamente legítima, pero que, en la práctica, es muy poco utilizada. Además, paradójicamente, cuando se producen novaciones en la práctica bancaria suelen ser en sentido contrario. Es decir, lo que originariamente era, sin duda alguna, un contrato de mutuo o préstamo, aunque se denominara depósito «a plazo», por implicar la verdadera transmisión de la disponibilidad de la cosa al banquero durante un plazo o tiempo determinado, en muchas ocasiones de la práctica bancaria, y a través de la correspondiente novación, se convierte en un contrato de depósito irregular. Esto es lo que sucede cuando por escrito, o verbalmente, los banqueros, y con el deseo de mantener o atraer una mayor captación de pasivos, ofrecen *sotto voce* o públicamente la posibilidad de que el titular de la cuenta «a plazo» pueda retirar su importe *en cualquier momento* con ninguna o con muy pequeña penalización financiera. Estimamos que, en la medida en que estos depósitos «a plazo» (que aparentemente son mutuos o préstamos) hayan sido contratados por sus titulares con el fin subjetivo y prioritario de dar en guarda el depósito, nos encontraríamos ante un claro caso de depósito irregular de dinero, con independencia de cuál sea su vestimenta formal. Y en la medida en que la causa o motivación esencial del contrato sea la de efectuar una colocación de bienes presentes a cambio de bienes futuros mediante la percepción de un interés, nos encontraríamos ante un verdadero contrato de «depósito» a plazo que, desde el punto de vista jurídico, es indiscutiblemente un mutuo o préstamo capaz de novarse o convertirse en un depósito irregular de dinero por un expreso acuerdo posterior de las partes.³⁰

³⁰ No compartimos la doctrina que considera que, desde el punto de vista jurídico, los «depósitos» a plazo no son contratos de préstamo o mutuo, pues tanto en su esencia económica como en la jurídica, reúnen todos los requisitos esenciales que vimos para el préstamo o mutuo en el capítulo I. Entre los tratadistas que intentan justificar que los «depósitos» a plazo no son préstamos o mutuos destaca José Luis García-Pita y Lastres en su trabajo sobre «Los depósitos bancarios de dinero y su documentación», ob. cit., y especialmente las pp. 991 y ss., cuyos argumentos sobre este tema concreto no nos parecen muy convincentes. Una ilustración casi perfecta de que la causa fundamental de los depósitos a la vista es la guardia o custodia, fue la reacción popular ante el bloqueo de los mismos (o «corralito») durante la crisis bancaria Argentina en 2001.

En suma, se mire por donde se mire, no cabe identificar el contrato de depósito irregular de dinero con el contrato de mutuo o préstamo. Ambos son esencialmente incompatibles y la existencia de la operación bancaria del depósito a la vista con reserva fraccionaria sólo cabe explicarse, a pesar de su carácter de «monstruo» o «aborto jurídico», en la medida en que ha sido primero consentida y después deliberadamente legalizada por el poder político.³¹ Sin embargo, el hecho de que en la práctica de las relaciones entre los seres humanos se utilice una figura jurídica según Clemente de Diego tan «monstruosa» no puede dejar de tener negativas consecuencias económicas y sociales. En los próximos capítulos explicaremos por qué la banca con reserva fraccionaria es responsable de las crisis y recesiones que con carácter recurrente afectan al sistema económico, siendo éste un argumento adicional en contra de la legitimidad del contrato de depósito bancario con reserva fraccionaria, incluso aunque mediara un perfecto acuerdo entre las partes. Esto explica, además, que sea imposible garantizar en todo momento la devolución de estos depósitos sin que se cree toda una superestructura organizativa de carácter público, denominada banco central, que una vez que ha monopolizado la emisión de papel moneda y establecido su curso forzoso, garantice la creación de toda la liquidez precisa para hacer frente a las necesidades puntuales de tesorería que puedan tener los bancos privados. En el capítulo VIII estudiaremos cómo todo ello ha generado la aparición de una política monetaria centralizada que, por las mismas razones que explican la imposibilidad teórica de coordinar la sociedad vía mandatos coactivos (socialismo e intervencionismo), está condenada, en última instancia, al fracaso. En efecto, los bancos centrales y la política monetaria de los gobiernos son los principales responsables de la inflación crónica que, con diferencias de grado, afecta a las economías occidentales, así como de las etapas sucesivas y recurrentes de auges artificiales y de recesiones económicas que tantos trastornos sociales ocasionan. Pero no adelantemos acontecimientos y prosigamos con nuestro análisis jurídico.

3

UNA SALIDA EN FALSO: LA REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE DISPONIBILIDAD

El convencimiento por parte del sector más cualificado de la doctrina de que es imposible cohonestar dos contratos tan incompatibles entre sí como el de depósito irregular de dinero y el contrato de préstamo, así como el hecho de que cuantitativamente la mayor parte de los contratos sobre los que se sustenta

³¹ Es decir, la banca con reserva fraccionaria va contra los principios tradicionales del derecho y sólo se mantiene como resultado de un acto coactivo de intervención recogido en un mandato o legislación privilegiada de naturaleza administrativa, de la que no pueden aprovecharse otros agentes económicos, y que expresamente declara que es legal que los banqueros mantengan un coeficiente de reserva fraccionaria (art. 180 del Código de Comercio).

el negocio bancario actual suelan ser depósitos a la vista y, por tanto, contratos de depósito irregular de dinero, han llevado a intentar elaborar construcciones jurídicas alternativas que hicieran posible compatibilizar la existencia del contrato de depósito irregular con el ejercicio por parte de la banca de su actividad «tradicional», es decir, con un coeficiente de reserva fraccionaria. La solución de esta contradicción ha pretendido encontrarse «redefiniendo» el concepto de disponibilidad. En efecto, para un sector de la doctrina, la disponibilidad no tiene por qué entenderse en su sentido estricto (coeficiente de caja del 100 por cien o constante guarda y custodia del *tantundem* a disposición del depositante), sino que podría entenderse en un sentido «laxo», como la solvencia «genérica» del banco para hacer frente a sus compromisos, el uso «prudente» en inversiones que evite especulaciones desafortunadas y sus correspondientes pérdidas, el mantenimiento de unos coeficientes de liquidez y de inversiones adecuados y, en suma, el cumplimiento de toda una meticulosa legislación administrativa de tipo bancario que, junto con el supuesto funcionamiento de la «ley de los grandes números» en cuanto a la apertura y retirada de depósitos a la vista, pudiera garantizar, en última instancia, un perfecto cumplimiento de los compromisos adquiridos en cuanto a la devolución, en cualquier momento, del dinero de los depositantes.

Así, para Garrigues, en el depósito bancario, la obligación de disponibilidad «se transforma en una obligación de diligencia consistente en el empleo prudente y cuidadoso de las cantidades recibidas, para estar siempre en disposición de restituirlas al cliente». ³² Añade Garrigues, siguiendo a Lalumia, que el depositario no estaría «obligado a tener en su poder el *tantundem* de la suma depositada, sino exclusivamente a emplearla de manera prudente y líquida para estar siempre en situación de restituirla cuando le sea reclamada». ³³ De manera que el banco cumpliría guardando en sus cajas dinero suficiente para satisfacer las «probables» demandas de sus clientes, de donde Garrigues deduce que «el elemento de la custodia viene a ser sustituido en el depósito bancario por el elemento técnico del cálculo de probabilidades respecto de las retiradas de los depósitos. Este cálculo de probabilidades descansa a su vez en el carácter de operaciones en masa que tienen los depósitos bancarios.» ³⁴

³² Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, ob. cit., p. 375.

³³ *Ibidem*, p. 365.

³⁴ Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, ob. cit., p. 367. La misma tesis es defendida por José Luis García-Pita y Lastres en su trabajo sobre «Los depósitos bancarios de dinero y su documentación», ob. cit., donde concluye que «así las cosas, en lugar de contemplar la ‘disponibilidad’ como simple derecho a reclamar la inmediata restitución, habremos de considerarla como conjunto de comportamientos y actividades económico-financieras tendentes a hacer posible que se pueda efectuar la restitución» (p. 990); y también en su trabajo «Depósitos bancarios y protección del depositante», en *Contratos bancarios*, ob. cit., pp. 119-266. En el mismo sentido se manifiesta Eduardo María Valpuesta Gastaminza, para el que «el banco no está obligado a guardar el bien depositado, sino que el nivel de custodia se convierte más bien en una obligación de administración prudente de sus recursos, propios y ajenos, y de disponibilidad de éstos que por otra parte se asegura mediante normas administrativas coactivas (nivel de riesgos asumibles, coeficiente de caja, etc.).»

Es más que significativo que el propio Garrigues reconozca que toda esta doctrina «se ve obligada a sustituir el concepto tradicional de custodia por un concepto *ad hoc*, cuya solidez es harto dudosa». ³⁵ Y es que tiene razón Garrigues cuando considera «forzada» esta reinterpretación del concepto de disponibilidad que ha hecho la doctrina (aunque él, en última instancia, termine aceptándola). En efecto, es insostenible defender que en el contrato de depósito irregular no hay más obligación de custodia que la consistente en hacer un uso «prudente» de los recursos, de manera que siempre se mantenga la solvencia necesaria para pagar. El uso prudente de los recursos es un principio que ha de mantenerse en general en toda acción humana y, en particular, en todo contrato de *préstamo* (no de depósito) en el que se utilicen recursos que hay que devolver transcurrido un plazo determinado, si es que se quiere llegar a cumplir esta obligación (sentido del término *solvencia*). ³⁶ Pero en el contrato de depósito irregular, como ya sabemos, la causa es distinta a la del contrato de préstamo y se exige algo sensiblemente diferente: la custodia o guarda de la cosa en todo momento. De manera que si los depositantes van a retirar sus depósitos y el banco no tiene liquidez, con total independencia de que en última instancia sea solvente y, una vez deshechas sus inversiones, pueda llegar a pagar, es claro que se violenta la obligación esencial del contrato de depósito, pues se *fuerza* a unos contratantes (los depositantes) que hicieron el contrato pensando en el objetivo esencial de la guarda y custodia y en la disponibilidad inmediata, a convertirse en otra cosa radicalmente distinta, a saber, en *prestamistas forzados*, que pierden la inmediata disponibilidad de sus bienes, viéndose obligados en contra de su voluntad a esperar un plazo de tiempo prolongado hasta que se liquide más o menos ordenadamente el banco y puedan llegar a cobrar.

Si los conceptos de solvencia y uso prudente de los recursos no son suficientes para dar cumplimiento a la obligación esencial de la disponibilidad en el contrato de depósito irregular, cabría al menos pensar que el problema podría resolverse mediante el cálculo de probabilidades y la «ley de los grandes números» a que Garrigues hace referencia. Sin embargo, ya hemos argumentado más arriba que, aunque existiera una regularidad estadística que hiciera

Véase «Depósitos bancarios de dinero: libretas de ahorro» en *Contratos bancarios*, Enrique de la Torre Saavedra, Rafael García Villaverde y Rafael Bonardell Lenzano (eds.), Editorial Civitas, Madrid 1992, pp. 122-123. En Italia la misma doctrina ha sido mantenida por Angela Principe en su obra *La responsabilità della banca nei contratti di custodia*, Editorial Giuffrè, Milán 1983. Finalmente, merece destacarse el ponderado y actualizado tratamiento de Pedro Luis Serrera Contreras, *El contrato de depósito mercantil*, Marcial Pons, Madrid 2001, especialmente pp. 120-147.

³⁵ Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios*, ob. cit., p. 365.

³⁶ Y ello sin que sea necesario argumentar que el criterio estándar de «prudencia» no es aplicable al caso que nos ocupa: un banco poco «prudente» puede tener éxito en sus especulaciones y conservar su solvencia. Y viceversa, un banquero muy «prudente» puede verse muy afectado por la crisis de confianza sistemática que inexorablemente siempre aparece tras el *boom artificial* que, precisamente, genera el sistema de actividad bancaria ejercida con una reserva fraccionaria. De poco vale, por tanto, la prudencia si se viola la única condición que puede garantizar el cumplimiento de los compromisos del banco en todo momento (coeficiente de caja del 100 por cien).

posible el cálculo de probabilidades en este campo (lo cual no es ciertamente el caso, como mostraremos en los próximos capítulos), en todo caso, el contrato dejaría de ser de depósito para convertirse en un contrato aleatorio en el que la posibilidad de obtener la restitución inmediata de lo depositado dependería de la mayor o menor probabilidad de que un número suficiente de depositantes fueran a la vez a retirar sus depósitos en un banco concreto.

En el capítulo V argumentaremos que no cabe aplicar el cálculo *objetivo* de probabilidades a los actos humanos en general, y en particular a los relacionados con el depósito irregular. Esto es así porque la propia institución, jurídicamente contradictoria, del depósito irregular sin obligación de custodia, es decir, con reserva fraccionaria a favor del banco, por sí misma genera unos procesos económicos que hacen que los préstamos e inversiones que realizan los bancos con los depósitos que se apropián o crean, tiendan a ser erróneos de manera generalizada, porque en última instancia se financian con una expansión del crédito sin previo aumento del ahorro real. Esto ineludiblemente da lugar a la aparición de crisis económicas y a la disminución de la solvencia de los bancos y de la confianza de los depositantes en los mismos, con la consiguiente retirada masiva de depósitos. Todo teórico del seguro conoce que no son técnicamente asegurables, por razones de «riesgo moral» (*moral hazard*), las consecuencias de un evento que no sean totalmente independientes de la existencia del propio seguro. Pues bien, en los próximos capítulos mostraremos que el propio sistema bancario con reserva fraccionaria (es decir, basado en un depósito irregular de dinero en el que no se mantenga en caja el 100 por cien del *tantundem* a favor de los depositantes) genera *endógenamente* y de manera inevitable y recurrente recesiones económicas que, regularmente, dan lugar a la necesidad de liquidar proyectos de inversión, devolver préstamos, y retirar depósitos de manera masiva. Por tanto, el sistema basado en el depósito irregular con reserva fraccionaria, esa institución que Clemente de Diego calificaba de «aborto» o «monstruo jurídico», hace ineludible, y ésta es una de las principales aportaciones del análisis económico a este campo del derecho, que los banqueros terminen siendo insolventes y no puedan hacer frente al compromiso de devolver los depósitos que les sean demandados, ni siquiera aunque conserven un coeficiente de caja lo suficientemente elevado. Ésta, y no otra, es la razón por la que los bancos privados que no cumplían la obligación de custodia del 100 por cien, terminaron en su inmensa mayoría quebrando hasta que exigieron y lograron la creación de un banco central³⁷ como prestamista

³⁷ Rothbard describe el papel protagonista que los banqueros privados, y en especial J.P. Morgan, tuvieron en la creación de la Reserva Federal Americana y que explica de la siguiente forma: «J.P. Morgan's fondness for a central bank was heightened by the memory of the fact that the bank of which his father Junius was junior partner —the London firm of George Peabody and Company— was saved from bankruptcy in the Panic of 1857 by an emergency credit from the Bank of England. The elder Morgan took over the firm upon Peabody's retirement, and its name changed to J. S. Morgan and Company.» Murray N. Rothbard, *The Case Against the Fed*, ob. cit., pp. 90-106, y en especial la nota 22 de la p. 93.

de última instancia dispuesto a concederles toda la liquidez necesaria en los sucesivos momentos de apuro que la inestabilidad del propio sistema de reserva fraccionaria regularmente genera.

Por eso, la redefinición del concepto de disponibilidad es un salto en el vacío. Por un lado, deja inalterado el hecho de que los banqueros siguen recibiendo los depósitos como si fueran préstamos, y por tanto disponiendo de los mismos para sus inversiones y negocios particulares, mientras que los depositantes siguen efectuando los depósitos con la intención esencial de transferir la guarda o custodia manteniendo la plena disponibilidad de su dinero. Es decir, la contradicción de lógica jurídica sigue inalterada aunque se pretenda redefinir de manera forzada el concepto de disponibilidad. En segundo lugar, desde el punto de vista estricto del derecho privado y de acuerdo con las enseñanzas de la teoría económica, la directriz genérica de uso «prudente» de los recursos y de aplicación del «cálculo de probabilidades», no sólo no es suficiente para garantizar en todas las circunstancias que con un coeficiente de reserva fraccionaria se puedan efectuar todas las restituciones que se soliciten al banco, sino que, además, genera inevitablemente un proceso por el que ha de producirse forzosamente la pérdida de confianza en las instituciones bancarias y la retirada masiva y extraordinaria de depósitos al menos cada cierto número de años. *Confirmación definitiva de todo lo anterior es que la institución bancaria no ha podido sobrevivir con un coeficiente de reserva fraccionaria (es decir, incumpliendo la obligación estricta de custodia) sin la existencia de un banco público central que, estableciendo normas de curso forzoso y la obligatoriedad de la aceptación del papel moneda, pudiese crear de la nada la liquidez necesaria en los momentos de apuro.* Y es que sólo las instituciones jurídicamente legítimas pueden mantenerse en el mercado sin necesidad de privilegios ni de apoyos administrativos por parte del Estado, sino única y exclusivamente gracias a la voluntaria utilización de sus servicios por los ciudadanos efectuada dentro del marco de las normas abstractas del derecho civil.

Queda por comentar la redefinición de la disponibilidad entendida como el cumplimiento por parte de los bancos privados de todo el entramado de legislación administrativa de naturaleza bancaria a cambio de gozar del apoyo del banco central como prestamista de última instancia. Sin embargo, esta exigencia también es artificial, y traslada la problemática de la imposibilidad de definir jurídicamente un contrato de depósito bancario con reserva fraccionaria, de la órbita jurídica privada (donde es imposible cohesionar ambas cosas), a la órbita pública, es decir, al campo del derecho administrativo y del puro mandato voluntarista *a través del cual el poder político puede convertir en legal cualquier institución, por monstruosa que jurídicamente parezca.* Curioso y paradójico es que todo el sistema financiero se haga depender de la propia supervisión del Estado (que históricamente ha sido el primer beneficiario de los lucros obtenidos por el incumplimiento de la obligación de custodia en los contratos de depósito de dinero) pues como ha puesto de manifiesto F.A. Hayek, «la historia del tratamiento del dinero por parte del gobierno ha sido un incesante ejemplo de fraude y decepción. A este respecto, los gobiernos se han

mostrado mucho más inmorales que cualquier institución privada que haya podido ofrecer dinero competitivo.»³⁸ Quiere decir con ello Hayek que, aunque parezca que el entramado bancario actual pueda mantenerse a pesar de su inconsistencia jurídica, gracias al respaldo del Estado y de una institución bancaria oficial que genera la liquidez necesaria para hacérsela llegar a los bancos con dificultades (a cambio del cumplimiento de una maraña de legislación administrativa, constituida por innumerables órdenes y circulares *ad hoc* y muy poco transparentes), no es posible evitar, en última instancia, las ineludibles consecuencias negativas que para la cooperación social tiene el hecho de que se violen los principios tradicionales del derecho de propiedad. Así, por ejemplo, se podrá «garantizar», al menos nominalmente, por la vía indicada, la devolución de los depósitos (aunque se mantenga un coeficiente de reserva fraccionaria si es que el banco central da el apoyo correspondiente). *Pero lo que no se podrá garantizar es que el poder adquisitivo de las unidades monetarias no sufra grandes variaciones* respecto del que originariamente se depositó. De hecho, lo que ha venido sucediendo desde que se han formado los sistemas monetarios modernos es que cada año y con pequeñas diferencias de grado, se ha verificado una importante inflación crónica, que ha disminuido en gran medida el poder adquisitivo de la unidad monetaria que era devuelta a los depositantes. Y todo esto sin que sea preciso mencionar aquí los efectos de descoordinación social intra e intertemporal que el actual sistema financiero, basado en el coeficiente de reserva fraccionaria para la banca privada y en la dirección de la política monetaria por parte de un banco central, tiene sobre las economías modernas. Éstos consisten en la repetición de etapas sucesivas de *boom* artificial y recesión económica con altas cotas de paro, que tanto daño hacen al desarrollo armonioso y estable de nuestras sociedades.

Vemos, por tanto, cómo en los ámbitos bancario y monetario vuelve a ponérse de manifiesto esa idea seminal de Hayek de acuerdo con la cual, siempre que se viola una regla tradicional de conducta, bien sea a través de la coacción institucional directa del gobierno, o mediante la concesión por éste de privilegios especiales a ciertas personas o entidades, o de una combinación de ambos hechos (como ocurre en el caso del depósito irregular de dinero con reserva fraccionaria), siempre, antes o después, habrán de aparecer inexorables consecuencias dañinas y no deseadas con grave perjuicio del espontáneo proceso social de cooperación. La norma tradicional de conducta que se viola en el caso del negocio bancario es, como hemos visto con detalle en estos tres primeros capítulos, el principio general del derecho según el cual, en el contrato de depósito irregular de dinero, la *custodia*, que es la causa o elemento esencial en todo depósito, ha de materializarse en la exigencia de que, en todo momento, se mantenga una reserva del 100 por cien del dinero fungible recibido en depósito, de forma que todo acto de disposición de ese dinero, y en

³⁸ F.A. Hayek, *La fatal arrogancia: los errores del socialismo*, Unión Editorial, Madrid 1990, p. 169 (2.^a edición en el vol. I de las *Obras Completas de F.A. Hayek*, Unión Editorial, Madrid 1997).

concreto la concesión de créditos con cargo al mismo, supone una violación de ese principio y, en suma, un acto ilegítimo de apropiación indebida. A lo largo de la historia, los banqueros pronto empezaron a estar tentados de violar la mencionada norma tradicional de conducta, como hemos visto con diversos ejemplos en el capítulo II, usando en su propio beneficio el dinero de sus depositantes. Esto sucedió, en unos primeros momentos, de una manera vergonzante y secreta, pues todavía se tenía por parte de los banqueros la conciencia de un mal proceder; y sólo posteriormente los banqueros consiguieron que la violación del principio tradicional del derecho se efectúe de una manera abierta y legal, cuando obtienen del gobierno el *privilegio* de utilizar en su propio beneficio el dinero de sus depositantes (generalmente en la forma de créditos, muchas veces concedidos en un primer momento al propio gobierno). La instrumentación jurídica del *privilegio* es burda y se suele efectuar mediante una simple disposición administrativa que autoriza, tan sólo a los banqueros, a mantener un reducido coeficiente de caja.

De esta manera se inicia la relación de complicidad y la coalición de intereses que ya es tradicional que exista entre gobiernos y bancos, y que explica las relaciones de íntima «comprensión» y «cooperación» que existen entre ambos tipos de instituciones y que hasta hoy en día se han apreciado con pequeñas diferencias de matiz en todos los países occidentales y en casi todas las instancias. Y es que los banqueros y el gobierno pronto se dieron cuenta de que el incumplimiento en el depósito de los principios tradicionales del derecho daba lugar a una actividad financiera altamente lucrativa para ellos, pero que exigía la existencia de un prestamista de última instancia, o banco central, que proporcionase la necesaria liquidez en los momentos de apuro, que la experiencia demostraba que siempre, tarde o temprano, se repetían. Las negativas consecuencias sociales de este *privilegio* concedido a los banqueros (pero no a ningún otro individuo o entidad) no fueron, sin embargo, plenamente comprendidas hasta que las teorías monetaria y del capital avanzaron suficientemente dentro de la ciencia económica, y fueron capaces de explicar la aparición recurrente de los ciclos económicos. En particular, como veremos en los próximos capítulos, los teóricos de la Escuela Austriaca de Economía han puesto de manifiesto que empeñarse en perseguir el objetivo teóricamente contradictorio (desde el punto de vista jurídico-contractual y técnico-económico) de ofrecer un contrato constituido por elementos esencialmente incompatibles entre sí, que trate simultáneamente de combinar las ventajas de los contratos de préstamo o mutuo (y en especial la que consiste en la posibilidad de obtener interés de los «depósitos» realizados) con las del contrato tradicional de depósito irregular de dinero (que por definición ha de permitir su retirada al valor nominal en cualquier momento), tarde o temprano, pero siempre de manera ineludible, ha de producir unos inevitables ajustes espontáneos, en forma, en un primer momento, de expansiones de la oferta monetaria (materializadas en la creación de créditos que no corresponden a un incremento efectivo del ahorro voluntario), surgimiento de la inflación, mala asignación generalizada de los escasos recursos productivos de la sociedad a nivel microeconómico y,

en última instancia, crisis financiera, recesión económica, liquidación de los errores inducidos por la expansión crediticia sobre la estructura productiva, y paro masivo. Dedicaremos los próximos capítulos a estudiar con detalle todas estas cuestiones desde el punto de vista de la teoría económica. Sin embargo, y antes de pasar a las mismas, es necesario que culminemos nuestro estudio jurídico analizando otras instituciones jurídicas relacionadas con los depósitos bancarios.

Para concluir este epígrafe, recapitulamos en el siguiente cuadro siete distintas posibilidades de calificación jurídica del contrato de depósito bancario desde el punto de vista de la lógica inmanente a la institución (y no, como es natural, desde el punto de vista del derecho positivo que, como sabemos, puede dar vigencia legal a cualquier cosa).

CUADRO III-1

SIETE POSIBILIDADES DE CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO DE DEPÓSITO BANCARIO CON RESERVA FRACCIONARIA

1. Hay *engaño o fraude*: delito de apropiación indebida y el contrato es nulo (origen históricamente viciado del depósito bancario con reserva fraccionaria).
2. No hay engaño, pero hay *error in negotio*: contrato nulo.
3. No hay *error in negotio*, pero cada parte mantiene su causa típica en el contrato: contrato nulo por tener causas esencialmente incompatibles.
4. Aunque se acepte la compatibilidad de causas incompatibles, el contrato es nulo por ser imposible su cumplimiento (si no existe un banco central).
5. Argumento subsidiario: aunque se cumpliera la «ley de los grandes números» (que no se cumple), sería un *contrato aleatorio* (no sería ni contrato de depósito ni de préstamo).
6. El contrato se practica en base a un mandato administrativo (*privilegio*) y al apoyo de un *banco central* que ha nacionalizado el dinero y fabrica liquidez.
7. El contrato, en todo caso, es nulo por producir graves *perjuicios a terceros* (crisis económicas agravadas por el banco central), muy superiores a los daños que causa el falsificador de moneda.

El análisis que hemos desarrollado en estos tres capítulos sobre la naturaleza jurídica del contrato de depósito irregular tiene, entre otras, la virtualidad de constituir una guía segura capaz de ayudar a identificar, en la rica y dinámica variedad que se da en el tráfico jurídico del mundo real, cuándo nos encontramos ante verdaderos contratos de préstamo, de depósito irregular en los que

se cumple la obligación de custodia, o ante contratos de naturaleza contradictoria, e incluso fraudulenta. Esta guía es importante, pues el ingenio humano no conoce límites a la hora de intentar bordear los principios tradicionales del derecho en beneficio propio y en fraude y perjuicio de los demás. Y este peligro es especialmente grave cuando los principios jurídicos no son adecuadamente definidos ni defendidos por la autoridad pública, sobre todo en un campo que, como el financiero, es muy abstracto y difícil de entender para la mayor parte de los ciudadanos.

Las operaciones con pacto de recompra

Siempre que se observe que, como en el depósito de dinero, se pretenda ofrecer su disponibilidad inmediata con la finalidad de facilitar su captación,³⁹ para utilizarlo en inversiones, negocios, etc., habremos de ponernos en guardia, con independencia de cuál sea la forma jurídica mediante la cual se instrumente la operación. Así, por ejemplo, podemos mencionar a ciertos *contratos con pacto de recompra*, en los cuales una de las partes se compromete a recomprar a la otra, en cualquier momento que por esta segunda le sea solicitado, el título, derecho o activo financiero de que se trate, a un precio *prefijado* al menos igual al que originariamente se entregó por el título. En estos casos, se pretende, en fraude de ley, ocultar un verdadero contrato de depósito irregular de dinero, en el que una de las partes contratantes tiene como objetivo esencial el garantizarse la disponibilidad inmediata de la cosa, y el objetivo o causa de la otra, el ya conocido y contradictorio de allegar unos recursos monetarios para invertirlos en distintos negocios. Nos encontramos, en suma, ante operaciones muchas veces incluso fraudulentas, en las cuales el «captador» profesional de recursos pretende animar a sus «clientes» a que entreguen sus disponibilidades financieras, de forma fácil y poco comprometida, a cambio de la promesa esencial de no perder la disponibilidad de su dinero y de restituírselo cuando deseen (utilizando el citado «pacto de recompra»).

También nos acercamos a esta figura cuando, como sucede a menudo en la práctica de manera más o menos explícita, una institución (por ejemplo, un banco) de forma sistemática se dedica a mantener o «cuidar» el valor de sus acciones en Bolsa, realizando una serie de operaciones financieras que envían el mensaje al mercado de que existe compra «garantizada» para los títulos a unos niveles de precios determinados. Si esto es así, y en la misma medida en que el público en general subjetivamente lo crea, de nuevo nos encontraremos ante una operación en la que, en última instancia, un contrato de depósito irregular de dinero se instrumenta a través de la inversión en títulos, valores o

³⁹ El que se «garantice» en muchas operaciones «irregulares» la continua disponibilidad tiene como fin convencer al cliente de que no precisa renunciar a la misma ni efectuar el sacrificio que exige el ahorro, lo cual facilita enormemente la captación de fondos, especialmente entre ingenuos a los que se tienta, como en todo engaño o timo, con la posibilidad de obtener altas rentabilidades sin sacrificio ni riesgo alguno.

acciones cuya liquidez en el mercado está implícitamente «garantizada» en todo momento por una institución que inspira confianza.⁴⁰ No es de extrañar, por tanto, que muchas crisis bancarias hayan tenido su origen, más que en una retirada masiva de depósitos, en la venta masiva de acciones del banco en cuestión, que se suponía que constituyan un refugio del dinero con una disponibilidad inmediata casi garantizada. Cuando comienza a dudarse de la solvencia del banco, los títulos representativos de su propiedad son los primeros en ser vendidos de manera masiva, lo cual hace imposible que el banco siga cumpliendo su compromiso implícito de mantener el valor de los títulos en Bolsa. Estas ventas masivas tienen su origen en que, al menos hasta ahora, el apoyo indiscriminado de los bancos centrales proporcionando liquidez a los bancos privados en épocas de apuro no se ha extendido hasta el punto de permitir mantener *continuamente* la cotización de los valores en Bolsa, y en las últimas crisis bancarias de nuestro país y de otros, se ha puesto de manifiesto cómo, en última instancia, los únicos «depositantes» que han salido perdiendo han sido los propios accionistas.

Existen otros muchos casos «fronterizos» que podrían aquí mencionarse. Así, por ejemplo, el de las sociedades financieras o de cartera, que para animar a la suscripción de sus títulos, se «comprometen» a la recompra de los mismos al precio original cuando sus titulares así lo deseen, y en general todas las operaciones con pacto de recompra en las cuales el precio de la recompra esté prefijado, y no sea el precio que se consiga en el momento en que se intente vender en el correspondiente mercado secundario.⁴¹ Correspondrá, por tanto, al juicio analítico

⁴⁰ Llevando el razonamiento hasta sus últimas consecuencias, podría considerarse que todo el mercado bursátil instrumentaría verdaderos depósitos si el Estado garantizase en todo momento la generación de la liquidez necesaria para mantener los índices de precios bursátiles, objetivo y política que, al menos puntualmente, en muchas circunstancias de crisis bursátiles los gobiernos y bancos centrales se han empeñado, por razones de imagen política, en mantener. Más evidente aún ha sido la garantía implícita de recompra de los títulos de deuda pública a sus tenedores durante las etapas de políticas de compras en mercado abierto («quantitative easing») emprendidas por los principales bancos centrales tras la gran recesión de 2008 y la pandemia de 2020.

⁴¹ Otro caso de verdaderos depósitos simulados es el de las cesiones temporales con pacto de recompra a la vista, que se instrumentan como un préstamo del cliente a la entidad bancaria con la garantía de unos valores, normalmente deuda pública, para el caso de incumplimiento del prestatario, que produce un tipo de interés pactado hasta una fecha determinada y que es reembolsable a simple petición del «prestamista» con anterioridad a dicha fecha. En caso de que se ejerza dicha opción de cancelación anticipada, la cantidad entregada por el cliente se capitaliza al tipo de interés pactado hasta la fecha en que se haya ejercido dicha opción, a fin de calcular el montante resultante de la liquidación. La operación para el cliente es idéntica a un préstamo de garantía de valores combinado con la adquisición de una opción americana. Una opción es un contrato que da el derecho, que no la obligación, de comprar o vender en una fecha o hasta una fecha una determinada cantidad de un activo. Si el derecho es de compra, la opción se denomina *Call* y si es de venta *Put*; si el derecho es hasta una fecha la opción se adjetiva de «americana» y si es en una fecha de «europea». El adquiriente del derecho compensa a su contraparte del derecho cedido mediante una prima en el momento de celebrarse el contrato. El cliente del contrato que hemos mencionado ejercerá su opción sólo si los tipos de interés a los que se remuneran los depósitos de plazo igual al de vencimiento remanente del

co del jurista y al del economista estudiar la operación económico-financiera de que se trate, y a la luz de los principios jurídicos estudiados en estos tres primeros capítulos y de las implicaciones económicas que veremos en los siguientes, decidir exactamente ante qué tipo de operación real nos encontramos y cuáles son, por tanto, su verdadera naturaleza y consecuencias.⁴² Este análisis, además, alcanzaría una relevancia protagonista si algún día, en el futuro, llegara a privatizarse completamente el actual sistema financiero basado en el monopolio de un banco público central y se estableciera un sistema de banca libre sometido a los principios generales del derecho. En este caso, la actual maraña de normas administrativas sobre la banca quedaría sustituida por unas simples y sencillas disposiciones incluidas en los Códigos Civil, Mercantil y Penal, que tendrían como objetivo primordial garantizar el mantenimiento del principio estricto de custodia (coeficiente de caja del 100 por cien) en relación no sólo con los contratos de depósito irregular de dinero a la vista, sino también respecto de cualesquiera otras operaciones económico-financieras en las que sus partícipes tuvieran como motivación esencial la de la custodia y guarda de sus depósitos. En estas por ahora utópicas circunstancias, gran interés tendría el análisis que aquí estamos proponiendo para que jueces y juristas pudieran orientarse dentro de la complejísima y rica variedad de contratos y operaciones que continuamente surgen en la realidad económico-financiera, haciendo posible identificar en qué casos dichas operaciones deberían estar o no tipificadas como nulas y criminales por las disposiciones generales de orden civil o penal.⁴³

En todo caso, y como tendremos la oportunidad de ampliar más adelante, debemos huir de una actitud interesadamente derrotista a menudo escuchada en el sector financiero. Esta consiste en pensar que el ingenio humano va a ser

suyo superan a los tipos que pactó en su momento. No ejercerá la opción si los tipos bajan aun cuando necesite liquidez, puesto que normalmente podrá endeudarse entregando como garantía la deuda por un tipo menor, durante el plazo remanente. Algunas entidades ofrecen incluso estos contratos junto con el servicio de caja típico de las cuentas corrientes. Así, el cliente puede librar cheques o domiciliar recibos contra sus saldos. Además, el banco utiliza el contrato como un modo de especular con títulos, puesto que se los financia el público y los resultados de la especulación quedan a su favor. Agradezco a mi amigo el Prof. Rubén Manso los detalles que me ha proporcionado sobre esta operación.

⁴² Se plantea también la interesante cuestión de cómo determinar en la práctica a partir de qué momento los préstamos de plazo muy corto se convierten en depósitos. Aunque la regla general es clara (ha de prevalecer la intención subjetiva de las partes, y vencido todo préstamo se convierte en un depósito que exige un coeficiente de caja del 100 por cien mientras no sea retirado), a efectos prácticos en muchas ocasiones será necesario delimitar una frontera temporal (¿un mes? ¿una semana? ¿un día?) por debajo de la cual los préstamos concedidos a la banca hayan de ser reputados como verdaderos depósitos. En cuanto a los denominados *medios secundarios de intercambio*, que no son dinero pero pueden liquidarse muy fácilmente por lo que se compran con una prima adicional en el mercado, debe consultarse a Ludwig von Mises, *Human Action*, ob. cit., pp. 464-467.

⁴³ En el modelo que proponemos, y que estudiaremos con más detalle en el último capítulo de este libro, desaparecería el control del banco central y sus funcionarios en el campo financiero, siendo sustituido por el del juez, que recuperaría así su máximo prestigio y protagonismo a la hora de aplicar los principios generales del derecho incluso también en el área financiera.

capaz de encontrar fórmulas cada vez más sofisticadas y originales para obviar fraudulentamente los principios universales del derecho, por lo que será imposible que en la práctica los mismos se observen y defiendan. Y debemos huir de esta postura derrotista, pues la proliferación de formas ingeniosas de violar tales principios tiene su origen, precisamente, en que los mismos han sido hasta ahora definidos y defendidos de manera harto confusa, ambigua y contradictoria por parte de los poderes públicos, de manera que no existe una conciencia generalizada en cuanto a la importancia de su cumplimiento. Todo lo contrario, las concepciones y valores ciudadanos se han ido corrompiendo, hasta el punto de considerarse que los contratos de depósito irregular con reserva fraccionaria son legítimos. Si los principios jurídicos generales volvieran a ser entendidos y respetados, el número de conductas irregulares se vería muy disminuido (especialmente si los poderes públicos se cuidaran, además, de controlar y defender de manera efectiva los correspondientes derechos de propiedad). Por otro lado, el hecho constatado de que el ingenio humano continuamente busque nuevas formas de delinquir y defraudar a los demás no disminuye en un ápice la transcendental importancia que tiene el disponer de unos principios claros que sirvan de guía a los ciudadanos y orienten a las autoridades en su irrenunciable actividad de definición y defensa del derecho de propiedad.

El caso particular de los contratos de seguros de vida

El contrato de seguro de vida es el típico ejemplo de una institución jurídica de rancio abolengo, muy bien elaborada en cuanto a su esencia y contenido jurídico, y perfectamente fundamentada en una práctica actuaria, económica y financiera que, sin embargo, ha pretendido ser utilizada, en tiempos recientes, para instrumentar operaciones muy próximas al depósito irregular de dinero con coeficiente de reserva fraccionaria, todo ello en grave perjuicio de la evolución y tradicional solvencia de la institución del seguro de vida, y en fraude de los supuestos «asegurados-depositantes» afectados.

En efecto, ante todo, hay primero que entender que el contrato de seguro de vida nada tiene que ver con el contrato de depósito irregular de dinero. El seguro de vida es un *contrato aleatorio*, por el cual una de las partes, el contratante o tomador del seguro, se compromete a pagar la *prima* o precio de la operación, a cambio de lo cual la otra parte o compañía aseguradora se compromete a pagar unas determinadas prestaciones en caso de fallecimiento o supervivencia del asegurado dentro de un *plazo* predeterminado en el contrato. Hay, por tanto, una *pérdida plena de la disponibilidad de las primas que paga el asegurado*,⁴⁴

⁴⁴ Esto hace que la venta de seguros de vida, por conllevar una disciplina de ahorro durante muchos años, sea mucho más difícil que la de otros productos financieros que se venden con la garantía de mantener a favor del cliente la disponibilidad de su dinero en todo momento (depósitos). Por esta razón los seguros de vida se venden mediante una

disponibilidad que se traslada íntegramente al asegurador, por lo que en todo seguro de vida se produce un intercambio entre bienes presentes y ciertos a cambio de bienes futuros e inciertos (dado que la percepción de los mismos depende de un hecho aleatorio, como puede ser el fallecimiento o la supervivencia del asegurado). El contrato de seguro de vida es, por tanto, equiparable a una operación de ahorro (en la cual se renuncia a la propiedad y a la disponibilidad de bienes presentes a cambio de la propiedad y disponibilidad de bienes futuros), pero de *ahorro perfeccionado*, pues permite cobrar un importante capital desde el primer momento en que entra en vigor el contrato, si es que se produce el evento aleatorio previsto (por ejemplo, el fallecimiento del asegurado). Y es que ese capital que se percibe en caso de fallecimiento sólo podría haberse acumulado mediante cualquier procedimiento alternativo de ahorro tradicional (operaciones tradicionales de mutuo o préstamo) después de un periodo muy prolongado de muchos años. Es decir, gracias a los contratos de seguros de vida, el cálculo de probabilidades relacionado con las tablas de mortalidad y supervivencia, y el principio del mutualismo o reparto de las pérdidas o siniestros entre todos los asegurados en que se basa la institución, *es posible disponer desde el primer momento, en caso de que ocurra el hecho causante, de un importante capital que sólo después de muchos años habría podido acumularse mediante otros procedimientos.*

El seguro de vida, además, es un contrato a largo plazo, que incorpora componentes complejos de tipo financiero y actuarial y que exige una inversión prudente de importantes recursos cuya disponibilidad se traslada a las entidades profesionales (compañías y mutuas de seguros de vida) que deben constituir e invertir las provisiones matemáticamente calculadas como necesarias para poder hacer frente al pago futuro de los compromisos adquiridos. Estas provisiones se denominan «matemáticas», porque en función del cálculo de probabilidad respecto a los fallecimientos y supervivientes previstos en las tablas de mortalidad (que han sido elaboradas con un elevado grado de fiabilidad y constancia para la mayor parte de las poblaciones occidentales), es posible calcular, con una probabilidad de ruina tan pequeña como se desee, el importe de las provisiones que es preciso cubrir para poder hacer frente a todas las prestaciones garantizadas. Luego veremos las radicales diferencias que desde el punto de vista económico-financiero existen entre el seguro de vida y el contrato de depósito irregular con reserva fraccionaria que, al contrario de lo que sucede con el seguro de vida, no permite la aplicación del cálculo de probabilidades por no existir una completa independencia entre la existencia de la institución (banca con reserva fraccionaria) y la repetición de fenómenos recurrentes de retirada masiva de depósitos.

costosa estructura de redes comerciales de agentes, mientras que el público acude por sí solo y *motu proprio* a colocar sus depósitos en los bancos. Las compañías de seguros de vida fomentan e impulsan el ahorro voluntario a largo plazo, mientras que los bancos crean de la nada créditos y depósitos sin necesidad de que nadie se haya visto obligado a sacrificarse previamente ahorrándolos.

Una complejidad adicional surge porque, en relación con algunas modalidades de seguros de vida, existe el derecho al *rescate* de la operación. Éste consiste en que los asegurados pueden rescindir el contrato obteniendo en metálico el valor matemático de liquidación de su seguro. Algunos tratadistas han defendido la tesis de que, en las modalidades en las que existe el derecho al rescate, nos encontramos en una situación muy semejante a la del contrato de depósito irregular de dinero con reserva fraccionaria.⁴⁵ En contra de esta opinión, debe argumentarse que el que se dé o no una operación encubierta de depósito irregular dependerá, en última instancia, de cuál sea la verdadera motivación, intención o causa subjetiva del contrato realizado. Si, como es lo habitual en relación con los contratos *tradicionales* de seguros de vida, el contratante realiza la operación con visos de llegar al final del plazo de la misma, y no es consciente de que tenga un dinero depositado a la vista del cual pueda hacer uso en cualquier momento mediante la correspondiente cláusula de rescate, entonces es claro que no estaremos ante un depósito irregular, sino ante un simple contrato de seguro de vida tradicional. Y es que este tipo de contratos se venden con la idea de que el rescate es una solución «extrema» de la que sólo debe hacerse uso en circunstancias de máxima necesidad de la familia que no permitan, en forma alguna, continuar con el pago de una operación que tan necesaria es para la tranquilidad de todos los miembros de la unidad familiar.⁴⁶

Sin embargo hemos de reconocer que, sobre todo en los tiempos más recientes, se ha observado una presión continua por parte de los bancos y otras instituciones financieras para desdibujar, borrar y confundir las fronteras y diferencias esenciales que tradicionalmente venían separando el contrato de seguro de vida de los contratos bancarios de depósito.⁴⁷

⁴⁵ Murray N. Rothbard, «Austrian Definitions of the Supply of Money», en *New Directions in Austrian Economics*, Louis M. Spadaro (ed.), Sheed, Andrews & McMeel, Kansas City 1978, pp. 143-156, y en especial las pp. 150-151 (reeditado en *The Logic of Action One*, Edward Elgar, Cheltenham, Inglaterra 1997). La posición de Rothbard está, no obstante, plenamente justificada en relación con todas las nuevas operaciones de «seguros de vida» que se han concebido para simular un contrato de depósito.

⁴⁶ Además, el ejercicio del rescate tradicionalmente conlleva una importante penalización financiera para el asegurado, que resulta de la necesidad de amortizar los elevados gastos iniciales de adquisición en que incurre la compañía durante el primer año de la contratación del seguro. La tendencia a minorar estas penalizaciones es un claro indicio de que la operación abandona la órbita del seguro de vida tradicional y se traslada a la del depósito bancario simulado.

⁴⁷ Como veremos al final del capítulo VII, John Maynard Keynes jugó un papel personal protagonista en esta corrupción de los principios tradicionales de la institución del seguro de vida durante los años (1921-1938) en que trabajó como presidente de la *National Mutual Life Assurance Society*, importante entidad inglesa de seguros de vida. Durante su presidencia, no sólo promovió una política «activa» de inversiones muy orientada, en contra de la práctica tradicional, hacia la renta variable, sino que además defendió criterios no ortodoxos de valoración de los activos (a precios de mercado) e incluso la distribución de beneficios a los asegurados en forma de bonos con cargo a supuestas «ganancias» bursátiles no realizadas. Todas estas típicas agresiones de Keynes en contra de los principios tradicionales del sector pusieron en graves dificultades a su compañía cuando se produjo el *crash* bursátil de 1929 y llegó la Gran Depresión, de manera que sus compañeros

Así, han comenzado a aparecer en el mercado verdaderas operaciones de depósito de dinero vestidas en forma de seguros de vida. En estas operaciones el principal argumento de venta expuesto a los clientes es que no precisan comprometerse en una operación de ahorro y previsión a largo plazo pagadera de manera fraccionaria, pues los fondos entregados a la compañía aseguradora podrán retirarse en cualquier momento sin penalidad ni gasto alguno (e incluso con su correspondiente interés). Este tipo de operaciones se han vestido de seguros de vida con la finalidad, entre otras, de obtener las tradicionales ventajas fiscales que los poderes públicos han venido concediendo en casi todos los países desarrollados a la institución aseguradora por el muy beneficioso efecto que la misma tiene como impulsora de la previsión y el ahorro *voluntarios* de amplias capas de la población y, por ende, sobre el crecimiento y desarrollo económico sostenido y no inflacionario del país. Se han gestionado, así, de forma masiva operaciones de «seguros de vida» que no eran tales, sino que eran simplemente depósitos camuflados que el público, sin ningún esfuerzo, se animaba a realizar pensando que en cualquier momento podrían ser retirados sin penalidad si es que necesitaban su dinero o simplemente deseaban trasladarlo a otra institución financiera. La confusión que ello ha causado ha sido muy grande. Y de esta manera, por ejemplo, se han incluido en las estadísticas oficiales de primas de seguros de vida cifras correspondientes a operaciones ajena a la institución y que nada tenían que ver con ella (los depósitos bancarios), quedando muy desdibujadas y desprestigiadas, en la gran confusión vivida en el mercado, las operaciones tradicionales de seguros de vida.⁴⁸

Afortunadamente, parece que las aguas están volviendo a su cauce, y que tanto los aseguradores privados tradicionales como las autoridades públicas están comenzando a darse cuenta de que no hay nada peor para la institución del seguro de vida que el fomentar la desaparición de las fronteras que existen entre ésta y los depósitos bancarios. Y es que empieza a reconocerse que,

del consejo comenzaron a cuestionar su estrategia y decisiones, produciéndose desavenencias entre ellos, que terminaron con la dimisión de Keynes en 1938, según él porque no creía que «it lies in my power to cure the faults of the management and I am reluctant to continue to take responsibility for them». Véase John Maynard Keynes, *Collected Writings*, volumen XII, Macmillan, Londres 1983, pp. 47 y 114-254. E igualmente Nicholas Davenport, «Keynes in the City», en *Essays on John Maynard Keynes*, Milo Keynes (ed.), Cambridge University Press, Cambridge 1975, pp. 224-225.

⁴⁸ En suma, se ha producido un *espejismo*, en el cual los aparentes crecimientos desorbitados en las ventas de seguros de vida no eran tales, puesto que en realidad correspondían a operaciones radicalmente distintas y ajena a la institución, como la del depósito bancario con reserva fraccionaria; dichas cifras pierden, por tanto, completamente su espectacularidad si, en vez de compararse con las cifras del seguro de vida tradicional (mucho más modestas por suponer un sacrificio y un compromiso a largo plazo de ahorro y previsión para la familia), se comparan con el importe global de los depósitos bancarios de cada país (en cuyo caso quedan reducidas a una fracción no muy significativa). La consideración dentro de las estadísticas sectoriales única y exclusivamente de lo que son contratos de seguros de vida de verdad hace que las cosas vuelvan a su verdadero cauce y proporción, y vaya desapareciendo un espejismo del que todos (y la Administración en primer lugar) ilusamente pretendían vivir.

de la confusión entre una y otra instituciones, todos han salido perdiendo: la institución tradicional del seguro de vida, que ha perdido gran parte de las ventajas de fomento fiscal de que disfrutaba y se ha visto crecientemente intervenida y controlada por el banco central y las autoridades monetarias de cada país; los clientes, que han contratado seguros de vida pensando que eran como depósitos bancarios y viceversa; los bancos que, en muchas ocasiones, han captado recursos procedentes de verdaderos depósitos (vestidos de seguros de vida) que luego han pretendido invertir a largo plazo, en perjuicio de su solvencia; y por último, las autoridades públicas de control, que han visto cómo la institución del seguro de vida se les escapaba de las manos, quedando muy desdibujada y en gran medida englobada por otra (la bancaria) que le era ajena, y cuya fundamentación jurídica y económica, como estamos viendo, deja mucho que desear.