



FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA JURÍDICA DEL CONTRATO DE DEPÓSITO
FINANCIERO EN EL ECUADOR

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la
República

Profesor Guía

Dr. Ramón Santiago Rodríguez Borja

Autor

Jorge Fernando Padilla Chiriboga

Año

2011

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Ramón Santiago Rodríguez Borja

Magíster en Derecho, mención Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros

170700641-5

DECLARACIÓN DE AUTORIA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

Jorge Fernando Padilla Chiriboga

172179255-2

AGRADECIMIENTO

A mis padres por su apoyo y buen ejemplo, a mis maestros por haber compartido sus conocimientos y experiencia.

DEDICATORIA

A mis padres.

RESUMEN

Las instituciones financieras son entidades de intermediación en el crédito cuyo principal objetivo es la captación y colocación de dinero mediante las denominadas operaciones pasivas y activas, cuya realización es posible en virtud de la utilización de los contratos bancarios que por mandato de la Ley son exclusivos de las instituciones antes mencionadas; tanto las instituciones financieras como sus actividades se encuentran principalmente reguladas en nuestro país por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, la Ley de Cheques y las resoluciones de la Junta Bancaria y de la Superintendencia de Bancos y Seguros sin dejar de lado los parámetros generales de contratación proporcionados por el derecho civil y comercial.

Los contratos bancarios o también denominados financieros son la vestimenta de las operaciones realizadas por las instituciones financieras y encuentran su fundamento en las leyes antes mencionadas así como en la costumbre y usos financieros debido a que estos últimos contienen directrices adecuadas para una actividad que por su rápida evolución no ha podido ser completamente regulada por la Ley; dentro de los contratos bancarios encontramos aquellos denominados “de pasivo” cuya substancial manifestación es el contrato de depósito irregular que en la actualidad permite la apertura de cuentas de ahorro y corrientes. La cuenta de ahorro fue creada para el sector denominado de pequeños ahorristas y su finalidad es la creación de provisiones o capital para el futuro cuyo manejo y control es posible gracias a la libreta de ahorro en la que se registran abonos y retiros, por otro lado la cuenta corriente tiene como objetivo principal el brindar un servicio de caja y se maneja mediante el uso del cheque, esto sin perjuicio de que el depósito financiero y sus diversas manifestaciones constituyen valiosas herramientas para el adecuado y eficaz manejo y custodia del dinero dentro de una sociedad que en función de sus relaciones comerciales así lo requiere.

ABSTRACT

The financial institutions are organizations of intermediation in credit whose principal objectives are the retrieval and collocation of money by the demonstrated passive and active operations which realization is possible in virtue of the banking contracts that by law are exclusive of the institutions before mentioned, financial institutions as much as their activities are principally regulated in our country by General Law of Institutions of the Financial System, Checks Law and resolutions of the banking board and the Banks and Insurances Superintendence, without leaving the general parameters of hiring and giving by the civil and commercial laws.

The banking contracts or also known as financial are the clothing of the operations realized by the financial institutions and find their sustaining in the earlier mentioned laws so as in the custom and financial uses because these laws contain adequate directions for an activity that by its quick evolution has not been able to be completely regulated by law; among the banking contracts we find those denominated as "passive" with substantial manifestation is the irregular deposit contract that actually allows the opening of savings and current bank accounts. The savings account was created by the sector denominated as small savers and its purpose is the creation of supplies or capital for the future, management and control of this account is possible thanks to the savings book that permits register deposits and withdrawals; on the other side we can talk about the current account that has as primary objective to provide cashiers service and it is managed by the use of checks. All of this without the prejudice that the financial deposit and its manifestations constitute valuable tools for the adequate and effective management and custody of money inside a society that requires it in function of commercial relations.

ÍNDICE

	Página
Introducción	1
1. Instituciones financieras en Ecuador	3
1.1. Desarrollo histórico	4
1.2. Las instituciones financieras	8
1.3. Servicios	10
2. Contratos Bancarios	16
2.1. Concepto	21
2.2. Naturaleza jurídica de los contratos bancarios	25
2.3. Clasificación	28
3. Contrato de depósito	32
3.1. Depósito civil	32
3.2. Depósito mercantil	36
3.3. Depósito financiero	40
4. Operaciones de depósito irregular	58
4.1. Clasificación	58
4.1.1. La cuenta y el depósito de ahorro	58
4.1.2. La cuenta corriente	69
5. Conclusiones y recomendaciones	85
5.1. Conclusiones	85
5.2. Recomendaciones	87
Bibliografía	88

INTRODUCCIÓN

Al iniciar la presente investigación consideramos importante dejar sentado que el estudio del derecho bancario constituye en la actualidad una necesidad casi imperiosa puesto que, a pesar de los remotos inicios de la actividad bancaria, no se le ha dado la importancia y análisis que merece por constituir una herramienta indispensable en lo que al manejo y custodia del dinero se refiere principalmente, sin dejar de lado que en nuestros días los servicios y operaciones realizadas por las instituciones financieras a favor de sus clientes, contribuyen a la agilización y efectividad de las relaciones comerciales.

En este trabajo nos enfocaremos a la institución del depósito financiero, es decir abordaremos las operaciones pasivas realizadas por las instituciones financieras, considerando que las mismas son fundamentales tanto para el cliente como para las instituciones en función de que el cliente o depositante se beneficia de la custodia y libre disposición de su dinero y por su parte para las instituciones financieras los depósitos constituyen la principal fuente de captación de recursos gracias a la cual pueden llevar a cabo otras operaciones propias de su actividad; la razón principal que ha motivado esta investigación es que a pesar del uso cotidiano del depósito financiero en nuestro entorno, la mayoría de sus usuarios sólo conoce o resalta el beneficio de la custodia y manejo ágil de sus fondos, dejando de lado factores y características importantes que permitirían dar un mejor uso a dicho depósito y a las modalidades que de él emanan; entonces para contribuir al mejor manejo y comprensión de la institución a tratar en el presente tema analizaremos algunos aspectos tales como:

- **Las instituciones financieras y los servicios que proporcionan**
- **Contratos bancarios**
- **Contrato de depósito**

Los temas mencionados representan una visión general de nuestro estudio, pues dentro de los mismos ahondaremos en cuestiones jurídicas que serán de utilidad para poder emitir una correcta explicación y criterio sobre el tema

planteado, y para conseguir este objetivo no sólo nos referiremos al derecho bancario sino también al derecho civil y mercantil dado que los mismos en determinados temas constituyen la base de nuestra investigación bien sea como referencia o punto de comparación, y por tanto serán de gran utilidad para establecer las características esenciales y únicas del depósito financiero y sus respectivas modalidades; por otro lado el estudio de puntos específicos de las tres ramas del derecho antes mencionadas, contribuirán para poder alcanzar objetivos tales como la conceptualización clara y precisa del depósito financiero, establecer derechos y obligaciones de los contratantes, estudiar con solvencia las figuras que derivan del contrato a ser analizado, entre otros.

Para concluir es necesario expresar que la presente investigación fue realizada debido a que el contrato de depósito financiero y el derecho bancario en sí merecen ser objeto de estudio por contribuir servicios que en la actualidad son imprescindibles en cuanto al manejo y seguridad del dinero, sin desmerecer el gran aporte de dichos servicios a las ágiles relaciones comerciales de nuestros días.

1. LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS EN EL ECUADOR

Al iniciar el presente capítulo consideramos pertinente explicar que la actividad financiera se remonta a la antigüedad y nace como consecuencia del comercio y la circulación de dinero en la sociedad; es así, que podemos mencionar como pilar de las instituciones financieras a los templos de la antigua Mesopotamia en cuyo seno se constituían depositarios y prestamistas para ofrecer sus servicios; de igual manera se encontraron vestigios de los denominados “*numularii*”(cambistas de monedas) y los “*argentarii*” que ofrecían el denominado *foenus*, depósito y custodia en la época del Imperio Romano. Sin embargo, a pesar de ser considerados el pilar de los sistemas financieros actuales, la diversidad de servicios que ofrecían en la antigüedad los considerados “banqueros” llevó a que no sea tarea fácil el establecer un concepto adecuado o una correcta delimitación de esta materia, pero para esto hemos resuelto citar un concepto de materia bancaria, que según Bierse es “El complejo de las personas, de las cosas, de los negocios, por medio de las que se efectúan operaciones de la Banca, es la llamada materia bancaria”¹; es importante comprender esta definición para así tener claridad en que las operaciones desarrolladas por las instituciones financieras son producto de un complejo proceso realizado dentro de un sistema muy bien organizado, el cual surge dada la necesidad de las personas pero que obligatoriamente ha tenido que ser regulado por la Ley para evitar abusos.

Es importante también para la comprensión de este capítulo y por ende los temas a ser desarrollados *a posteriori*, mencionar que las instituciones financieras en general, son entidades de captación y colocación de dinero, pero en lo que respecta a la presente tesis debemos concentrarnos en la captación de dinero, es decir las operaciones denominadas “pasivas” que realizan las instituciones financieras y que se ven materializadas en los depósitos, ya sea en cuenta de ahorro o cuenta corriente, temas que serán objeto de un estudio profundo en un próximo capítulo.

¹ Bierse citado por Borrero Vintimilla Antonio (1982), “Derecho Bancario Ecuatoriano”, Indugraf CIA. Ltda., Cuenca-Ecuador, pág. 15. Como nota aclaratoria debemos precisar que el autor no señala en el texto el libro del que tomó la cita.

Al ser el depósito la materialización de las operaciones pasivas, consideramos pertinente establecer que consiste en aquellas cantidades de dinero o en su defecto títulos depositados en las instituciones financieras con la finalidad de obtener su custodia, y se puede manifestar en depósitos a la vista o a plazo. Este concepto se ha establecido con el propósito de comprender, en lo posterior, sin problema las operaciones y servicios financieros que surgen a partir del depósito, sin perjuicio del concepto expuesto anteriormente, consideramos prudente aclarar que el depósito que se da en una institución financiera es aquel denominado *irregular*, debido a que la institución financiera puede hacer uso del dinero depositado (apropiación del bien) y paralelamente adquiere la obligación de restituir el mismo en el tiempo en que el cliente lo desee.

1.1. Desarrollo Histórico

En lo que respecta a la aparición de las instituciones financieras en el Ecuador, y en sí a las operaciones tanto activas como pasivas de aquellas, es imperativo remontarnos a la historia financiera de nuestro país, con el fin de comprender de mejor manera el cuando, como y por qué aparecieron las instituciones financieras, y sobre todo aclarar las mismas interrogantes acerca de las operaciones que las mismas realizan.

En principio debemos comprender que, a falta de un cuerpo de leyes que atienda específicamente lo relacionado con las operaciones realizadas por las instituciones financieras, estas se regían por el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley General de Bancos; fuentes que, hasta hoy constituyen el marco legal más importante en lo que a nuestro tema de estudio corresponde permitiendo a las instituciones financieras dar pasos agigantados en su desarrollo y paralelamente obtener la estabilidad necesaria que aseguraba su solvencia.

La aparición de la banca en el Ecuador ocurre a fines del siglo XIX como consecuencia de la dinámica actividad económica que se daba en nuestro país en aquel entonces, es así que surgen bancos tales como el Banco del Ecuador

el mismo que inició sus actividades en 1868 como banco emisor de moneda como función sobresaliente además de las que son propias del giro del negocio tales como depósitos (con y sin interés), préstamos, giros, etc.; Banco de Crédito Hipotecario cuya fundación se dio en el año de 1871 con el propósito de realizar préstamos que eran garantizados con la hipoteca de las haciendas de los cacaoteros de aquella época por encontrarse los mismos en pleno apogeo, cabe destacar de este tipo de préstamos que no eran exclusivos de esta entidad y que la mayoría de ellos fueron pagados satisfactoriamente dada la rentabilidad de las exportaciones de cacao; estas dos instituciones financieras estaban orientadas a financiar tanto importaciones como exportaciones en nuestro país, dado el auge del cacao que se dio en la época y que ya fue mencionado anteriormente y de lo cual se deduce que sus potenciales clientes fueron los grandes hacendados debido a que los mismos garantizaban los créditos recibidos con sus haciendas. Ya establecida una marcada necesidad de las instituciones financieras en nuestro país empieza a funcionar el Banco Central del Ecuador en el año de 1927, cabe destacar que la aparición de dicha institución se da gracias a un exhaustivo análisis técnico financiero elaborado por la Misión Kemmerer que arribó a nuestro país en el año de 1926 liderada por el profesor Erwin Kemmerer y por un grupo de expertos en materia fiscal, aduanera y tributaria con el objetivo de aportar soluciones efectivas en lo que respecta a la organización bancaria y a los problemas monetarios por los que atravesaba nuestra nación, esta misión arriba a nuestro país dada la vasta experiencia en dicha materia respaldada por el reconocimiento de varias naciones tales como India, Colombia, Filipinas, Chile, etc. En las cuales proporcionaron la asesoría necesaria para superar la crisis por la que ahora atravesaba nuestro país; es importante mencionar que gracias a dicha misión no solamente se creó el BCE sino que también se realizaron importantes reformas en nuestro sistema financiero, las mismas que adoptaron el nombre de Reformas Kemmerianas tales como la centralización de las reservas monetarias, el establecimiento del redescuento, la introducción del concepto de elasticidad, la estabilización y sobre todo la creación de políticas presupuestarias. Es así que con la creación del Banco Central y con la

adopción de las recomendaciones realizadas por la misión Kemmerer, surge también la necesidad de elaborar una política monetaria y crediticia estrechamente relacionada con las metas del Estado en cuanto al desarrollo y crecimiento económico realizable con los recursos disponibles en la época, puesto que la función esencial del Banco Central consistía en regular el mercado monetario, crediticio y cambiario de nuestro país.

También es pertinente comprender el rol que tuvo el Estado ecuatoriano dentro del sistema financiero independientemente de la creación del Banco Central, es así que podemos enumerar al Banco Hipotecario y de Fomento del Ecuador creados en 1938, la Comisión Nacional de Valores en el año de 1955, el Banco de Desarrollo del Estado cuya fundación se dio en el año de 1979, el Banco de la Vivienda, etc., los mismos que fueron creados con el objetivo de proporcionar oportunidades de desarrollo a la clase obrera, ya sea esta en el campo de la agricultura o la industria a través del otorgamiento de préstamos de fácil acceso que permitan acuñar más circulante de moneda y por ende la reactivación de la economía de esta clase que fue olvidada o en otras palabras menospreciada por la banca privada, y es así que con la creación de estas instituciones financieras se logró reducir las tasas de interés, la revalorización de las cédulas hipotecarias, la reapertura de las operaciones por parte de la banca privada, entre otras; hemos mencionado y reseñado brevemente el rol que estas instituciones de carácter financiero creadas por el Estado realizaron debido a que consideramos que las mismas no hicieron sino contribuir al desarrollo y estabilidad de la economía ecuatoriana como para el correcto desempeño del aparato financiero de nuestro país; dejando atrás el rol que cumplió el Estado en cuanto a la creación de instituciones financieras, conviene realizar una breve reseña en lo que respecta a su actividad de control dentro del sistema financiero nacional, el cual en los primeros años no se caracterizó si no por ser absolutamente deficiente y por qué no decirlo casi nulo o inexistente, esta característica del Estado tuvo que ser suprimida en el año de 1927 cuando se creó la Superintendencia de Bancos y el Banco Central del Ecuador debido a que para la época la banca privada se encontraba en apogeo y por tal motivo sus propietarios consideraron que podían extralimitar sus

funciones de lo cual podemos mencionar como claro ejemplo, la acelerada y desmedida emisión de moneda por parte de ciertas entidades financieras privadas que poseían tal capacidad con un control prácticamente nulo por parte del Estado y sobra decir que esta fue una de las causas que contribuyeron a la crisis monetaria y financiera de nuestro país, por lo tanto estos organismos surgen con el objetivo de controlar el funcionamiento de todas las instituciones de crédito a través de la aplicación de la Ley que dejó de ser letra muerta.

Ahora bien, las diversas instituciones financieras ecuatorianas surgen debido a la necesidad de los comerciantes, trabajadores y demás elementos componentes del sistema económico de ahorrar su dinero y de tenerlo seguro en algún lugar para poder disponer del mismo según sus requerimientos, pero como punto sobresaliente debemos destacar que la actividad de las instituciones financieras se debe a la urgente necesidad de que los recursos obtenidos por quienes conformaban el sistema económico sean en primer lugar captados para posteriormente ser canalizados de forma técnica en los distintos sectores productivos de nuestro país; es entonces que se constituye el depósito(cuentas de ahorro) y la colocación de fondos (préstamos, inversiones directas, etc.) para consolidar y desarrollar a través de los mismos la economía ecuatoriana.

Debido al tema principal de la presente investigación es necesario tratar a fondo el desarrollo de las operaciones pasivas en nuestro país y es así que debemos estudiar la evolución de los productos financieros ofrecidos, con el fin de captar los recursos (fondos) provenientes de los particulares. En principio se ofertaron básicamente cuentas de ahorro y corrientes, ya que estas resultan un mecanismo de bajo costo operativo para la institución financiera y que se encuentra dirigido a un grupo grande de la sociedad como lo son los pequeños y medianos ahorradores, por otro lado se creó la captación de recursos vía operaciones referenciadas al mercado interbancario las cuales están encaminadas a obtener fondos mediante préstamos generados entre instituciones financieras, finalmente surge la captación vía valores mobiliarios la cual consiste en la emisión de títulos para su venta al público; de las

operaciones mencionadas para el desarrollo de la presente investigación solamente nos competará el estudio de la captación vía depósitos y es por tal motivo que no se ha profundizado en las otras vías de captación.

1.2 Las instituciones financieras

Antes de definir a las instituciones financieras, es pertinente establecer que las mismas forman parte de un Sistema Financiero que se encuentra regido por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, su reglamento y, en menor grado, por la Ley de Compañías y la Ley de Mercado de Valores, además cabe recalcar que su control y supervisión es potestad exclusiva de la Superintendencia de Bancos y Seguros, este sistema está conformado por instituciones que pueden ser de carácter tanto público (creadas por el gobierno) como privado (constitución por parte de particulares) y las mismas deben estar autorizadas para realizar las operaciones de intermediación establecidas en la Ley; con respecto a las entidades de carácter privado es importante mencionar que se pueden organizar de tres formas que explicaremos a continuación:

- **Instituciones financieras propiamente dichas**

Son los bancos y las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo, las mismas que se pueden constituir en cabeza de un grupo financiero y cuyo principal objetivo es la realización de operaciones de intermediación financiera que se encuentran contempladas en el Art. 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

- **Instituciones de servicios financieros**

Este tipo de instituciones se caracterizan por poseer un objeto social único el mismo que consiste en proporcionar servicios complementarios a los que proporcionan las instituciones financieras propiamente dichas.

- **Instituciones de servicios auxiliares**

Son instituciones que básicamente realizan un sinnúmero de operaciones para así hacer efectivas las operaciones de intermediación financiera, si bien es cierto estas instituciones no son indispensables para la subsistencia del sistema financiero, tal como lo son las dos anteriores.

Es importante también establecer la función y objetivos principales de las instituciones financieras aunque sea a *grosso modo*, puesto que esto nos permitirá comprender mejor los servicios que las mismas prestan a los particulares, es así que la función más representativa de las instituciones financieras es la de satisfacer las necesidades de los particulares a través de la elaboración y oferta de productos financieros tales como cuentas de ahorro, cuentas corrientes, tarjetas de crédito, etc., y por otro lado como objetivos principales de las instituciones financieras encontramos dos sobresalientes que son la captación de recursos y la colocación de los mismos para de esta manera obtener un rédito por los servicios que prestan.

Ahora bien después de haber establecido varios aspectos generales proseguiremos con breves definiciones de instituciones financieras obtenidas de diversas legislaciones a nivel de Latinoamérica por considerar que existe cierta similitud con la nuestra:

Bolivia: En este país la Ley define a las instituciones financieras como “personas jurídicas domiciliadas en el país cuyo objeto social está referido al campo de la intermediación y de los servicios financieros”².

Colombia: La legislación de este país determina que las instituciones financieras son establecimientos de crédito que tienen como función principal la captación de recursos en moneda de curso legal, ya sea a través de depósitos a la vista o a plazo, para colocarlos a través de diversas operaciones activas propias de dichas entidades³.

² Art. 1. , Ley 1488 de 1993

³ Art. 2, núm. 6, Decreto Ley 1730 de 1991

El Salvador: En esta legislación se considera a las instituciones financieras como bancos y financieras que según lo determina la Ley actúan de forma habitual en el mercado financiero, obteniendo fondos mediante operaciones pasivas para posteriormente cubrir sus obligaciones a través de la colocación de dichos fondos mediante operaciones activas de crédito.⁴

Uruguay: La legislación Uruguay define como intermediario financiero a “las personas públicas no estatales y las privadas que realizan habitual y profesionalmente operaciones de intermediación o mediación entre la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales pesados”⁵.

De todas las definiciones revisadas y anotadas anteriormente podemos aportar como conclusión y concepto propio, que las instituciones financieras *son entidades intermediarias autorizadas previamente por el Estado, cuya función radica en la captación y colocación de recursos obtenidos a través de servicios puestos a disposición de los particulares que tienen un excedente de liquidez.*

1.3 Servicios

Al iniciar el estudio de este tema, consideramos pertinente establecer que las instituciones financieras son *empresas* que ofertan sus servicios profesionales a los particulares con el objeto de captar dinero para su posterior colocación, actividades que se ven materializadas en la prestación de servicios que siempre estarán contenidos en contratos que especifiquen derechos y obligaciones tanto para clientes como para la institución financiera.

En lo que respecta a los servicios u operaciones que las instituciones financieras pueden realizar en el desempeño de sus funciones, son claramente identificables las operaciones neutras, activas y pasivas las cuales detallaremos a continuación, dando mayor importancia a las operaciones pasivas por constituir el tema principal de la presente investigación.

Las operaciones neutras no las trataremos puesto que las mismas no son funciones propias de las instituciones financieras pero como breve definición

⁴ Art. 2 Decreto 765 de 1991

⁵ Art 1. Decreto Ley 15.322 de 1982

diremos que se refieren a aquellos contratos cuya finalidad es simplemente la realización de cobros y pagos por cuenta de terceros, y por tal motivo no encajan dentro de los otros tipos de operaciones mencionadas anteriormente; por otro lado las operaciones activas son aquellas de crédito en general, de las cuales encontramos una clara manifestación en préstamos, descuento, apertura de crédito en cuenta, etc.; de la revisión de los servicios antes mencionados se desprende que las operaciones activas son aquellas en las que la institución financiera en la mayoría de casos, pone a circular el dinero otorgándolo a quienes tienen un déficit de liquidez.

Por otro lado las operaciones pasivas son aquellas que permiten a las instituciones financieras obtener capital procedente de los particulares, para hacer uso y manejo del mismo sin mayor restricción, dentro de estas operaciones podemos mencionar los depósitos bancarios, la emisión de obligaciones y títulos valores, entre otras; como ya señalamos anteriormente las operaciones pasivas permiten tener liquidez a las instituciones financieras, entendiendo como liquidez a la posibilidad de satisfacer la demanda de dinero gracias a los depósitos, argumento que se desprende de lo expresado por Sayers⁶, pero de este mismo concepto se desprende que otro factor importante es la confianza, ya que según Ulpiano la característica principal del depósito era la buena fe del depositario; es así que estas dos características son primordiales dentro de estas operaciones.

Continuando con las operaciones que realizan las instituciones financieras vamos a citar los criterios de varios juristas que han sido resumidos acertadamente por Joaquín Rodríguez Rodríguez, es así que en su obra encontramos las siguientes definiciones tales como la de **STAUB** quien establece que “son operaciones de banco, las que satisfacen necesidades del tráfico para la obtención y enajenación de dinero y de títulos valores”⁷; por otro lado esta la de **LEHMANN** en la cual se concibe que “es común a todas las operaciones de banco, la tendencia a la mediación en el tráfico de dinero y en

⁶ Sayers, “La banca moderna”, pág. 236 citado por Rodríguez Rodríguez Joaquín (1976), “Derecho bancario”, Ed. Porrúa, cuarta edición, México, pág. 38.

⁷ Staub, “kommentar zum Handelsgesetzbuch”, An. 65 al 81 citado por Rodríguez Rodríguez Joaquín, ob. cit., pág. 19.

el suministro de crédito”, a pesar de que estos dos criterios contienen los elementos esenciales o básicos de las operaciones financieras resulta imperativo destacar la definición aportada por **ARCANGELI** en la cual establece que estas operaciones se caracterizan por ser “la adquisición de capitales a crédito, esto es, con la obligación de restituir, con la intención de enajenarlos nuevamente, y la consecución de crédito, esto es, con el derecho a la recuperación de los capitales adquiridos”⁸. Dentro de estos tres conceptos citados encontramos los objetivos que persiguen las instituciones financieras, los mismos que pueden ser alcanzados solamente mediante la prestación de servicios o la realización de operaciones tales como activas y pasivas, las cuales se ven materializadas en los contratos celebrados entre instituciones financieras y usuarios (clientes) de las mismas.

Consideramos importante también mencionar las operaciones financieras que la doctrina considera exclusivamente realizables por parte de las instituciones financieras, es así que según Joaquín Rodríguez “las **operaciones pasivas** consisten esencialmente en depósitos bancarios, emisión de obligaciones y otros títulos, redescuentos, aceptaciones, préstamos y emisión de billetes; las **operaciones activas** consisten en aperturas de crédito simple y en cuenta, anticipos y créditos sobre mercancías, créditos de firma, créditos comerciales y créditos especiales; finalmente las **operaciones neutrales** también conocidas como operaciones financieras por accesión son la transferencia de giros, intervención en la emisión de obligaciones, los cobros, las cartas de crédito, cajas fuertes y los fideicomisos”⁹; la enunciación de las diferentes operaciones que pueden realizar las instituciones financieras se ha realizado con la finalidad de que el lector tenga una idea clara de las mismas y enfáticamente en las operaciones pasivas por ser materia de nuestro estudio.

Sin perjuicio de lo antes expuesto es importante señalar que tanto operaciones activas como pasivas solamente pueden ser llevadas a cabo por una institución

⁸ Arcangelli, “Los actos de comercio”, traducción de Roberto L. Mantilla Molina, México, 1942, pág. 30 citado por Rodríguez Joaquín, ob. cit., pág. 19.

⁹ Rodríguez Rodríguez Joaquín, ob. cit., pág. 36; respecto a la presente cita cabe señalar que en la actualidad la emisión de billetes es una potestad exclusiva del Estado y que en el caso de nuestro país dicha operación quedó insubsistente a partir de la dolarización.

financiera y sólo si la ley así lo autoriza, y es por esta razón que a continuación procederemos a citar las operaciones que la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero en su Art. 51, autoriza a ser realizadas por parte de las instituciones financieras constituidas en el Ecuador para así delimitar de forma concreta el espectro dentro del cual se desarrollará la presente investigación :

- Recibir recursos del público en depósitos a la vista. Los depósitos a la vista son obligaciones bancarias, comprenden los depósitos monetarios exigibles mediante la presentación de cheques u otros mecanismos de pago y registro; los de ahorro exigibles mediante la presentación de libretas de ahorro u otros mecanismos de pago y registro; y, cualquier otro exigible en un plazo menor a treinta días. Podrán constituirse bajo diversas modalidades y mecanismos libremente pactados entre el depositante y el depositario;
- Recibir depósitos a plazo. Los depósitos a plazo son obligaciones financieras exigibles al vencimiento de un período no menor de treinta días, libremente convenidos por las partes. Pueden instrumentarse en un título valor, nominativo, a la orden o al portador, pueden ser pagados antes del vencimiento del plazo, previo acuerdo entre el acreedor y el deudor;
- Asumir obligaciones por cuenta de terceros a través de aceptaciones, endosos o avales de títulos de crédito, así como del otorgamiento de garantías, fianzas y cartas de crédito internas y externas, o cualquier otro documento, de acuerdo con las normas y usos internacionales;
- Emitir obligaciones y cédulas garantizadas con sus activos y patrimonio. Las obligaciones de propia emisión se registrarán por lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores;
- Recibir préstamos y aceptar créditos de instituciones financieras del país y del exterior;
- Otorgar préstamos hipotecarios y prendarios, con o sin emisión de títulos, así como préstamos quirografarios;
- Conceder créditos en cuenta corriente, contratados o no;

- Negociar letras de cambio, libranzas, pagarés, facturas y otros documentos que representen obligación de pago creados por ventas a crédito, así como el anticipo de fondos con respaldo de los documentos referidos;
- Negociar documentos resultantes de operaciones de comercio exterior;
- Negociar títulos valores y descontar letras documentarias sobre el exterior, o hacer adelantos sobre ellas;
- Constituir depósitos en instituciones financieras del país y del exterior;
- Adquirir, conservar o enajenar, por cuenta propia, valores de renta fija, de los previstos en la Ley de Mercado de Valores y otros títulos de crédito establecidos en el Código de Comercio y otras Leyes, así como valores representativos de derechos sobre estos, inclusive contratos a término, opciones de compra o venta y futuros; podrán igualmente realizar otras operaciones propias del mercado de dinero; podrán participar directamente en el mercado de valores extrabursátil, exclusivamente con los valores mencionados en esta letra y en operaciones propias.
- Efectuar por cuenta propia o de terceros operaciones con divisas, contratar reportos y arbitraje sobre éstas y emitir o negociar cheques de viajeros;
- Efectuar servicios de caja y tesorería;
- Efectuar cobranzas, pagos y transferencias de fondos, así como emitir giros contra sus propias oficinas o las de instituciones financieras nacionales o extranjeras;
- Recibir y conservar objetos muebles, valores y documentos en depósito para su custodia y arrendar casilleros o cajas de seguridad para depósitos de valores;
- Actuar como emisor u operador de tarjetas de crédito, de débito o tarjetas de pago;
- Efectuar operaciones de arrendamiento mercantil de acuerdo a las normas previstas en la Ley;

- Comprar, edificar y conservar bienes raíces para su funcionamiento, sujetándose a las normas generales expedidas por la Superintendencia y enajenarlos;
- Adquirir y conservar bienes muebles e intangibles para su servicio y enajenarlos;
- Comprar o vender minerales preciosos acuñados o en barra;
- Emitir obligaciones con respaldo de la cartera de crédito hipotecaria o prendaria propia o adquirida, siempre que en este último caso, se originen en operaciones activas de crédito de otras instituciones financieras;
- Garantizar la colocación de acciones u obligaciones;
- Efectuar inversiones en el capital social de las sociedades a que se refiere la letra b) del artículo 57 de esta Ley; y,
- Efectuar inversiones en el capital de otras instituciones financieras con las que hubieren suscrito convenios de asociación de conformidad con el cuarto inciso del artículo 17 de esta Ley.

2. CONTRATOS BANCARIOS

Antes de proceder al estudio de los contratos bancarios, consideramos importante realizar una breve introducción de los contratos en general ya que los mismos sirven de fundamento para los bancarios en cuanto a su forma y en ocasiones a su contenido, es así que iniciaremos considerando la definición de contrato contenida en el Art. 1454 del Código Civil ecuatoriano que establece lo siguiente “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”; si bien es cierto que todo contrato es un acuerdo de voluntades en virtud del cual dos partes van a contraer obligaciones recíprocas, también debemos comprender que este acuerdo debe contener ciertos requisitos para tener validez a lo cual en nuestro país se lo conoce como capacidad legal, la misma que está compuesta por cuatro elementos que son:

- **Que la persona sea legalmente capaz.**

En cuanto a la capacidad legal podremos decir que todas las personas son capaces a excepción de los casos determinados en la Ley.

- **Que se exprese el consentimiento y el mismo no adolezca de vicios.**

El consentimiento o voluntad requiere ser expresada ya sea de forma escrita, verbal o en su defecto tácitamente, es decir con un acto que permita vislumbrar la aceptación de las partes; dicha voluntad no debe ser viciada ya sea por error, fuerza o dolo.

- **Que recaiga sobre un objeto lícito.**

El objeto lícito no hace referencia únicamente a todo aquello que contravenga a la ley, sino también a que se trate de algo realizable o en otras palabras que sea posible.

- **Que tenga una causa lícita.**

La causa lícita en sí hace referencia a la motivación que llevó a las partes a la celebración del contrato o convención.

Ahora bien, a pesar de no formar parte dentro de la enumeración de las características antes mencionadas, un contrato o más bien sus partes deben celebrarlo de buena fe, característica que debe ser muy tomada en cuenta dentro de los contratos bancarios por ser su base fundamental la confianza en la relación banco-cliente, ya que como lo establece el Código Civil ecuatoriano en su Art. 1475 “el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse” y por razones mas bien lógicas nos atrevemos a afirmar que probar el dolo sería prácticamente imposible. Por otro lado también existen las formalidades determinadas en la Ley para el perfeccionamiento de ciertos contratos, lo cual no será materia de profundo análisis dado que los contratos bancarios por lo general no requieren de solemnidades para su perfeccionamiento.

Una vez aportada esta breve explicación de los contratos civiles es pertinente señalar que su diferencia esencial con los mercantiles consiste en que los segundos ostentan tal calidad a partir de dar cumplimiento al presupuesto señalado en el art. 140 del Código de Comercio ecuatoriano que expresa lo siguiente “El contrato es mercantil desde el momento que se celebre con un comerciante matriculado.”, pero de ahí a poder vislumbrar diferencias abismales entre estos sería una tarea difícil ya que los contratos en general poseen las características antes mencionadas por regla general; en lo referente a los contratos bancarios consideramos pertinente también el elaborar una breve introducción que permita al lector comprender mejor los temas que se desarrollaran posteriormente en la presente tesis, la misma que partirá de establecer que los contratos bancarios toman su nombre de una concepción subjetiva similar a la de los contratos mercantiles, ya que adoptan el nombre de bancarios por ser una de las partes intervinientes necesariamente un banco o institución financiera autorizada, es decir que para el presente caso el contrato o convención será celebrado por un banco y su cliente o en su defecto entre

bancos y siempre y cuando sea para realizar una actividad propia del giro del negocio de la banca, decimos que adoptan su nombre de una concepción subjetiva puesto que estos contratos y actividades bien podrían ser llevadas a cabo por particulares, pero por otro lado el carácter de empresa que tienen dichas entidades les faculta para realizarlas en forma exclusiva lo cual da paso al concepto de la corriente objetiva de los contratos bancarios, ya que el fundamento para denominarlos así desde este punto de vista es el hecho de que dichos contratos permiten realizar las actividades u operaciones activas y pasivas propias de una entidad financiera, en forma habitual y con la finalidad de lucrar con las mismas; por otro lado también encontramos que el nombre de estos contratos se pudo haber dado debido a que a inicios de la actividad financiera la celebración de los mismos era potestad única de los bancos y no de todo tipo de instituciones financieras como lo es en nuestros días, cabe recalcar que el dato histórico no resulta influyente en nuestra investigación y por tal motivo es prudente mantener nuestra atención centrada en los criterios subjetivo y objetivo que ya han sido explicados, además debemos tener en cuenta que en nuestro país se denominan contratos financieros debido a que no sólo los bancos conforman el Sistema Financiero sino también otras instituciones que están facultadas por la Ley para celebrar dichos contratos.

Debido a que los puntos de vista a partir de los cuales surge el nombre de estos contratos podría ocasionar confusión, a continuación explicaremos puntuales características de los contratos bancarios que permitirán elaborar un esquema comprensible de los mismos para posteriores precisiones dentro del presente capítulo. Debemos iniciar indicando que los contratos bancarios forman parte de un grupo de contratos conocidos como atípicos o en palabras más simples carecen de moldes y por tal motivo se ha buscado darles fundamento sobre la base de los contratos mercantiles, los propios usos y costumbres de la práctica bancaria, doctrina, jurisprudencia y sobre todo de resoluciones administrativas de los organismos de control y regulación de las instituciones financieras dentro de los cuales para el caso de nuestro país podemos determinar claramente a la Superintendencia de Bancos, al Banco Central y a la Junta Bancaria; por otro lado es importante también determinar la

complejidad de estos contratos, la cual radica en que los mismos son realizados en serie, es decir son contratos de adhesión que se caracterizan por dejar de lado la posibilidad de que el cliente incorpore cláusulas adicionales o realice modificaciones al mismo según su conveniencia, debido a esta razón es que los contratos bancarios deben ser elaborados meticulosamente para evitar su nulidad la cual puede resultar del uso de cláusulas abusivas que perjudiquen a los usuarios o a su vez defectos de forma tales como usar un tamaño de letra inferior al permitido por la ley u otros, debido a la necesidad de evitar la nulidad de estos contratos consideramos importante delinear las características mas relevantes de los mismos, tomando como criterio válido el del Dr. Carlos Gilberto Villegas¹⁰ en el cual establece las siguientes características de las que elaboraremos una breve explicación:

- **Uniformidad**

La característica de uniformidad de estos contratos es básicamente la estandarización de los mismos, lo cual le otorga la característica de contrato de adhesión; dentro de las ventajas de realizar contratos uniformes es el ahorro de tiempo para la entidad bancaria y la facultad de establecer condiciones que deben ser aceptadas casi en forma obligatoria por los clientes. Por otro lado debemos reconocer también que esta característica conlleva riesgos, tales como de existir un error en el contrato, este se reproduciría en todos los contratos celebrados y el mismo ocasionaría grandes perjuicios tanto económicos como morales a la institución financiera y por otro lado con respecto al cliente este contrato podría contener cláusulas abusivas ,las mismas que para el caso de nuestro país se encuentran descartadas en virtud de la existencia del Código de Derechos del Usuario del Sistema Financiero que señala claramente tanto derechos como medios para ejercerlos en favor de los usuarios de dicho sistema.

¹⁰Villegas Carlos Gilberto (2005), "Contratos Mercantiles y Bancarios", Editorial Villegas Grupo editor, 1º edición, Buenos Aires, págs. 90-94. Las características son tomadas del autor mas la explicación de las mismas es parte de nuestra obra.

- **Interés público**

El interés público se encuentra comprometido en estos contratos debido a que las instituciones financieras manejan información confidencial, dado las cantidades de dinero que manejan y también del interés público se desprende el hecho de informar a las autoridades si existen movimientos inusuales de dinero para intentar evitar el lavado de dinero, narcotráfico, etc. Para esto las instituciones financieras se encuentran sujetas al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros, resumiendo, el interés público comprende la protección con respecto a los intereses de los clientes tanto como los de la nación.

- **Atipicidad**

Como ya se mencionó anteriormente la atipicidad de estos contratos se traduce en la falta de moldes o modelos específicos para los mismos, además de que la Ley por lo general no exige formalidades para su perfeccionamiento; desde un punto de vista estrictamente lingüístico podríamos afirmar que la atipicidad consiste en la falta de tipificación en la Ley de estos contratos.

- **Alta “sofisticación”**

La sofisticación consiste en el desarrollo de este tipo de contratos paralelamente al de la tecnología y al de las actividades financieras, y es por tal motivo que podemos encontrar en ellos fórmulas matemáticas, signos, distintos idiomas, etc. En si la sofisticación consiste en utilizar términos de carácter netamente técnico con el fin de establecer claramente todas las condiciones de estos contratos.

- **Buena fe**

La buena fe en la contratación bancaria juega un rol muy importante, puesto que la misma debe estar presente en tres momentos claramente determinables que son la elaboración del contrato, la celebración del mismo y por último pero no por eso menos importante en su ejecución, esta característica debe estar estrechamente ligada a la transparencia es decir, las instituciones financieras

no pueden realizar operaciones que afecten a sus clientes y peor aun al Sistema Financiero en el cual desarrollan sus actividades.

- **Internacionalización**

Mas allá de ser una característica, consideramos que la internacionalización se convirtió en una necesidad para los contratos financieros, puesto que nos encontramos en un mundo globalizado en el que el comercio internacional empieza a ser adoptado por los países en vía de desarrollo siguiendo el ejemplo de las potencias mundiales; y, es por esta razón que las normas o parámetros establecidos en los contratos bancarios se han tratado de unificar ajustándose a cada uno de los ordenamientos jurídicos vigentes en el mundo, con el fin de agilizar las actividades financieras y comerciales.

Después de haber realizado este estudio introductorio a los contratos bancarios, en el cual nos hemos permitido enunciar sus componentes más sobresalientes podemos continuar con el estudio específico de su concepto, naturaleza y clasificación temas en los que explicaremos detalladamente todo lo expuesto en la presente introducción.

2.1 Concepto

En nuestro intento de proporcionar un concepto claro y representativo de los contratos bancarios, nos encontramos con la necesidad de clarificar no solamente su significación entendiéndolo como tal a la materialización de una relación jurídica entre la institución financiera y sus clientes, que genera derechos y obligaciones recíprocas que no solo se dan en el ámbito jurídico sino también en el económico; por lo tanto nos parece preciso y oportuno el realizar un breve análisis de su origen que radica en el derecho contractual bancario, razón por la cual hemos decidido elaborar una breve explicación de sus fuentes y de su incidencia en los contratos bancarios como tales.

El derecho contractual bancario encuentra sustento en tres fuentes fácilmente determinables gracias a los criterios emitidos por varios autores, las cuales anotaremos y explicaremos a continuación:

- **La legislación**

En nuestro país la legislación en la que las instituciones financieras deben fundamentar el contenido de los contratos bancarios por ellas elaboradas son en primer lugar la Constitución Política de la República, la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y su respectivo Reglamento, el Decreto 194 que regula a las cooperativas, el Decreto 3270 que establece regulación para las Mutualistas; por otro lado tomando como parte de la legislación a las resoluciones administrativas, podemos mencionar las Resoluciones emitidas por la Junta Bancaria, la Superintendencia de Bancos y Seguros; y, finalmente sin desmedro de su importancia las Circulares del Sistema financiero. Todas estas constituyen un pilar fundamental en la elaboración de contratos bancarios, ya que los mismos deben estar orientados a no contravenir lo establecido en la Ley o en las resoluciones emitidas para así evitar que los mismos adolezcan de nulidad ya sea absoluta o parcial.

- **Los usos y costumbres de las instituciones financieras**

Los usos y costumbres de las instituciones financieras son quizá el elemento que ha permitido la evolución de los contratos bancarios debido a que en los inicios de la actividad financiera esta era escasamente regulada a nuestro criterio por dos razones, la primera debido a que la actividad bancaria surge en tiempos en los que apenas el derecho se estaba consolidando, lo cual ocasionó que no se pueda establecer un cuerpo legal que rija dicha actividad; este motivo está estrechamente ligado con nuestra segunda razón, la misma que consiste en el hecho de que resulta por demás complejo el elaborar un cuerpo normativo para una actividad tan dinámica como lo es la económica debido a que alcanzar este fin implicaría en ocasiones que el derecho se adelante a dicha actividad, lo cual conllevaría según nuestro criterio a crear normas demasiado escuetas y en ocasiones inútiles. Por lo tanto nos atrevemos a afirmar que la actividad bancaria siempre deberá encontrar sus normas y fundamento en los usos y costumbres que sean creación de los profesionales que intervienen en el desarrollo de esta actividad tanto como en los paradigmas que se establezcan a través del tiempo siempre y cuando estos se adapten a

las necesidades de la sociedad o mas bien la sociedad los adapte a sus necesidades.

- **La regulación interna de las instituciones financieras**

Con el término regulación interna intentamos referirnos a los estatutos que poseen las instituciones financieras en virtud de que las mismas se constituyen como compañías anónimas, las cuales precisan tener estatutos como cualquier otra compañía, en los mismos que se establecerán parámetros que permitan conducir la administración, funcionamiento, etc., de la compañía; de todo esto se desprende que además de elaborar los contratos bancarios con apego a las dos fuentes antes mencionadas, las instituciones financieras no podrán contravenir sus estatutos o en casos puntuales se podría hablar de no contravenir decisiones tomadas por la junta general de dichas instituciones por tener en ambos casos la característica de obligatoriedad siempre y cuando estas no contravengan la Ley.

Habiendo establecido y explicado las fuentes que dan sustento y validez a los contratos bancarios estamos listos para, en primer lugar, citar varias definiciones que a nuestro parecer son las mas adecuadas con lo cual posteriormente podremos esbozar un concepto propio de los contratos bancarios, pero antes debemos precisar que la mayoría de autores considera a los contratos bancarios como sinónimo de las operaciones ya sean pasivas o activas en sí, además es preciso recalcar que por su nombre no son exclusivos de los Bancos sino de las instituciones financieras en general; en lo que a nosotros respecta consideramos que este tipo de contratos son instrumentos a través de los cuales las instituciones financieras y los clientes o en su defecto dos instituciones financieras pueden pactar la prestación de un servicio o la realización de determinada operación. Para aclarar mejor lo expresado en esta introducción citaremos varios conceptos de contrato bancario, de los cuales analizaremos sus elementos para posteriormente proporcionar un concepto propio destacando los componentes más relevantes o acertados de los mismos.

Carlos Villegas: "...el contrato bancario es la vestimenta de una operación bancaria. Por lo tanto se le aplican los principios y reglas de los contratos en general en el marco económico-financiero en que se desenvuelven hoy en día las operaciones bancarias."¹¹

De este concepto podemos destacar el hecho de que el autor considera al contrato bancario como la materialización de las operaciones bancarias, en el cual se pueden aplicar los principios generales de los contratos siempre y cuando se lo realice con una perspectiva económico financiera.

Rodríguez Azuero: "...el contrato bancario es el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, una de las cuales es al menos un banco, en virtud del cual surgen derechos y obligaciones cuyo objeto corresponde a la operación bancaria a la cual se refiere el acuerdo."¹²

En lo que respecta a la definición acotada por Rodríguez Azuero resalta el hecho de considerar a un contrato como bancario siempre que el mismo tenga por objeto la realización de una operación bancaria y una de las partes sea un banco o como ya explicamos anteriormente una institución financiera.

Joaquín Garrigues: "El contrato bancario es el esquema jurídico de la operación bancaria. Contrato bancario es todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria."¹³

He aquí una importante acotación al resaltar que este tipo de contratos buscan constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria, a pesar de que podríamos deducir una falta de claridad por no especificar que obligatoriamente uno de los intervinientes debe ser una institución financiera, consideramos que esto se puede deducir al hablar de una operación bancaria debido a que las mismas no pueden ser llevadas a cabo por particulares, ya que las instituciones financieras tienen el carácter de empresas especializadas en el ámbito mencionado.

¹¹ Villegas Carlos Gilberto, ob.cit., pág. 89.

¹² Rodríguez Azuero Sergio (1990), " Contratos bancarios: su significación en América Latina", reimpresión de la 4º edición, Biblioteca Felaban, Bogotá, pág. 116

¹³ Sotgia, ob.cit, pág. 120 citado por Garrigues Joaquín (1958), en "Contratos Bancarios", España, pág. 32

Sánchez Calero: "...aquel acuerdo de voluntades tendente a crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica bancaria, entendiendo por la tal la que se incardina dentro de la actividad de intermediación crediticia indirecta."¹⁴

Consideramos a esta definición la más completa por reunir los elementos más importantes de las expuestas anteriormente, esto sin perjuicio de establecer un concepto propio en el cual consideramos que contrato bancario es aquel acuerdo de la voluntad expresada por dos partes de las cuales al menos una debe ser una institución financiera, y en virtud del cual surgen derechos y obligaciones recíprocas derivadas de una operación o servicio financiero del cual se han manifestado todas sus características dentro de este acuerdo.

2.2 Naturaleza jurídica de los contratos bancarios

Con respecto a la naturaleza de este tipo de contratos debemos apegarnos a la naturaleza de los contratos mercantiles debido a la gran similitud o por que no decirlo igualdad con estos, por lo dicho y por la dificultad de determinar la naturaleza jurídica de los contratos mercantiles dado que se fundamentan principalmente en la costumbre consideramos de vital importancia antes de entrar al estudio de las características que conforman la naturaleza jurídica de estos contratos, realizar una corta explicación de las obligaciones mercantiles que nos permitirá deducir su naturaleza; es así que consideramos mercantiles a aquellas obligaciones que encuentran su origen en un vínculo legal generado por una expresión de voluntad, y en virtud del cual se generan obligaciones recíprocas entre las partes de dar, hacer o no hacer algo; pero debemos precisar que este acuerdo de voluntades debe tener como fundamento un acto considerado mercantil.

A continuación enunciaremos y proporcionaremos una breve explicación de las características que componen la naturaleza jurídica de los contratos bancarios.

¹⁴ Sánchez Calero Guilarte, "Derecho de la competencia y la contratación bancaria", en Seguridad jurídica y contratación mercantil, 1994, citado por Cano Rico José Ramón (2002), "Manual Práctico de contratación mercantil: contratos bancarios, financieros y sobre títulos valores" TOMO II, Editorial TECNOS, 5º edición, pág. 12.

- **Puede ser unilateral o bilateral**

Esta característica depende de la operación que sea objeto del contrato bancario celebrado, así por ejemplo al tratarse del depósito en cuenta de ahorro estaremos frente a un contrato unilateral en el cual solo una de las partes es la que contrae obligaciones, en este caso la institución financiera a asegurar la disponibilidad del dinero cuando el cliente lo requiera; por otro lado la bilateralidad se da en su mayoría en operaciones activas dentro de las cuales podemos mencionar el anticipo ya que en el mismo se contraen obligaciones recíprocas, en este caso la institución financiera se obliga a acreditar una determinada suma de dinero en un tiempo determinado y el beneficiario por su parte contrae la obligación de restituirlo al finalizar el plazo de la obligación.

- **Es intuitu personae**

En atención estricta al significado de esta frase podemos deducir que estos contratos tienen la característica de ser celebrados en atención a la persona por lo tanto consideramos que la esencia de esta característica es la confianza, así por ejemplo podemos pensar en el siguiente esquema explicativo: para depositar su dinero la persona que requiere hacerlo(cliente) buscará una institución financiera que tenga buena trayectoria, un buen nombre, caracterizada por la honestidad, buena atención, etc. Y, por otro lado en lo que se refiere a operaciones activas realizadas por las instituciones financieras, tales como el otorgamiento de un crédito o una tarjeta de crédito dicha institución de igual forma realizará un análisis del solicitante para determinar su capacidad de pago en base al principio de certidumbre.

- **Oneroso**

Los contratos mercantiles son onerosos por regla general, la razón de esto es que dichos contratos se celebran en razón de un acto de comercio en el cual se persigue la utilidad para los dos intervinientes y esto da lugar a caracterizarlos de esa forma ajustándonos a lo establecido en el Art. 1456 del Código Civil Ecuatoriano.

- **Real**

Los contratos bancarios son de tipo real por el hecho de ser generalmente traslaticios de la propiedad y por perfeccionarse con la entrega del bien materia del contrato.

- **Principal**

Este tipo de contratos son principales debido a que no necesitan la celebración o existencia de otro para subsistir.

- **De tracto sucesivo**

Son contratos de tracto sucesivo puesto que poseen como característica el desarrollarse en el tiempo, en este caso hablamos del plazo para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas sea por parte de la institución financiera o por el cliente.

- **De adhesión**

Son contratos de adhesión ya que los mismos son elaborados por la institución financiera y el cliente no puede añadir cláusulas que lo beneficien y peor aun realizar reformas al contrato; esta característica del contrato bancario se da por varias razones como la optimización del tiempo, establecer parámetros generales de contratación, etc., lo cual resulta muy útil pero también podría ocasionar grandes problemas o perjuicios tanto a los clientes como a la institución financiera. En palabras más sencillas podemos afirmar que debido a esta característica el consentimiento de una de una de las partes se manifiesta por adhesión.

- **Atípico**

Consideramos que los contratos bancarios son atípicos o innominados en virtud de que surgen gracias a relaciones jurídicas que crean derechos y obligaciones acordadas por los intervinientes sin que esto signifique en ningún sentido una contravención a la Ley, las costumbres y al orden público; es decir

son contratos que no se encuentran regulados por la Ley a pesar de que en ocasiones la misma los considere o defina.

2.3 Clasificación

En lo que respecta a la clasificación de los contratos bancarios debemos destacar que la mayoría de tratadistas la realiza con estricto apego a la clasificación de las operaciones bancarias por el hecho de ser considerados dichos contratos como la vestidura de dichas operaciones, y es por esta razón que comúnmente se establece la siguiente clasificación de los contratos bancarios:

- a) Contratos bancarios de pasivo**
- b) Contratos bancarios de activo**
- c) Contratos bancarios neutros**

De esta clasificación conocida en la actualidad, en lo posterior analizaremos detenidamente a los contratos bancarios de pasivo por constituir la materia esencial de la presente investigación; sin perjuicio de lo expuesto es menester considerar que dicha clasificación tuvo su origen en las teorías elaboradas por grandes tratadistas tales como Ehremberg, Greco, Arcangelli y por supuesto de Joaquín Rodríguez Rodríguez que resume y complementa acertadamente los tres criterios anteriores.

Ahora bien Ehremberg clasifica las operaciones bancarias de la siguiente manera: “1. Adquisición y enajenación de títulos valores; 2. Cambio de dinero; 3. Operaciones de admisión y entrega de dinero; 4. Atención de pagos, y 5. Operaciones de administración patrimonial.”¹⁵

Por otro lado de la apreciación de Arcangelli¹⁶ podemos concluir que las operaciones bancarias están divididas en dos grandes grupos que son las operaciones fundamentales de banca las mismas que contienen tanto a operaciones activas como pasivas; y, las operaciones accesorias de banca que

¹⁵ Ehremberg, “Handbuch des gesamten Handelsrechts, tomo II, pág. 37 citado por Rodríguez Rodríguez Joaquín (1964), “Derecho Bancario”, Editorial Porrúa, Segunda edición, México, pág. 33.

¹⁶ Arcangelli, “Los actos de comercio”, pág. 31 citado por Rodríguez Rodríguez Joaquín, ob.cit., pág. 34.

son aquellas que no corresponden estrictamente a la actividad económica de las instituciones financieras.

De los autores antes mencionados hemos resuelto destacar principalmente a Ehremberg y Arcangelli debido a que de la clasificación por ellos elaborada se desprenden perfectamente los tres tipos de contratos bancarios que conocemos en la actualidad tal como lo demuestra Joaquín Rodríguez Rodríguez en el siguiente esquema¹⁷.

- I. Operaciones de intermediación en el crédito(bancarias, en sentido propio)
 - I'). Pasivas.
 - A) Depósitos bancarios
 - B) Emisión de obligaciones
 - C) Redescuentos, aceptaciones, préstamos
 - D) Emisión de billetes
 - II'). Activas.
 - A) Aperturas de crédito simple y en cuenta
 - B) Anticipos y créditos sobre mercancías
 - C) Créditos de firma
 - D) Créditos comerciales
 - E) Créditos especiales
- II. Operaciones neutrales(bancarias, por accesión)
 - I'). Transferencias, giros
 - II'). Comisiones, intervención en la emisión de obligaciones
 - III'). Cobros
 - IV'). Cartas de crédito
 - V'). Cajas fuertes
 - VI'). Fideicomiso

Después de revisadas las generalidades de los contratos bancarios pasivos, activos y neutros, pasaremos a analizar detenidamente ciertos aspectos

¹⁷ Rodríguez Rodríguez Joaquín, ob. cit., pág. 36.

relevantes de los contratos de pasivo por ser indispensables para el desarrollo de nuestra investigación; ahora bien debemos abordar el tema precisando que las operaciones pasivas son aquellas por medio de las cuales las instituciones financieras captan o recogen fondos de sus clientes y que dichas operaciones no solo tienen un efecto jurídico sino también uno contable y económico para los intervinientes, de paso sea dicho que los contratos bancarios de pasivo encuentran su punto de partida principalmente en el contrato de depósito, el cual se caracteriza principalmente por ser de naturaleza irregular ya sea un depósito de dinero o de títulos, la irregularidad del depósito bancario no es más que el hecho de que en este tipo de depósitos la propiedad del bien se traslada al depositario para que este pueda disponer libremente del mismo, adquiriendo simultáneamente la obligación de restituir un objeto del mismo género al depositante en el tiempo que el contrato así lo estipule a diferencia de los depósitos regulares en los que se adquiere una obligación de especie.

En virtud de lo expuesto podemos afirmar que los contratos bancarios de pasivo con su figura más relevante que es el depósito hacen posible la captación de dinero de los particulares por parte de las instituciones financieras y que la irregularidad de ese depósito permite a la institución financiera disponer de los fondos captados a través de la realización de operaciones activas o de inversiones, con la única condición de restituir la misma cantidad depositada en el plazo que el contrato lo estipule.

Para concluir el presente capítulo podríamos acotar que los contratos bancarios independientemente de si son activos, pasivos o neutros son creadores de derechos y obligaciones recíprocas entre la institución financiera y sus clientes, y que a pesar de ser contratos que no basan sus cláusulas estrictamente en la Ley, tampoco pueden vulnerarla en virtud de los preceptos establecidos para todo tipo de contratación, además en razón del acelerado avance de la tecnología y del desarrollo de la actividad bancaria con apego a dicho avance resulta necesario establecer que en la actualidad es indispensable la creación de sistemas informáticos confiables que permitan realizar en forma óptima y segura tanto operaciones activas como pasivas por parte de los usuarios del

sistema financiero; obviamente no debemos limitar el asunto a la creación de sistemas confiables sino también a la creación de un cuerpo legal que determine la responsabilidad de las instituciones financieras en cuanto al correcto manejo de la información referente a los usuarios(estados de cuenta, saldos en cuenta, etc.), niveles de responsabilidad en lo que respecta a delitos informáticos, etc,

3. CONTRATO DE DEPÓSITO

En el presente capítulo consideramos pertinente estudiar al depósito civil, mercantil y financiero debido a que todo depósito, independientemente de la rama del derecho al que este pertenezca siempre va a encontrar su fundamento en un contrato y por ende la elaboración de un análisis con respecto al depósito civil y mercantil nos permitirá comprender mejor al depósito financiero y a todas aquellas figuras que de el derivan.

3.1 Depósito civil

Para un mejor desarrollo y comprensión del presente tema es preciso tomar como punto de partida la definición de depósito establecida en el Código Civil ecuatoriano que reza lo siguiente en su Art. 2116 “ llámase en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie”, de la definición citada se desprende que en esencia el depósito civil constituye una obligación de restituir una cosa corporal (mueble) en especie; además se desprende de esta definición que por excelencia este depósito es de carácter gratuito lo cual será explicado detalladamente cuando hablemos de la naturaleza jurídica de este contrato.

Hemos tomado esta definición ya que como su nombre lo indica este contrato en especial está regulado por el Código Civil en cuanto a los suscriptores, características y efectos jurídicos para cada una de las partes en lo concerniente a derechos y obligaciones que surgen a partir de esta relación jurídica.

En lo que respecta a las características que debe poseer este contrato, se ciñe a los parámetros establecidos en la Ley, los mismos que se constituyen en habilitantes para la celebración de todo acto jurídico y son:

- **Capacidad**

Según lo determina el Código Civil todas las personas son capaces, exceptuando los casos determinados en la Ley que pueden adolecer de incapacidad absoluta o relativa; claro está que si el depositante no es capaz el

depositario adquirirá todas las obligaciones que a este le correspondan y en el caso de darse a la inversa los derechos del depositante no resultarán vulnerados bajo ningún punto de vista.

- **Consentimiento**

La voluntad de los intervinientes debe ser exteriorizada expresa o tácitamente y la misma no debe estar viciada.

- **Objeto Lícito**

El objeto materia del contrato debe bien existir al momento de su formación o cuya existencia se espera, siempre y cuando esté determinado o al menos sea determinable, y en caso de ser un hecho el mismo debe ser posible o realizable y no contravenir al derecho público o a la moral.

- **Causa lícita**

La causa es aquella que genera la celebración del contrato y por lo tanto al igual que el objeto no debe ser contraria a la moral, las buenas costumbres y la Ley.

Ahora bien, los intervinientes en este contrato son claramente identificados como depositario y depositante de los cuales elaboraremos una mejor explicación a continuación, además de profundizar en las obligaciones y derechos que estos adquieren recíproca y simultáneamente.

Depositario.- Es aquella persona que guarda la cosa que el depositante le ha confiado con la obligación de restituirla en especie al término del plazo estipulado en el contrato, obligación de la cual se desprende que el depositario ostenta la simple tenencia de la cosa, la misma que no le otorga el derecho de gozar o utilizar el bien depositado.

Depositante.- Es quien hace entrega del bien al depositario con la finalidad de que este se constituya en guardador de la misma; cabe recalcar que esta entrega que realiza el depositante bajo ningún punto de vista acarrea la pérdida del dominio sobre el bien.

Además de todo lo expuesto sobre este contrato es importante también realizar un breve análisis de su naturaleza jurídica para en lo posterior poder identificar con facilidad las marcadas diferencias que existen con el depósito financiero, y es así que en la naturaleza de este contrato encontramos que se caracteriza por ser:

- **Unilateral**

El carácter unilateral de este contrato nace en razón de que solamente el depositario adquiere la obligación de guardar el objeto que se le ha entregado, mientras para el depositante la misma Ley solamente señala derechos.

- **Real**

Este contrato es real debido a que se perfecciona mediante la entrega de la cosa materia de la obligación.

- **Principal**

Es principal debido a que subsiste jurídicamente por sí mismo y no necesita de la celebración de otro contrato o convención para hacerlo.

- **Típico**

La tipicidad del contrato se fundamenta en que el mismo está establecido en la Ley y por lo tanto ninguna de sus estipulaciones puede contravenirla.

- **Gratuito**

Este contrato es gratuito debido a que genera utilidad para una sola de las partes intervinientes, es decir para el depositante; podríamos afirmar que esta característica de la naturaleza jurídica está vinculada con la unilateralidad.

CLASIFICACIÓN

En lo que respecta a la clasificación del depósito civil hemos optado por adoptar y explicar la determinada en el Código Civil ecuatoriano.

A. El depósito propiamente dicho

El depósito propiamente dicho según lo define el Código Civil en su Art. 2120 "...es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble, para que la guarde, y la restituya en especie a voluntad del depositante."; este contrato posee las mismas características descritas al inicio del presente capítulo así como también la misma naturaleza jurídica que se estableció como regla general para el depósito civil. Cabe recalcar que dentro del depósito propiamente dicho encontramos dos modalidades del mismo que son el depósito voluntario y el necesario, los mismos que explicaremos a continuación.

- **Depósito voluntario**

El depósito es voluntario cuando el depositario ha sido escogido a voluntad del depositante para que desempeñe las obligaciones propias de este contrato.

- **Depósito necesario**

El depósito propiamente dicho se constituye en necesario cuando se da a causa de un acontecimiento ajeno a la voluntad del hombre, así por ejemplo en una catástrofe, en la que el depositario no es escogido a voluntad del depositante.

B. El secuestro

En lo concerniente al secuestro, este no es más que el depósito que se efectúa a un tercero imparcial cuando dos personas se encuentran en disputa de un bien, para que el mismo lo guarde y lo restituya a quien obtenga sentencia judicial a su favor; en este caso el depositario adquiere el nombre de secuestro.

- **Voluntario**

Se constituye en virtud de un acuerdo al que las partes que se disputan un objeto han llegado, y por tal motivo también es conocido como secuestro convencional.

- **Judicial**

El secuestro judicial se da exclusivamente en virtud de un decreto emitido por un juez.

3.2 Depósito Mercantil

Al iniciar el estudio del depósito mercantil primero debemos establecer ciertas generalidades que lo caracterizan, para lo cual nos permitiremos citar el Art. 564 del Código de Comercio ecuatoriano en el que se establece lo siguiente:

Art. 564.- El depósito no se califica de mercantil, ni está sujeto a las reglas especiales de los de esta clase, si no reúne las circunstancias siguientes:

1. Que el depositante y el depositario tengan la calidad de comerciantes; y,
2. Que se haga el depósito a consecuencia de una operación mercantil.

Ahora bien para profundizar en los requisitos establecidos en el artículo antes citado consideramos importante establecer que según se desprende del mismo Código de Comercio Ecuatoriano toda persona con capacidad de contratar puede ser comerciante siempre que cumpla con las obligaciones señaladas en el mismo cuerpo legal tales como obtener la matrícula de comercio, registro de la matrícula de comercio en el registro mercantil, llevar contabilidad, etc.; por otro lado resulta conveniente establecer que por operación mercantil se entiende a aquella que genera utilidad o que permite lucrar a aquella persona denominada comerciante que es quien la realiza; además, de lo establecido en el artículo citado podemos dejar claramente establecido que el depósito mercantil resultaría un contrato definido por el Código de Comercio por establecer claramente dos requisitos para que dicho contrato adquiriera la calidad de mercantil, además de que en el mismo código se determina en el Art. 568 que “Son aplicables al depósito las disposiciones sobre el contrato de comisión”.

Dicho esto, consideramos importante analizar la naturaleza jurídica del contrato de depósito mercantil, debido a que la misma en complemento con los requisitos antes mencionados nos permitirán definir marcadas diferencias que

posee con respecto al depósito civil; es así que el depósito mercantil posee dentro de su naturaleza jurídica las siguientes características:

- **Real**

Es decir el contrato se perfecciona con la entrega de la cosa.

- **No formal**

Este contrato se caracteriza por no precisar de formalidades para su validez o perfeccionamiento.

- **De tracto sucesivo**

El contrato o las obligaciones contraídas desde la celebración del mismo serán cumplidas mientras se desarrolla el contrato.

- **Bilateral**

Este contrato es bilateral en virtud de que genera obligaciones tanto para el depositario como para el depositante, entre las cuales podemos mencionar el conservar y restituir la cosa con respecto al depositario y la obligación de pagar una retribución por parte del depositante aun cuando esta no haya sido estipulada en el contrato.

- **Oneroso**

A pesar de que los parámetros establecidos en el Código Civil contemplan que el depósito es un contrato gratuito, el mercantil marca la excepción debido a que en este caso el contrato es celebrado entre comerciantes y para la realización de un acto de comercio, de lo cual surgen además obligaciones y por ende beneficios recíprocos para cada uno de los contratantes, lo cual le da a este contrato la calidad de oneroso.

De las características establecidas en la naturaleza jurídica del contrato de depósito mercantil podemos ubicar claramente dos que se diferencian del depósito civil, las mismas son la bilateralidad y el carácter de oneroso que posee este contrato y precisamente son estas dos características además del

cumplimiento de los requisitos especificados en el código de comercio las que le dan a este contrato la calidad de mercantil, y por dicha calidad es que este contrato se puede realizar en dos modalidades que son:

El depósito regular.- En esta modalidad de depósito mercantil, el depositario adquiere como obligaciones principales la conservación y cuidado de la cosa depositada, excluyéndose así la posibilidad de hacer uso de la misma sin autorización expresa del depositante; por otro lado además de estas obligaciones claramente determinadas en la Ley encontramos aquellas sugeridas por la doctrina y son “la custodia, guardar el secreto, información, venta, abstención del uso de la cosa y restitución”¹⁸, a las cuales analizaremos y explicaremos a continuación tomando en cuenta las disposiciones del contrato de comisión por la razón antes mencionada.

- **Custodia**

En lo que respecta a la custodia de la cosa depositada, la misma hace referencia a la obligación que tiene el depositario de cuidar el bien tal como si fuera suyo y responderá por el mismo en caso de pérdida, destrucción, deterioro, etc., a no ser que esto se de por caso fortuito o vicio propio de la cosa deposita; cabe destacar que en el depósito mercantil esta obligación acarrea más responsabilidad por la remuneración y la confianza que el depositario recibe por parte del depositante.

- **Guardar el secreto**

En este caso el depositario no podrá violar o forzar las seguridades que tenga la cosa depositada así como tampoco se le puede obligar a declarar el nombre de la persona con quien contrata.

- **Información**

Este tema hace referencia a la obligación que tiene el depositario de comunicar oportunamente al depositante todas las circunstancias que afecten a la cosa

¹⁸ Fernández Raymundo y Gómez Leo Osvaldo (1991), “Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial”, Tomo III, Ediciones Depalma, Buenos Aires, pág. 270-278.

depositada y que por ende puedan ocasionar la inobservancia de las instrucciones dadas por el depositante con respecto a la misma.

- **Venta**

La venta de la cosa depositada se genera en caso de que el depositario observe que se pueda perder o deteriorar el bien, y en dicho caso tiene derecho de venderlo sin previa disposición del depositante, lo cual no le eximirá de rendir cuenta de la venta realizada.

- **Abstención del uso de la cosa**

En lo que respecta a este punto es pertinente citar el Art. 567 del Código de Comercio que expresa lo siguiente “el depositario que hace uso de la cosa depositada, aun en los casos que lo permita la Ley o la convención, pierde el derecho a la retribución estipulada o usual”; de lo expresado en este artículo se desprende que no queda prohibido el uso de la cosa depositada sino más bien se plantea la abstención de hacerlo, ya que de no ser así el depositario perderá el derecho a la retribución.

- **Restitución**

La restitución del objeto depositado consiste en la entrega que el depositario debe hacer al depositante al término del contrato o en su defecto a un tercero a favor de quien se realizó el depósito, y en caso de que este haya fallecido se deberán adoptar las normas del derecho sucesorio.

El depósito irregular.- En este tipo de depósito el depositario guarda el bien pero con la posibilidad de utilizarlo, con la única condición de restituir un objeto de la misma especie y calidad al término del contrato, y de ser utilizado el bien depositado según lo estipula el Art. 567 del Código de Comercio el depositario perderá el derecho que tiene a recibir la retribución estipulada en el contrato y en caso de no haberlo hecho la que merezca según el uso de la plaza; en lo referente a este tema realizaremos una mejor explicación posteriormente puesto que ahora estamos concentrados en el depósito comercial de mercancías y no de dinero, la razón para realizar esta puntualización es porque

a pesar de que los dos son depósitos comerciales deben abordarse de distinta perspectiva tanto jurídica como doctrinaria.

3.3 DEPÓSITO FINANCIERO

El depósito financiero, también conocido como depósito bancario dado que se realiza en dichas entidades del Sistema Financiero es una operación que surge en tiempos muy remotos de la antigüedad en civilizaciones asentadas principalmente en Babilonia, Grecia y Roma de las cuales esbozaremos una breve explicación a partir de estudios elaborados por varios autores para un mejor entendimiento del tema a ser abordado.

Es así que en Babilonia según lo señala Supervielle Saavedra¹⁹ los templos babilónicos fueron quienes recibían depósitos de sus fieles, para posteriormente lucrar con los mismos a través del otorgamiento de crédito a quienes carecían de dinero; en esta civilización también surgió lo que hoy conocemos como banca privada gracias a comerciantes que ejercieron dicha profesión.

Por otro lado en lo que respecta a Grecia tomando el criterio de Carlos Gilberto Villegas²⁰ cabe destacar que de igual manera en inicio los depósitos eran captados por los templos, para posteriormente dicha actividad ser desarrollada por los denominados “trapezistas” quienes se constituían además de depositarios en cobradores de créditos y encargados de efectuar pagos a nombre de terceros.

En lo concerniente a Roma nos permitiremos adoptar el criterio emitido por Jesús Huerta de Soto²¹ para establecer que en aquella civilización no solo se desarrollaba la actividad de banquero, sino que la misma ya se encontraba un tanto regulada en el Digesto gracias a la obra de juristas tales como Ulpiano, Paulo y Papiniano.

¹⁹ Saavedra Supervielle, “El Depósito Bancario”, Premio Banco Comercial, Montevideo, 1960, págs. 20 y 22 citado por Villegas Carlos Gilberto (2005), “Contratos Mercantiles y Bancarios”, Tomo II, 1º edición, Buenos Aires, pág.140.

²⁰ Villegas Carlos Gilberto, ob. cit., pág. 140.

²¹ Huerta de Soto Jesús, “Dinero, crédito bancario y ciclos económicos”, Unión Editorial, Madrid, 1998, págs. 12 y ss., citado por Villegas Carlos Gilberto, ob. cit., pág. 141.

Es así que de todo lo expuesto podemos concluir que la figura del depósito surge como consecuencia de la necesidad de poner en custodia los recursos o excedente de dinero obtenido de las operaciones de comercio que han estado presentes en la humanidad a través de los tiempos, sin perjuicio de lo dicho es importante también señalar que en sus inicios esta operación no fue tan estructurada como lo fue en los tiempos de la industria cuando el comercio alcanzó el auge y empezaron a surgir instituciones financieras legalmente establecidas con la finalidad de captar recursos a través de las operaciones pasivas y colocarlos mediante el uso de operaciones activas pero siempre ateniéndose a lo dispuesto por los cuerpos legales creados específicamente para regular la actividad bancaria.

3.3.1 Concepto

En lo referente a este tema consideramos pertinente iniciar su estudio citando los conceptos de algunos autores para analizarlos y posteriormente emitir un concepto propio adoptando los aspectos más relevantes de las citas.

Según Bollini el depósito financiero es "... aquella operación por la cual el banco obtiene fondos de sus clientes y se obliga a devolvérselos cuando se lo exijan, si el depósito fue pactado "a la vista", o al vencer un término establecido de común acuerdo, si el depósito fue efectuado "a plazo"²²; esta definición resalta la esencia misma en cuanto a derechos y obligaciones del contrato de depósito celebrado por las instituciones financieras y sus clientes, además de determinar que puede adoptar dos modalidades tales como el depósito a la vista y a plazo de cuyo estudio nos encargaremos posteriormente.

Por otro lado Carlos Gilberto Villegas establece que "como receptores del ahorro de la comunidad los bancos ejercen un privilegio singular cuando las leyes les autorizan a disponer de esos ahorros y prestarlos, obteniendo una ganancia o beneficio por la diferencia de tasas que cobran respecto de la que

²² Bollini Shaw (h.) y Boneo Villegas, "Manual para Operaciones Bancarias y Financieras", ed. Abeledo-Perrot, 1979, Argentina, pág.179, citado por Martorell Ernesto Eduardo (1996), "Tratado de los contares de empresa" Tomo II, ediciones Depalma, Buenos Aires, pág. 477.

pagan a los depositantes”²³; de esta explicación se desprende que la recepción de depósitos por parte de las instituciones financieras es una actividad exclusiva de las mismas y autorizada por la Ley, además de resaltar la irregularidad de dichos depósitos por señalar que la institución financiera puede disponer del dinero depositado con el fin de obtener una utilidad a través de la ejecución de operaciones activas.

De los dos autores citados podemos concluir como concepto propio que el depósito financiero es una operación pasiva propia de las instituciones financieras, a través de la cual captan fondos de sus clientes con la finalidad de colocarlas mediante operaciones activas y de esta manera obtener una utilidad, siendo que este depósito puede ser a la vista o a plazo fijo, pero siempre con apego a lo dispuesto en la Ley.

Características del contrato

Ahora bien, dada la necesidad de analizar a partir de otra perspectiva las características del contrato de depósito financiero, nos permitiremos salir del esquema de determinar a las mismas para su posterior conceptualización y más bien intentaremos establecer las consecuencias jurídicas que las mismas generan a quienes celebran dicho contrato para lo cual debemos aclarar que los derechos y obligaciones que derivan de este contrato son distintos según la modalidad de depósito que se adopte según lo señalan los literales a) y b) del Art. 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero ecuatoriano, de los cuales se desprende que el depósito financiero puede ser realizado a la vista o a plazo dado que son operaciones que cuentan con plena autorización de la Ley hacia las instituciones financieras legalmente constituidas, y que dependiendo de la modalidad que acuerden la institución financiera y el cliente dependerán las características de este contrato como lo son el plazo para retirar el dinero, condiciones, cláusulas penales, así como también la forma en que el depositante podrá retirar su dinero, etc. Es decir en cierto punto por ser materia del derecho privado el contrato está a lo acordado por las partes, lo cual no se cumple del todo en nuestro país ya que la mayoría de estos

²³ Villegas Carlos Gilberto, ob. cit., pág.139.

contratos son elaborados en serie por las instituciones financieras y casi nunca el cliente puede añadir al mismo sus cláusulas o condiciones, de lo que resulta un contrato de adhesión.

Naturaleza jurídica

A pesar de que como mencionamos anteriormente las características de este contrato varíen según la modalidad que se adopte, después de revisadas las mismas consideramos que los componentes de su naturaleza jurídica en esencia siempre serán los siguientes:

- **Real**

Esta característica es propia de la naturaleza jurídica del contrato de depósito debido a que ya sea a plazo o a la vista, el mismo siempre se perfeccionará con la entrega del dinero o en su defecto de los títulos a la institución financiera.

- **Unilateral**

Es unilateral debido a que una vez que el cliente entrega el dinero o título a la institución financiera, la misma es la única obligada a restituirlos en el término que se haya acordado dejando de lado obligación alguna del cliente para con dicha institución.

- **Típico**

Es típico porque como señalamos anteriormente a pesar de no establecerse formalidades específicas para su celebración en la Ley, la misma lo reconoce dentro de las operaciones permitidas a las instituciones financieras en el Ecuador.

- **No solemne**

A pesar de estar determinado en la Ley, la misma no señala ninguna formalidad específica para que este contrato adquiera validez o eficacia jurídica.

- **Mercantil**

Algunos autores lo caracterizan por ser mercantil, lo cual dentro de nuestra legislación vendría a traducirse en el carácter de oneroso que posee este contrato por el mero hecho de generar utilidad para las dos partes que intervienen en el mismo; de lo dicho consideramos importante aclarar que bajo ningún punto de vista esto se contradice con la unilateralidad del contrato ya que en virtud de ella solo una de las partes contrae obligaciones y en virtud de tratarse de un contrato oneroso, reportará beneficio para las dos partes, para esto nos permitiremos plantear el siguiente caso: A deposita 1000 dólares en el banco B en una póliza a 1 año plazo, entonces el beneficio para A son los intereses que le pagará B al término del plazo; y por otro lado el beneficio para B es la inversión que podrá realizar con el dinero depositado por A y la ganancia que obtendrá luego de restar los intereses que ganó de los que debe pagar.

- **De Adhesión**

Este contrato es de adhesión ya que como señalamos anteriormente la institución financiera es quien por regla general fija las condiciones y cláusulas que el cliente simplemente acepta o no, claro está que las instituciones financieras pueden elaborar estos contratos siempre que los mismos no sean contrarios a la Ley.

3.3.4 Clasificación

La clasificación del depósito financiero así como su naturaleza jurídica han sido objeto de profundo estudio, razón por la cual han surgido diversas teorías, pero para desarrollar el presente tema no consideramos importante citarlas, sino mas bien rescatar lo mejor de ellas y elaborar nuestra propia clasificación; es así que para proporcionar un trabajo de fácil comprensión y análisis hemos decidido abordar la clasificación del depósito financiero a partir de dos perspectivas que son el depósito irregular de dinero y el depósito de títulos valores debido a que según nuestro criterio estas dos modalidades son el

origen de varios contratos que pueden ser celebrados en torno al depósito financiero gracias al amplio espectro de posibilidades que el mismo brinda.

3.3.4.1 Depósito de dinero

Para iniciar este tema primero debemos comprender que el depósito de dinero en materia bancaria siempre será de carácter irregular cuyo calificativo surge dada la interrogante de qué se debería hacer en caso de que se deposite un bien fungible, y es entonces que varios tratadistas concuerdan en que el depósito adopta la modalidad de irregular al cambiar la obligación de especie que caracterizaba desde sus inicios al depósito por una de género, ahora en palabras más simples dicha irregularidad consiste en que el depositario adquiere la propiedad de los bienes a su cargo para disponer libremente de ellos en cualquier momento, con la única obligación de restituir una cantidad equivalente al término del contrato. Por supuesto que el depósito es pilar fundamental de las instituciones financieras dado que es la operación pasiva que no sólo hace posible la captación de recursos sino también la obtención de lucro a través de la colocación de los mismos mediante operaciones activas, de lo cual se deriva el correcto desarrollo de la actividad de intermediación en el crédito realizada por dichas instituciones.

Ahora bien por otro lado según Rodríguez Azuero la doble disponibilidad que genera el depósito es fuente del "...fenómeno económico llamado del "multiplicador bancario". Cuando con base en el depósito de su cliente el banco otorga un crédito y abona la suma resultante en otra cuenta, el recurso inicial se multiplica, pues habrá dos clientes que pueden disponer, en cierta medida, de una misma suma en forma simultánea...en otras palabras significa que en virtud de dicho principio, los bancos influyen en el mundo económico a través de la creación de medios de pago, al habilitar a la comunidad para adquirir bienes y servicios por encima de las disponibilidades monetarias con las cuales contaban en un principio."²⁴

²⁴ Rodríguez Azuero Sergio (1990), "Contratos bancarios: su significación en América Latina", Biblioteca Felaban, reimpresión de la 4^o edición, Bogotá, pág. 136.

Consideramos pertinente la cita precedente ya que se realizó con la finalidad de ilustrar que un contrato que aparentemente termina en la simple acción de depositar dinero conlleva al desarrollo de todo el sistema financiero o porque no decirlo de la economía mediante la inversión de dichos fondos o en su defecto mediante el efecto del multiplicador bancario más conocido como la creación de dinero bancario; en otras palabras de lo expresado podemos concluir que el depósito financiero es el génesis y pilar tanto para las instituciones financieras como para la economía.

3.3.4.1.1 Naturaleza jurídica

Una vez comprendido mejor el depósito irregular de dinero y su función dentro de las instituciones financieras y la economía es importante analizar su naturaleza jurídica ya no desde la perspectiva generalizada a partir de la cual analizamos la naturaleza jurídica del contrato de depósito financiero, sino mas bien a partir de la doctrina ya que en este punto de determinar la naturaleza jurídica del depósito irregular de dinero han surgido varias teorías que plantean distintas características y componentes de la misma según el punto de vista del que se parta, y, es debido a ese inconveniente que nos permitiremos resumir las teorías de varios autores, analizadas por Eduardo Martorell²⁵ de las que resaltan:

A. Teoría del mutuo

Esta teoría básicamente señala que el depósito financiero se encuentra vinculado al mutuo debido a que tal como en dicha figura, en el depósito el dominio del bien se transmite a favor del depositario; para restar validez a esta teoría se señala que en primer lugar en el depósito financiero la institución financiera está obligada a devolver los fondos al primer requerimiento(en cualquier momento), mientras que en el mutuo siempre se debe establecer un plazo y en segundo lugar que el depósito financiero es efectuado ya que el depositante busca la guarda y custodia de su dinero, mientras que en el mutuo siempre se persigue el lucro.

²⁵ Martorell Ernesto Eduardo, ob. cit., pág. 481 a 483.

B. Tesis del depósito irregular

Esta teoría basa sus supuestos en que el dinero es entregado como suma y más no como un objeto determinado por sus características únicas, número de serie, etc.; que el dinero pasa a ser propiedad del depositario pudiendo hacer con el lo que a bien tenga, siempre y cuando la obligación del depositario sea la de restituir la misma cantidad al término del contrato o como se mencionó anteriormente al primer requerimiento del depositante.

C. Teoría del negocio sui generis

Según lo señala Zavala Rodríguez²⁶, este contrato vendría a tener el carácter de sui generis por estar conformado con caracteres tanto del depósito como del mutuo, es decir esta viene a ser la teoría ecléctica que permitiría establecer la naturaleza jurídica de este contrato desde un punto de vista más amplio y tolerante.

De todo lo analizado previamente hemos resuelto emitir nuestro criterio con respecto a la naturaleza jurídica del depósito de dinero apegándonos a lo expuesto por Rodríguez Azuero²⁷ lo cual nos lleva a considerar que el depósito de dinero siempre será irregular por ser traslativo de la propiedad, exceptuando el caso del depósito a plazo en el que más sobresalen las características del mutuo y en el que el mencionado autor considera que se utiliza la denominación de depósito irregular en base a la legislación y la práctica bancaria. Al adoptar la tesis del depósito irregular parecería que la institución financiera queda en total ventaja con respecto a su cliente (depositante), por lo cual consideramos pertinente señalar y explicar las obligaciones que contrae la institución financiera al apropiarse de los recursos captados mediante el depósito, es así que según coinciden varios autores las mismas son:

²⁶ Zavala Rodríguez Carlos Juan, "Código de Comercio Comentado y Concordado", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967, pág. 177, citado por Martorell Ernesto Eduardo, ob. cit., pág. 483.

²⁷ Rodríguez Azuero Sergio, ob. cit., pág. 138

- **Devolución de la suma recibida**

Respecto a esta obligación por muy obvio que parezca su contenido, debemos resaltar que la oportunidad para la restitución del dinero depositado dependerá de la modalidad de depósito que se haya pactado y, que dicha restitución podrá ser parcial o total según lo requiera el depositante.

- **Custodia del dinero depositado**

En este caso la obligación va más allá de la simple custodia del dinero depositado, sino que también engloba el hecho de garantizar que el dinero de los depositantes está siendo manejado prudentemente por parte de la institución financiera.

- **Pago de intereses**

En lo referente al pago de intereses debemos partir del depósito a la vista en el que por regla general no suele pagarse intereses a los depositantes sin que esto represente falta de reconocimiento de la institución financiera hacia el cliente, debido a que el hecho de no cobrar por los servicios prestados en virtud de este depósito es considerado como la prerrogativa otorgada a los depositantes según el criterio de varios autores; por otro lado se considera que no es posible el pago de intereses en el depósito a la vista debido a que no se pueden realizar operaciones a largo plazo con dinero que puede ser retirado en cualquier momento. Por el contrario en el depósito a plazo se pagan intereses al cliente debido a que la institución financiera puede realizar diversas operaciones con ese dinero y así obtener además de los intereses a ser pagados al cliente, la utilidad que le permitirá crecer económicamente hablando.

3.3.4.1.2 Clasificación

Del depósito de dinero surgen dos formas contractuales que consideramos de suma importancia revisar, las mismas son el depósito a la vista y el depósito a plazo, a los cuales estudiaremos a continuación en el presente capítulo; obviamente optamos por clasificar así al depósito de dinero en función del

enfoque que le debemos dar a la presente investigación sin perjuicio de lo cual nos permitiremos a manera de introducción revisar la clasificación del depósito de dinero establecida por Rodríguez Azuero²⁸ dado que la misma nos permitirá determinar si nuestra clasificación es acertada, es así que el autor antes mencionado clasifica al depósito irregular de dinero de la siguiente forma:

- **Por su forma de manejo**

Según su forma de manejo el depósito se puede clasificar en simple y en cuenta corriente.

- **Por su exigibilidad**

Puede ser a la vista, a término o con preaviso. Como acotación, el depósito con preaviso es aquel en el que el depositante debe dar aviso anticipado a la institución financiera en caso de que quiera retirar el dinero.

- **Por la función social**

Dentro de esta clasificación el autor resalta primordialmente a los depósitos de ahorro.

- **Por cumplir alguna función especial**

Engloba a los depósitos en garantía cuya finalidad es la de cubrir una obligación principal cuyo cumplimiento está pendiente por parte del deudor.

Una vez señalada y brevemente resumida la clasificación propuesta por Rodríguez Azuero nos atrevemos a afirmar que nuestra clasificación es pertinente en función de que la misma bien puede albergar a todos los depósitos señalados por dicho autor, sin que esto signifique que alguna de las dos clasificaciones sea errónea, si no mas bien que existe una diferencia de enfoques debido a las necesidades didácticas de la presente investigación; ahora que ya hemos explicado el por qué clasificamos al depósito de dinero en a la vista y a plazo procederemos al estudio de dicha clasificación.

²⁸ Rodríguez Azuero Sergio, ob. cit., pág. 141-142.

3.3.4.1.2.1 Depósito a la vista

Al abordar el presente tema consideramos pertinente destacar que estudiaremos su parte general debido a que en su esencia siempre estará compuesto por los caracteres previamente estudiados del depósito financiero y de dinero, la razón por la que realizaremos un estudio general de este tema es debido a que en el siguiente capítulo desglosaremos las operaciones que se pueden llevar a cabo en virtud del mismo.

Ahora bien para dar inicio al estudio del presente tema consideramos importante establecer el concepto de depósito a la vista determinado en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero ecuatoriana el cual define a dicho depósito en el literal a) del Art. 51 de la siguiente manera “...Los depósitos a la vista son obligaciones bancarias, comprenden los depósitos monetarios exigibles mediante la presentación de cheques u otros mecanismos de pago y registro; los de ahorro exigibles mediante la presentación de libretas de ahorro u otros mecanismos de pago y registro; y, cualquier otro exigible en un plazo menor a treinta días. Podrán constituirse bajo diversas modalidades y mecanismos libremente pactados entre el depositante y el depositario.”

Hemos resuelto citar esta definición puesto que la misma no solo cumple tal función sino que también especifica las operaciones que pueden realizar las instituciones financieras en función de dicha modalidad de depósito, sin que por ningún motivo el artículo antes mencionado pueda ser inobservado.

Ahora bien con la finalidad de obtener una explicación mas clara de lo que representa el depósito a la vista nos permitiremos citar el criterio emitido por varios autores a este respecto:

Carlos G. Villegas: Afirma que los depósitos a la vista “Son aquellos que deben estar siempre a “disponibilidad” del depositante y pueden efectuarse en cuentas corrientes bancarias o en cuentas de “ahorro” o simplemente en cuentas “a la vista”.²⁹ Además, dicho autor destaca que el depósito a la vista constituyó en sus inicios un instrumento importante para hacer circular el dinero y que en la actualidad es la fuente de captación de recursos más importante que poseen las instituciones financieras.

²⁹ Villegas Carlos Gilberto, ob. cit., pág. 162.

Ernesto Martorell: En lo referente al depósito a la vista considera que el mismo encuentra su origen en la necesidad que posee el depositante de mantener segura una cantidad de dinero que será reembolsable cuando éste así lo solicite.

Del concepto establecido por la legislación ecuatoriana y del criterio emitido por los autores antes mencionados podemos concluir que el depósito a la vista es una operación autorizada expresamente por la Ley a las instituciones financieras, la misma que puede llevarse a cabo en cuenta corriente, cuenta de ahorro o depósito simple lo cual dependerá de la necesidad que tenga el depositante y de los mecanismos que quiera utilizar para el uso o retiro de su dinero.

3.3.4.1.2.2 Depósito a plazo

Siguiendo el esquema de estudio del tema anterior iniciaremos el estudio del depósito a plazo con la definición señalada en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, la cual establece en el literal b) del Art. 51 la siguiente definición para depósito a plazo: "...Los depósitos a plazo son obligaciones financieras exigibles al vencimiento de un período no menor de treinta días, libremente convenidos por las partes. Pueden instrumentarse en un título valor, nominativo, a la orden o al portador, pueden ser pagados antes del vencimiento del plazo, previo acuerdo entre el acreedor y el deudor."

Por otro lado en lo concerniente a este tema también expondremos el criterio de varios autores con la finalidad de comprender mejor esta modalidad de depósito.

Carlos G. Villegas: Según este autor, son depósitos a plazo aquellos "depósitos "remunerados" que los bancos captan contra entrega de algún documento negociable, como "certificados de depósitos" o bien "pagarés" o "letras", según los distintos ordenamientos, que son contratados a un plazo determinado para su restitución".³⁰

Ernesto Martorell: Según lo expuesto por este autor concluimos que en el depósito a plazo el depositante busca además de la seguridad de su dinero, obtener un rendimiento del mismo, y por tal motivo lo deposita a cierto plazo de

³⁰ Villegas Carlos Gilberto, ob. cit., pág. 164.

tiempo con la finalidad de que la institución financiera lo utilice provechosamente y así pueda pagar al depositante los intereses pactados.

Rodríguez Azuero: Respecto al presente tema afirma que “En estricto rigor, un depósito es a término cuando el depositante no puede exigir la devolución de la suma sin haber transcurrido el plazo previsto en el contrato”.³¹

Además de las definiciones y acotaciones antes mencionadas consideramos pertinente en este tipo de depósito explicar las características que lo diferencian del contrato de mutuo para evitar confusiones en lo posterior, ya que ciertos caracteres de ambos contratos podrían llevarnos a pensar que consisten en lo mismo; es así que para descartar esta idea, en primer lugar debemos comprender que el contrato de depósito a plazo se celebra en razón de la confianza que el depositante tenga en una institución financiera para custodiar su dinero dada su solvencia, prestigio, etc., y por otro lado debemos tener en cuenta que por ningún motivo se podría confundir con el mutuo ya que el contrato que da origen a la realización de esta operación financiera es conocido como “contrato de depósito” el cual en su nombre y características esenciales permite ver claramente que esta figura se encuentra muy distante de ser el equivalente al mutuo.

Como acotación final al tema cabe señalar que dentro del depósito a plazo pueden surgir el depósito a plazo “propriadamente dicho” y el depósito “con preaviso”.

Para concluir el tema del depósito a la vista y a plazo nos permitiremos citar a Martorell³² en cuanto a sus consideraciones sobre las causas de terminación de los mismos:

El depósito concluye:

1. Cuando el depositante retira la totalidad de los fondos depositados.
2. Si habiéndose pactado “por plazo indeterminado” alguna de las partes decide rescindir el contrato.
3. Cuando siendo el depósito a plazo la institución financiera hubiese incumplido en el pago de intereses o por otro lado se niegue a restituir lo depositado ajustándose a lo establecido en el contrato.

³¹ Rodríguez Azuero Sergio, ob. cit., pág. 229.

³² Martorell Ernesto Eduardo, ob. cit., pág. 488.

3.3.5 Depósito de títulos valores

Debido a que durante el desarrollo de la presente investigación hemos analizado y estudiado más a profundidad el depósito de dinero, consideramos importante ahora el dedicarle un amplio espacio en la misma al depósito de títulos valores por dos razones, la primera es debido a que a pesar de que no nos encontremos muy familiarizados con el mismo también constituye una operación realizada por las instituciones financieras y la segunda deriva de la necesidad de conocer esta modalidad de depósito ya que el desarrollo actual del mundo comercial y financiero podría convertir al depósito de títulos valores en una herramienta necesaria para la cotidianidad, por lo cual debemos conocer las características y por ende la utilidad de esta modalidad de depósito.

Para comprender el depósito de títulos valores es menester iniciar por conocer su concepto, para lo cual tomaremos las definiciones de dos autores los cuales establecen lo siguiente; por un lado Carlos Gilberto Villegas afirma que “El depósito de valores en un banco es un típico contrato bancario, por el cual un cliente entrega al banco títulos valores y el banco se obliga a devolverlos (depósito en custodia), pero también se puede obligar a cobrar su renta (depósito de administración)”³³, respecto a esta definición cabe establecer que para el caso de nuestro país debemos entender por banco a las instituciones que conforman el Sistema Financiero; de otra parte de lo expuesto por Eduardo Martorell³⁴ podemos decir que el depósito de títulos valores se da como operación de la actividad habitual de las instituciones financieras y que en virtud de la misma, aquellas asumen la custodia de dichos títulos para restituirlos cuando el depositante así lo requiera.

Ahora bien, el depósito de títulos valores según varios doctrinarios se clasifica en depósito cerrado o conocido como de custodia y depósito abierto o también conocido como depósito en custodia y administración a los cuales procederemos a analizar luego de establecer las características que prevalecerán en el contrato de depósito de títulos valores independientemente de la modalidad que este adopte:

³³ Villegas Carlos Gilberto, ob. cit., pág. 174.

³⁴ Martorell Ernesto Eduardo, ob. cit., pág. 491.

- Es un contrato real
- Es oneroso
- Es de adhesión
- Siempre se constituirá como depósito regular

Una vez realizadas las precisiones precedentes y confiando en que las mismas serán de gran utilidad para comprender las dos modalidades de depósito de títulos valores podemos proceder a estudiarlas.

3.3.5.1 Depósito Cerrado

En el depósito cerrado la obligación principal de la institución financiera es la guarda del bien depositado para su posterior restitución, para comprender mejor lo dicho nos permitiremos citar a varios autores que definen este depósito.

Joaquín Garrigues afirma que el depósito cerrado “Se trata de un depósito en el que se dan los rasgos esenciales del depósito clásico y fundamentalmente el elemento de la custodia”.³⁵

Eduardo Martorell dice que el depósito cerrado “es el depósito que suele caracterizarse como clásico, en el cual se dan los rasgos esenciales de esta figura y—fundamentalmente—el elemento de la custodia como contenido propio del depósito”.³⁶

De las consideraciones mencionadas se desprende que las obligaciones que la institución financiera adquiere para con el depositante son la custodia y restitución de los títulos depositados, lo cual le da la característica de ser un depósito regular puesto que se deberán entregar los mismos títulos y no otros que se asemejen; además de que en caso de que se pactare que la institución financiera puede hacer uso de esos títulos según la doctrina esto constituiría mas bien un contrato de comodato entre el depositante y dicha institución. Para ampliar el tema de las obligaciones contraídas en virtud de este depósito a continuación las revisaremos con respecto al depositante y al depositario.

³⁵ Garrigues Joaquín (1958), “Contratos Bancarios”, edición del autor, Madrid, pág. 405.

³⁶ Martorell Ernesto Eduardo, ob. cit., pág. 491.

- **Obligaciones del depositante**

En este caso el depositante está obligado a pagar a la institución financiera el canon que se haya fijado en virtud del depósito y de no haberlo hecho así, según varios autores se deberá pagar la comisión de uso común en la plaza dado el carácter mercantil que poseen los contratos bancarios.

- **Obligaciones del depositario**

El depositario está obligado a la guarda y custodia de los títulos, además de su restitución cuando el depositante así lo solicite; otra obligación importante que posee la institución financiera es la de emitir un resguardo que se constituye en documento probatorio de la propiedad de los títulos depositados, el mismo que posee las siguientes características:

- Información que permita detallar o individualizar los títulos depositados.
- Es un documento de carácter intransferible y meramente probatorio.
- Debe contener estipulaciones que permitan el correcto desempeño de la operación en el tiempo.

De todo lo expuesto podemos concluir que el depósito cerrado de títulos es un depósito de carácter regular, en virtud del cual la institución financiera debe custodiarlos a cambio de una remuneración por tal servicio.

3.3.5.2 Depósito Abierto

El depósito abierto no necesariamente es la posibilidad que tiene la institución financiera de hacer uso a nombre y beneficio propio de los títulos depositados, sino mas bien se traduce en la obligación de practicar todas las diligencias necesarias con la finalidad de conservar y por tanto dar la posibilidad de ejercer los derechos que dichos títulos confieren al depositante, es por esta razón que a este depósito también se lo denomina depósito en custodia y administración. En este tipo de depósito la institución financiera se constituye en administradora de los títulos depositados, por lo cual algunos doctrinarios afirman que ya no se trataría propiamente de depósito sino mas bien de un servicio prestado por la institución financiera o en su defecto de un contrato de mandato, pero al respecto Garrigues³⁷ explica que mas bien se trata de un depósito calificado por ser la administración de los títulos una obligación

³⁷ Garrigues Joaquín, ob. cit., pág. 410.

accesoria a la principal del depósito que es la custodia. Este tipo de depósito al igual que el cerrado es de carácter regular y como característica propia excluye los efectos de comercio, es decir aquellos que surgen debido a una relación comercial entre particulares, tal es el caso de las letras de cambio, pagarés, etc.; de otra parte podemos afirmar que sus características son similares a las del depósito cerrado pero con una marcada diferencia en cuanto a las obligaciones que la institución financiera contrae en virtud de la administración de dichos títulos a las cuales detallaremos a continuación.

- **Obligaciones del depositante**

Al igual que en el depósito cerrado el depositante debe pagar a la institución financiera un canon por la custodia y administración de los títulos depositados, el cual en el presente caso se fijará tomando en cuenta un porcentaje de los dividendos que dichos títulos generen.

- **Obligaciones del depositario**

La administración de los títulos por parte de la institución financiera conlleva las siguientes obligaciones:

- Requerir instrucciones al depositante en caso de suscitarse alguna situación complicada de resolver con respecto a los títulos.
- Debe actuar diligentemente con el fin de conservar y ejercer los derechos que los títulos depositados contengan a favor del depositante (cobro de dividendos, suscripción de acciones, etc.).
- Será responsabilizado por los daños causados al depositante en caso de que la institución financiera no haya actuado diligentemente.

Cabe especificar que además de las obligaciones antes mencionadas subsisten otras tales como la de guarda, de no hacer uso en beneficio propio de los títulos depositados y de restitución de los títulos tal como en el depósito cerrado.

Ahora bien es necesario determinar que en nuestro país tanto el depósito abierto como cerrado se pueden constituir sobre títulos desmaterializados lo cual nos lleva a explicar que en el Ecuador todas las transacciones efectuadas sobre títulos desmaterializados han sido efectuadas mediante el DECEVALE cuya fundación se dio en el año de 1994 bajo la aprobación y regulación de la

Superintendencia de Compañías; en la actualidad tanto el Banco Central del Ecuador como el DECEVALE prestan servicios resumidos principalmente en *compensación y liquidación de operaciones, desmaterialización de valores, custodia de valores ,ejercicio de derechos contenidos dentro de los valores mencionados e impulsar la emisión de nuevos valores en forma desmaterializada para que esta práctica se arraigue en el mercado.*

4. OPERACIONES DE DEPÓSITO IRREGULAR

Para finalizar la presente investigación consideramos importante estudiar a aquellas que por razones mas bien didácticas hemos resuelto llamar operaciones de depósito irregular dentro de las cuales se encuentran la cuenta de ahorro y la cuenta corriente. La decisión de dedicar un capítulo a estas operaciones surgió debido a que en la actualidad los pasos agigantados en las relaciones comerciales obligan a requerir un manejo seguro y eficaz del dinero que solo puede ser proporcionado por las instituciones financieras y los servicios que las mismas ponen a nuestra disposición, pero para hacer uso correcto de dichos servicios es necesario comprender los beneficios que los mismos nos pueden proporcionar además de los derechos y obligaciones que generan.

4.1 CLASIFICACIÓN

Como mencionamos anteriormente y ajustándonos a los requerimientos de la presente investigación, a continuación analizaremos detalladamente tanto la cuenta de ahorro como corriente por ser en la actualidad servicios financieros indispensables para la custodia y manejo eficaces del dinero.

4.1.1 LA CUENTA Y EL DEPÓSITO DE AHORRO

Como introducción al presente tema consideramos importante el mencionar que tanto como el depósito, la cuenta de ahorro como tal se remontan varios años atrás en todas las sociedades como consecuencia de la necesidad que poseía la clase obrera de mantener seguro su dinero y de poder disponer del mismo cuando lo requiera, y es por eso que las cajas de ahorro se vieron formalizadas sin que esto implique su inclusión como entidades de intermediación financiera en la legislación de las naciones a fines del siglo XVIII, dicha falta de reconocimiento en el derecho se da por su función netamente social que se reflejaba en la prestación de servicios de índole benéfico, el fomento del ahorro en las clases bajas mediante la oferta de seguridad y rentabilidad con respecto al dinero depositado en su mayoría por la clase trabajadora que gracias a dichas cajas evitó su exclusión en cuanto al

acceso de servicios prestados por las entidades del Sistema Financiero en varios países tales como España, Inglaterra, Alemania, etc.; posterior a las precisiones históricas realizadas es necesario establecer y explicar los factores que varios doctrinarios consideran la principal motivación del ahorro, los mismo que son:

- **Renta**

Es considerada uno de los factores principales ya que por regla general no se concibe el ahorro si no existe excedente en el ingreso de una persona luego de haber cubierto todas sus necesidades en cuanto a consumo se refiere.

- **Patrimonio**

La doctrina considera que si una persona posee un patrimonio bien consolidado no propenderá al ahorro, pero basándonos en la hipótesis de la creación de provisiones o en su defecto de capital consideramos que independientemente de la magnitud del patrimonio que alguien pueda poseer el ahorro siempre constituirá la base de la economía de las personas.

- **Interés**

En cuanto al interés la doctrina establece que influencia principalmente en lo referente a las formas de ahorro que se pueden adoptar, puesto que el ahorro a la vista genera un interés mínimo que propende más bien a motivar al ahorrista, y por el contrario los depósitos a plazo brindan un mayor interés dado que el depositante no puede disponer inmediatamente del dinero con lo cual la institución financiera adquiere más libertad y por ende oportunidades en el uso que le pueda dar al mismo, en fin este aspecto depende mucho de la finalidad que tenga el depositante.

- **Estabilidad Social**

Este factor depende más bien de la situación del Estado en el que resida el depositante ya que el incremento o disminución del ahorro dependerán de la

realidad no solo social sino también económica y jurídica que el depositante perciba.

4.1.1.1 CONCEPTO

Ahora bien, luego de esta breve introducción y para poder desarrollar el tema que nos concierne es menester citar las consideraciones de varios autores en lo que se refiere a la palabra ahorro, con el propósito de comprender la esencia de dicho depósito y de poder elaborar un concepto propio, además de establecer y analizar las características principales del mismo.

Rodríguez Azuero considera que el ahorro “Se trata de un depósito irregular de dinero que comparte con los depósitos a término la finalidad de conservar parte de los ingresos de las personas en previsión de necesidades futuras o de la formación de un capital”.³⁸

Luis Guillermo Barbosa por su parte afirma que “En su origen, el ahorro es una previsión económica respecto a lo porvenir, y se exterioriza en las economías cerradas mediante la acumulación de provisiones. Por eso el ahorro se ha relacionado con la *abstinencia*, con el aplazamiento del goce. Según esto, se podría definir el ahorro como economía en previsión de lo futuro, pues consiste en la consideración de lo por venir al tratar de dedicar los bienes al consumo o a su reserva”.³⁹

Según menciona Joaquín Rodríguez el depósito de ahorro consiste en “...dineros que se acumulan, no con vistas a una posible disposición inmediata, sino como una forma de capitalización privada no sometida a más planes que la voluntad y las posibilidades del ahorrador”.⁴⁰

Finalmente nos permitiremos citar al Dr. Antonio Borrero quien considera que el depósito de ahorro tiene por finalidad “...conservar parte de los ingresos de la

³⁸ Rodríguez Azuero Sergio (1990), “Contratos bancarios: su significación en América Latina”, Biblioteca Felaban, reimpresión de la 4ª edición, Bogotá, pág. 237.

³⁹ Barbosa Luis Guillermo – Castaño de Barbosa Marlene (1978), “Contratos Bancarios”, Editorial TEMIS, Bogotá, pág. 129.

⁴⁰ Rodríguez Rodríguez Joaquín (1964), “Derecho bancario”, Ed. Porrúa, Segunda edición, México, pág. 282.

comunidad en previsión de necesidades futuras o de la formación de un capital (finalidad socio-económica).”⁴¹

De las citas antes mencionadas se desprende que el ahorro en sí es un contrato de depósito irregular celebrado con una institución financiera y que el mismo se desarrolla en el tiempo ya sea mediante depósito o retiro de los fondos de dicha cuenta, esto sin perjuicio de destacar que su función fundamental es la creación de provisiones que serán utilizadas a futuro para su consumo o consolidación de un capital; además del análisis jurídico consideramos importante destacar que por todo lo enunciado anteriormente la cuenta de ahorro se constituye en base fundamental de la economía y del desarrollo tanto de las instituciones financieras como de los depositantes.

4.1.1.2 NATURALEZA JURIDICA

Para comprender mejor la estructura y funcionamiento de la cuenta de ahorro es necesario establecer las características propias de su naturaleza jurídica, las mismas que detallaremos y explicaremos a continuación:

- **Depósito financiero**

Como ya explicamos anteriormente la cuenta de ahorro es por excelencia depósito financiero en razón de ser una operación pasiva que se manifiesta en el depósito irregular de dinero en una institución financiera, en virtud del cual dicha institución adquiere la propiedad del dinero depositado con la condición de restituirlo al depositante cuando este así lo requiera.

- **Unilateral**

La cuenta de ahorro es un contrato unilateral en razón de que la institución financiera queda obligada con el depositante a restituir el dinero, mientras que este no contrae obligación alguna. Para mejor comprensión de esta característica citaremos lo establecido en el Art. 1455 del Código Civil

⁴¹ Borrero Vintimilla Antonio (1982), “Derecho Bancario Ecuatoriano”, Indugraf CIA. Ltda. , Cuenca, pág. 134.

ecuatoriano que establece que “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna...”.

- **Oneroso**

Es un contrato oneroso debido a que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, en el caso del depositante su utilidad se traduce en la seguridad y rentabilidad que la institución financiera le proporciona; y en cuanto a la institución financiera su utilidad se refleja en la posibilidad de realizar las operaciones propias del giro del negocio con los depósitos de su cliente y en virtud de las mismas generar su ganancia.

- **Real**

Es de carácter real debido a que se perfecciona con la entrega o depósito del dinero en la institución financiera.

- **Principal**

Es un contrato principal dado que para subsistir no requiere de la celebración de otro contrato o convención.

- **De tracto sucesivo**

Es de tracto sucesivo ya que se debe dar cumplimiento a las obligaciones contraídas por la institución financiera durante el tiempo de vigencia del contrato.

- **De adhesión**

Es de adhesión debido a que como señalamos anteriormente, los contratos bancarios son elaborados en masa pues esto representa una significativa reducción de tiempo y costos para la institución financiera, por supuesto cabe reiterar que esta característica en función de la legislación ecuatoriana y de la buena fe que se presupone por parte de la institución financiera no representa bajo ningún punto de vista la oportunidad de generar contratos en perjuicio del depositante.

- **Atípico**

Es atípico ya que a pesar de estar reconocido en la Ley, la misma no establece reglamentación alguna para su celebración o perfeccionamiento.

4.1.1.3 CARACTERISTICAS

Las características que detallaremos a continuación las hemos adoptado luego de notar que la mayoría de autores en materia de derecho bancario las considera de suma importancia para comprender la cuenta de ahorro en sí.

- **Multiplicidad de clientes**

Esta característica se presenta debido a la concurrencia excesiva de pequeños ahorristas usuarios de este tipo de cuenta, que por lo general tienen un promedio bajo de ahorro en razón de sus ingresos, dicha característica ocasiona que en estas cuentas no se acrediten intereses elevados pues los mismos deben ser utilizados por las instituciones financieras para poder cubrir los costos operativos que generan los servicios prestados a los clientes de ahorro.

- **Permanencia de los depósitos**

En razón de la hipótesis planteada al inicio del presente tema de la que se desprende que el ahorro se realiza con la finalidad de acumular provisiones o un capital para ser utilizado en el futuro, se deduce que la cuenta de ahorro implica el no utilizar el dinero depositado en dicha cuenta durante un lapso prudente de tiempo, claro está que esto no siempre se cumple pero en los casos en que si se preserva el dinero la institución financiera se beneficia al poder realizar operaciones activas más flexibles con los recursos captados mediante las cuentas de ahorro.

- **Limitación de las cuantías**

La limitación a las cuantías en la cuenta de ahorro se da en razón de que las legislaciones de Estados tales como Perú, El Salvador, Colombia, etc., establecen privilegios y varios mecanismos de protección para los ahorristas de

cuantías menores como sucede en este tipo de cuentas; en nuestro país también existen normas e instituciones que brindan protección a los usuarios del Sistema Financiero, tal es el caso de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, el defensor del cliente, la Superintendencia de Bancos y Seguros, Corporación del Seguro de Depósitos(COSEDE), etc., pero la diferencia con las legislaciones antes mencionadas radica en el hecho de que la protección que se brinda en sus distintas instancias no sólo está orientada al pequeño ahorrista sino a todos los usuarios del mencionado sistema.

A las características explicadas consideramos importante añadir los *incentivos no monetarios*⁴², característica incluida por Sergio Rodríguez Azuero de la cual se deriva que el grupo socioeconómico que utiliza este sistema de ahorro responde muy bien a dichos incentivos, los cuales pueden reflejarse en créditos de consumo o en su defecto para adquirir un auto, vivienda, etc., la posibilidad de utilizar medios electrónicos para realizar transacciones con un bajo costo operativo, sorteos entre otros. Consideramos que la razón fundamental para que las instituciones financieras proporcionen dichos incentivos se debe a que la principal fuente de captación de recursos y por ende de sustentación y desarrollo de dichas entidades proviene de los depósitos que en su mayoría como ya explicamos anteriormente son generados en este tipo de cuenta.

4.1.1.4 CLASIFICACIÓN

En lo referente a la clasificación que vamos a explicar a continuación es necesario establecer que la misma no es de la cuenta de ahorro propiamente, sino mas bien trata de las modalidades en las que se puede manifestar el depósito de ahorro dentro de dicha cuenta, para lo cual hemos decidido seguir el lineamiento establecido por Rodríguez Azuero⁴³ en virtud de que dicho autor establece a nuestro parecer una división completa y acorde a la actualidad.

⁴² Rodríguez Azuero Sergio, ob.cit., pág. 238.

⁴³ Rodríguez Azuero Sergio, ob.cit., pág.239 a 240.

- **Simples y en cuenta**

El depósito simple es aquel en el que se da el depósito una sola vez y el contrato con la institución financiera termina cuando el cliente retira la totalidad de la suma depositada. A diferencia del depósito simple el depósito en cuenta permite al depositante realizar retiros y abonos en dicha cuenta durante el tiempo de duración del contrato y al respecto Joaquín Rodríguez citando a la Ley de Instituciones de Crédito mexicana de aquella época señala que “El depósito en cuenta de ahorros es un depósito bancario irregular de dinero con interés, en el que el depositante puede hacer abonos sucesivos y disponer del saldo mediante recibos, parte a la vista y parte con preavisos”⁴⁴; ahora bien con la finalidad de realizar un contraste con la legislación actual nos permitiremos citar el Art. 59 de la mencionada Ley que establece lo siguiente respecto al depósito en cuenta de ahorro: “Los depósitos de ahorro son depósitos bancarios de dinero con interés capitalizable. Se comprobarán con las anotaciones en la libreta especial que las instituciones depositarias deberán proporcionar gratuitamente a los depositantes. Las libretas contendrán los datos que señalen las condiciones respectivas y serán título ejecutivo en contra de la institución depositaria, sin necesidad de reconocimiento de firma ni otro requisito previo alguno.”

- **A la vista y a plazo**

En lo referente a esta clasificación simplemente estableceremos que la misma está dada en función del tiempo en que el dinero depositado es exigible a la institución financiera.

- **Contractual o de ahorro periódico**

Respecto a esta posibilidad de depósito en cuenta de ahorro Rodríguez Azuero manifiesta que “...el monto y la periodicidad de los depósitos no obedecen a la simple iniciativa del titular, sino a un programa convenido desde el principio con el banco y enderezado a acumular una cierta cantidad de dinero que le permita

⁴⁴ Artículo 18, Ley de instituciones de Crédito citado por Joaquín Rodríguez, ob. cit., pág. 287. La cita realizada por el autor es de la ley que estaba vigente en 1964 cuando se realizó la segunda edición de su obra.

al ahorrador obtener un préstamo de la institución de crédito y realizar una determinada finalidad”.⁴⁵ En lo concerniente a la práctica financiera en nuestro país podríamos decir que coincide con lo expresado por Azuero con excepción de la finalidad de obtener un crédito de la institución financiera, ya que por lo general esta modalidad de ahorro se programa para depositar un monto fijo de dinero durante un lapso de tiempo determinado, luego del cual el ahorrista hará uso de sus propios fondos obtenidos en virtud del cumplimiento de dicho contrato.

4.1.1.5 LA LIBRETA DE AHORRO

En cuanto a la libreta de ahorro consideramos importante su estudio debido a que es un documento representativo y a la vez probatorio de los abonos y retiros realizados en la cuenta de ahorros y por dichas razones se la considera como un instrumento indispensable para el manejo de dicha cuenta por parte del depositante.

Continuando el pensamiento precedente podemos establecer que la utilización de la libreta hace más fácil el manejo de la cuenta de ahorro al cliente de la institución financiera, puesto que la misma obliga a dicha institución a llevar la contabilidad del depositante por duplicado, es decir en sus libros y en la mencionada libreta anotando en ella los abonos y retiros que se realicen de la cuenta de ahorro de la que el cliente sea titular, dejando saber luego de dicha anotación el saldo restante. Para comprender mejor la información que la institución financiera está obligada a detallar en la libreta de ahorro a continuación enunciaremos el contenido usual de la misma dentro del sistema financiero ecuatoriano dada en función de los usos financieros y por supuesto de no contravenir los derechos que posee el depositante:

- **Reglamento de ahorros**
- **Datos de identificación de la cuenta y su titular**
- **Los movimientos realizados (abonos o retiros)**
- **Saldo disponible**

⁴⁵ Rodríguez Azuero Sergio, ob.cit., pág. 240.

Una vez que hemos establecido la información que consideramos relevante con respecto a la libreta de ahorros, es necesario precisar tal como lo han hecho varios autores que la misma no es más que un instrumento probatorio, que a pesar de ser nominativo por ninguna razón podrá considerarse título valor en función de que no reúne los requisitos de incorporación, literalidad, legitimación y autonomía característicos de dichos títulos.

4.1.1.6 PRIVILEGIOS

A pesar de que anteriormente mencionamos que las leyes otorgan protección especial no solo a los cuenta ahorristas sino a todo el conjunto de depositantes del sistema financiero ecuatoriano a continuación detallaremos y realizaremos un breve análisis de privilegios que poseen exclusivamente los depositantes de cuenta de ahorro que básicamente consisten en tres puntos que son:

- **Inembargabilidad**

Respecto a este privilegio de la cuenta de ahorro Rodríguez Azuero señala que “...ante la presencia de intereses de superior jerarquía, el legislador ha optado por introducir excepciones en esta materia, en el caso concreto de las cuentas de ahorro estableciendo la Inembargabilidad de todo o parte de ellas, ya porque así se diga, bien porque se considere patrimonio de la familia que goce de este privilegio; en todo caso, tratando de proteger los intereses de los ahorradores y sus familias”⁴⁶.

- **Tratamiento fiscal**

El privilegio de tratamiento fiscal de la cuenta de ahorro hace referencia a lo establecido en el núm. 6 del Art. 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno ecuatoriana en la que se establece que están exonerados de impuesto a la renta “Los intereses percibidos por personas naturales por sus depósitos de ahorro a la vista pagados por entidades del sistema financiero del país”.

⁴⁶ Rodríguez Azuero Sergio, ob.cit., pág. 242.

- **Créditos privilegiados**

En cuanto a créditos privilegiados, los mismos hacen referencia a la primacía que poseen los depositantes en cuenta de ahorro en caso de liquidación voluntaria o forzosa de una institución financiera o en su defecto en caso de quiebra de la misma, a este respecto los literales a) y c) del Art. 167 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero determinan a los depósitos como créditos privilegiados de primera clase y por otro lado el Art.169 de la misma ley expresa lo siguiente en cuanto al derecho de preferencia de los depositantes en caso de liquidación forzosa de la institución financiera: "...el derecho de preferencia a que se refiere este Capítulo debe pagarse de inmediato conforme se presenten los respectivos reclamos sobre la base de la verificación simultánea que el liquidador efectuará de los registros contables y la documentación probatoria presentada por el depositante, y si existiere discrepancia prevalecerá la cifra menor. De no encontrarse registros contables parciales o totales, se pagará sobre la base de la documentación que presente el depositante que demuestre de manera clara e inequívoca que efectivamente invirtió en una institución del sistema financiero debidamente autorizada para la captación directa de los recursos del público..."

4.1.1.7 CIERRE DE LA CUENTA DE AHORRO

En lo referente al cierre de la cuenta de ahorro, en virtud de todo lo expuesto previamente podemos establecer que el mismo se sujetará a las normas establecidas en el reglamento de ahorros proporcionado por la institución financiera, siempre y cuando el mismo no contravenga las normas establecidas en la Ley; por otro lado podemos dejar sentado que generalmente el cierre de la cuenta podrá realizarse por las siguientes causas:

- **Decisión unilateral de la institución financiera**
- **Por voluntad del cliente**
- **Por fallecimiento del cliente**

4.1.2 LA CUENTA CORRIENTE

Para dar inicio al presente tema es necesario conocer los inicios y evolución de la cuenta corriente, para lo cual elaboraremos una breve reseña histórica en la que estableceremos que en Babilonia y Grecia ya se daba la actividad bancaria pero es en Roma donde los “*argentarii*” adoptando y perfeccionando las prácticas bancarias griegas dan inicio a dos prácticas que se mantienen hasta nuestros días en lo referente a la actividad bancaria, las mismas que son: desembolsar los depósitos mediante la presentación de documentos denominados *cheques* ordenados por el depositante bien sea a su nombre o a favor de un tercero y la compensación en la cual el *argentarii* podía retirar los fondos de la cuenta del depositante cuando este no había cancelado a tiempo; las practicas aquí mencionadas constituyen el paradigma para que en los siglos XV y XVIII se den pasos agigantados en materia bancaria en países como Italia, Inglaterra y Francia, para posteriormente en el siglo XIX mediante el perfeccionamiento de la técnica bancaria y el desarrollo de la economía dar paso realmente a la cuenta corriente y por supuesto a su mas relevante instrumento el cheque.

Una vez revisada la evolución de esta modalidad de depósito en cuenta, podemos continuar analizando aspectos tales como su concepto, características, estructura jurídica, etc.

4.1.2.1 CONCEPTO

Como hemos venido realizando a lo largo de la presente investigación y con el propósito de establecer un concepto propio sin que por esto deje de ser pertinente y adecuado, hemos decidido citar las definiciones postuladas por varios autores al respecto.

La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en Comercial de Argentina establece que “La cuenta corriente bancaria es un contrato comercial de coordinación, no formal y de duración, nominado y autónomo, que se sustenta económicamente en los contratos de depósito en cuenta corriente y en la apertura de crédito, produciéndose como consecuencia del servicio de caja que

brinda al cliente-la obligación de cumplimentar las órdenes de sus clientes y poner a su disposición los fondos. Presenta así dos nítidos aspectos: el servicio de custodia del dinero y la prestación del servicio de caja que se desarrolla a través del libramiento de cheques que realiza el cliente, prevalece esto último sobre lo primero”⁴⁷

Por otro lado Carlos Villegas considera que el contrato de cuenta corriente bancaria “... es la cobertura jurídica de una operación típicamente pasiva, en virtud del cual el cliente se obliga a mantener crédito en esa cuenta, sea mediante depósitos o de otra forma, y el banco se obliga a mantener ese crédito siempre disponible para el cliente, no limitándose solamente a la “guarda” de depósitos sino prestando un activo servicio de caja, atendiendo las órdenes del cliente sobre cobros, pagos y transferencias.”⁴⁸

Finalmente es pertinente citar el concepto de Rodríguez Azuero en el cual establece que el contrato de cuenta corriente bancaria “...es aquel por el cual, como consecuencia de un depósito irregular de dinero hecho por un cliente, o de una apertura de crédito, éste tiene la facultad de disponer del saldo a su favor mediante el giro de cheques o en otras formas previstas por la ley o convenidas con el banco.”⁴⁹

4.1.2.2 NATURALEZA JURIDICA

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de cuenta corriente siempre ha existido discrepancia de criterios entre los doctrinarios, y por tal motivo han surgido varias teorías para explicar dicho contrato a las cuales determinaremos y explicaremos a continuación siguiendo lo establecido por Carlos Villegas⁵⁰:

⁴⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en Comercial, Sala B, 14/9/87, “Banco Mayo Cooperativo Ltda. C. Centanni, F., y/u otra”, “E.D.”. t. 127, pág. 408. Citado por Martorell Ernesto Eduardo (1996), “Tratado de los Contratos de Empresa” Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, pág. 121.

⁴⁸ Villegas Carlos Gilberto (2005), “Contratos Mercantiles y Bancarios” Tomo II, Edición del autor, Buenos Aires, pág. 201.

⁴⁹ Rodríguez Azuero Sergio, ob.cit., pág. 154.

⁵⁰ Villegas Carlos Gilberto, ob. cit., pág. 202-206.

a) Doctrina negatoria del contrato de cuenta corriente bancaria

Esta doctrina surge en el siglo XIX en Francia e Italia y la misma consideraba a la cuenta corriente bancaria como un simple instrumento carente de valor jurídico, utilizado por los banqueros de aquella época a fin de llevar adecuadamente los registros contables en función de las operaciones realizadas.

b) Doctrina que asimila la cuenta corriente bancaria a la mercantil

Esta doctrina asevera que la cuenta corriente bancaria tiene su origen en la cuenta corriente mercantil, sin tomar en cuenta las marcadas diferencias que entre ellas existen dentro de las cuales podemos enunciar la indivisibilidad y la reciprocidad de remesas existentes en la cuenta corriente mercantil y totalmente carentes de sentido en la cuenta corriente bancaria. Para comprender mejor lo expuesto en líneas anteriores consideramos necesario explicar que indivisibilidad es la característica que impide exigir los saldos de la cuenta corriente mercantil antes de que se cumpla el plazo estipulado por los contratantes; y, la reciprocidad de remesas es la compensación de débitos y créditos realizada entre comerciantes debido a que en virtud del contrato de cuenta corriente mercantil los dos intervinientes ostentan tanto calidad de deudor como de acreedor pero en distintos momentos, y al llegar el plazo señalado por las partes dichas calidades se compensan para obtener el saldo a ser pagado.

c) Doctrina de pluralidad de figuras

La doctrina de pluralidad de figuras surge en Italia y la misma considera que el contrato de cuenta corriente bancaria presupone distinguir la cuenta corriente impropia y por correspondencia; la primera según esta doctrina es aquella en la que el banco brinda un servicio de caja y contrae la obligación de mantener la disponibilidad del dinero depositado para su utilización mediante el cheque y en la segunda se considera que el banco adopta la calidad de mandatario por realizar diversas operaciones en beneficio del depositante además de continuar prestando el servicio de caja. Elaborando un criterio más específico y

comprensible con los componentes de esta doctrina Giacomo Molle agrega que “la cuenta corriente bancaria es un contrato innominado, mixto, resultante de la unión de muchas prestaciones propias de otros contratos nominados, que se coordinan en torno de una prestación principal de mandato...”.⁵¹

d) Doctrina del negocio fiduciario

Esta doctrina establece que la institución financiera adopta las funciones de un fiduciario en razón de que se le transmiten los bienes en este caso el dinero para que proporcione el servicio de caja dentro del cual deberá cumplir con la realización de débitos y su respectiva compensación, y a su vez deberá mantener disponible el saldo a favor del depositante; en otras palabras podríamos decir que se le encomienda a la institución financiera una labor de administración del dinero depositado basada en la confianza y profesionalismo de dicha institución.

A pesar de que respetamos las doctrinas antes mencionadas, no consideramos que alguna de ellas se apegue realmente a enmarcar al contrato de cuenta corriente bancaria, y es por esta razón que tomando como punto de partida los criterios de Rodríguez Azuero y Luis Guillermo Barbosa hemos resuelto establecer como razonamiento aceptable para nosotros que *la cuenta corriente es un contrato autónomo que se desarrolla en el tiempo y en función del cual el cliente de la institución financiera queda facultado para realizar depósitos o retiros de dicha cuenta mediante el instrumento conocido como cheque, surgiendo a partir de dichas operaciones obligaciones recíprocas entre la institución y el depositante o titular de la cuenta.*

4.1.2.3. CARACTERÍSTICAS

Luego de haber establecido las diversas corrientes doctrinarias en cuanto a la naturaleza jurídica de este contrato podemos proceder a establecer sus características recalcando que lo haremos tomando como base al criterio

⁵¹ Giacomo Molle, “Manual de Derecho Bancario”, Abeledo-Perrot, 2da. Edición, traducción de Mario Bonfanti, pág. 166., citado por Villegas Carlos Gilberto, ob. cit., pág. 204.

emitido por nosotros respecto a la naturaleza jurídica de la cuenta corriente bancaria.

- **Principal**

El carácter de principal también origina que este contrato sea autónomo como lo planteamos anteriormente, es decir que no necesita de la celebración de otra convención o contrato para existir y generar efectos jurídicos.

- **Real**

Es real debido a que se perfecciona con la entrega de la cosa, que para este caso se entenderá por cosa el dinero depositado en la institución financiera.

- **Oneroso**

Es oneroso debido a que genera utilidad tanto para el depositante como para la institución financiera.

- **De tracto sucesivo**

Dada esta característica de su naturaleza jurídica el contrato se desarrolla en el tiempo, lo cual se refleja en los abonos o retiros realizados por el depositante mientras subsista la vigencia del contrato.

- **De adhesión**

Como hemos mencionado durante el desarrollo de la presente investigación, los contratos bancarios son creados o desarrollados en masa con el fin de ahorrar costos operativos y tiempo en su celebración, lo cual no da lugar a pactar condiciones o cláusulas sugeridas por el cliente sino más bien conlleva a que el mismo acepte o no lo estipulado por las instituciones financieras, recalcando nuevamente que esto no representa bajo ningún punto de vista la posibilidad de estipular cláusulas abusivas o renuncia de derechos en beneficio de dichas instituciones.

- **Unilateral o bilateral**

Esta característica del contrato de cuenta de corriente se la plantea así debido a que al igual que en su naturaleza jurídica en este punto no hay acuerdo en la doctrina por lo que enunciaremos los dos puntos de vista y acogeremos el que a nuestro criterio resulte más conveniente a fin de explicar mejor la figura de la cuenta corriente. Quienes afirman que este es un contrato unilateral lo hacen considerando que el mismo genera obligaciones “principales” solo para la institución financiera y que las obligaciones contraídas por el cliente tales como el manejo adecuado de los cheques, custodia de la chequera, etc., son obligaciones “irrelevantes” como para considerar a este un contrato bilateral; pero al contrario de lo afirmado por esta corriente de pensamiento, nosotros, adoptando lo expuesto por quienes afirman que es un contrato bilateral, sostenemos que la cuenta corriente ostenta tal calidad en razón de que las obligaciones que debe cumplir el cliente se encuentran estipuladas en el contrato y en la Ley⁵², y esto nos lleva a concluir que tanto las obligaciones de la institución financiera como las del cliente requieren un estricto cumplimiento a fin de utilizar adecuadamente la cuenta corriente y por otro lado la relevancia de dichas obligaciones que por cierto también son recíprocas, nos conduce a afirmar que se trata de un contrato bilateral.

4.1.2.4. REQUISITOS DE APERTURA

Previo a continuar el estudio del presente tema es necesario establecer los requisitos de apertura de la cuenta corriente para lo cual es prudente dejar sentado que por tratarse de un contrato, son principalmente necesarios requisitos tales como capacidad legal, consentimiento, objeto lícito y causa lícita establecidos en el Art. 1461 del Código Civil ecuatoriano a los cuales ya estudiamos previamente; por otro lado y apegándonos a la materia sobre la que versa la presente investigación tomaremos como punto de partida los establecidos en la doctrina, los mismos que se dividen en:

⁵² En el Ecuador contamos con la Ley de Cheques, en la cual se estipula todo lo referente a emisión, forma, transmisión, pago, acciones por falta de pago, etc.

- **Solicitud**

La solicitud de apertura de cuenta corriente constituye un instrumento necesario para que a futuro la mencionada cuenta y el manejo que se le de a la misma tengan validez, puesto que una vez aprobada dicha solicitud se procede a la firma del contrato de cuenta corriente que dará lugar a la relación jurídica cliente-institución financiera en virtud de la cual se ejecutarán una serie de operaciones que generarán efectos jurídicos y económicos para ambas partes. Por lo general en base a la costumbre y usos financieros la aprobación de dicha solicitud depende del análisis que realiza la institución financiera respecto a la solvencia moral y económica del cliente cuyos detalles explicaremos posteriormente.

- **Identificación**

En lo referente a este requisito el cliente deberá poner a disposición de la institución financiera toda la documentación que permita precisar su identidad, estado civil, nacionalidad, domicilio, profesión, etc. En cuanto a personas jurídicas será indispensable adjuntar la documentación que permita identificar claramente tanto a la compañía como a su representante legal, dentro de la cual podemos mencionar la constitución de la compañía, RUC, nombramiento del representante legal, etc.

- **Solvencia**

Previo a la firma del contrato de cuenta corriente la institución financiera analizará tanto la solvencia moral como económica del cliente, para lo cual tendrá en cuenta referencias bancarias y comerciales, los documentos que acrediten la identidad del cliente, etc., además de exigir un mínimo a ser depositado para la apertura de dicha cuenta.

En sí estos son los requisitos principales que pone a consideración la doctrina, a los cuales nos atrevemos a calificar como suficientes y adecuados debido a que por lo general el cliente también analiza principalmente estos tres aspectos antes de iniciar una relación jurídica con una institución financiera, lo cual da

lugar a afirmar que el contrato de cuenta corriente y por qué no decirlo todos aquellos que se celebran con una institución financiera tienen como fundamento la confianza derivada del conocimiento de los aspectos antes mencionados y de la presunción de buena fe mutua.

4.1.2.5. CLASIFICACIÓN

Respecto a la clasificación de la cuenta corriente el Art. 1 del Reglamento a la Ley de Cheques ecuatoriana que establece lo siguiente: "...Las cuentas corrientes bancarias pueden ser personales, colectivas o corporativas y de instituciones públicas...", para comprender mejor la clasificación determinada por la Ley y su fundamento, consideramos necesario analizar los principales tipos o modalidades que según la doctrina puede adoptar una cuenta corriente, los cuales son:

- **A nombre y orden de una misma persona**

En este tipo de cuenta corriente tanto la titularidad del derecho de crédito como la de la cuenta en sí están a nombre de la misma persona, con lo cual se logra evitar complicaciones en cuanto al cumplimiento de obligaciones o en caso de muerte del titular, razón por la cual esta modalidad es la más usada en la actualidad.

- **A nombre conjunto y orden recíproca de dos o más personas**

Esta modalidad consiste básicamente en que la titularidad de la cuenta y de los fondos pertenece a todas las personas a favor de quienes se abrió la misma; existiendo la posibilidad de que cualquiera de los titulares pueda exigir todo o parte del dinero depositado en la institución financiera.

- **A nombre y orden conjunta de dos o más personas**

Esta modalidad es similar a la anterior por cuanto la titularidad de la cuenta pertenece a todas las personas a favor de quienes se abrió la misma, con la diferencia sustancial de que en el presente caso se requiere la firma de todos sus titulares para poder disponer del dinero depositado o en su defecto para

realizar operaciones que son consecuencia de la celebración del contrato de cuenta corriente.

- **A nombre de una o más personas y a la orden conjunta de otra u otras**

En este caso se debe establecer claramente que los titulares de la cuenta no son quienes operan la misma, sino que esta función o facultad se delega a un tercero.

Una vez revisadas tanto la clasificación legal como doctrinaria y en base a la lógica podemos concluir que el análisis doctrinario de las modalidades que puede adoptar la cuenta corriente, ha permitido al legislador tomar principios básicos a fin de crear una clasificación útil y sobre todo enmarcada dentro de la razón.

4.1.2.6. EL CHEQUE

Debido a su naturaleza y características es un título valor comúnmente utilizado para disponer del dinero depositado en una cuenta corriente, por lo cual representa lo que en la cuenta de ahorro la libreta, con esto queremos decir que el cheque es el instrumento principal para operar la cuenta corriente a pesar de que en la actualidad existen otros medios para hacerlo, y es por esta razón que consideramos de suma importancia estudiarlo, partiendo de su emisión, forma, transmisión, presentación y pago para lo cual tendremos como fuente principal a la Ley de Cheques ecuatoriana.

- **Emisión y forma**

El cheque es un título valor que no puede estar sujeto a condición y pagadero a la vista el cual puede ser girado a la orden o nominativamente, excluyendo el giro al portador por mandato de la Ley, dentro de este tema es importante establecer que “girador” será el titular de la cuenta corriente, la calidad de “girado” la tendrá la institución financiera con la que el girador celebró el contrato de cuenta corriente y “beneficiario” será aquella persona a favor de

quien se gire el cheque o en su defecto a favor de quien se haya endosado⁵³; respecto a los requisitos de emisión resulta necesario enunciar que el contenido obligatorio del cheque consiste en: la denominación de cheque inserta en el documento, mandato puro y simple de pago, nombre del girado, lugar para efectuar el pago, lugar y fecha de emisión y firma del girador según lo dispone el Art.1 de la Ley de Cheques ecuatoriana, cabe recalcar que a falta de alguno de los requisitos antes mencionados el cheque no ostentará tal calidad, exceptuando la falta de indicación de lugar.

- **Transmisión**

En cuanto a la transmisión del cheque debemos distinguir dos situaciones, la primera se da en caso de que el cheque esté girado “a la orden” en el cual la transmisión del mismo se da mediante endoso; y, la segunda en caso de ser girado “nominativamente” se transmitirá mediante cesión. En cuanto al endoso debemos precisar según señala el Art. 14 de la Ley de Cheques ecuatoriana que el mismo no podrá: ser realizado en cheques girados por sumas superiores a quinientos dólares, estar sujeto a condición, ser parcial y ser realizado por personas jurídicas o por el girado, debido a que en estos casos el mismo se considerará nulo.

- **Presentación y pago**

El cheque debe ser presentado para su pago según los plazos establecidos por el Art. 25 de la Ley de Cheques establece que un cheque girado y pagadero en el Ecuador debe ser presentado veinte días contados desde su emisión, un cheque girado en el exterior y pagadero en Ecuador tiene el plazo de noventa días contados a partir de su emisión; al ser presentado el cheque dentro de los plazos señalados la institución financiera siguiendo lo establecido por el Art. 25 del Reglamento a la Ley indicada deberá:

⁵³ Es importante precisar que el hecho de que la institución financiera ostente la calidad de girado no exime al titular de la cuenta o girador de la responsabilidad por el pago del cheque.

1. Pagarlo

La institución financiera debe pagar el cheque revisando los requisitos señalados en el Art. 20 del Reglamento General de la Ley en cuestión en el que se establecen los siguientes puntos a ser tomados en cuenta:

- Que corresponda a la serie de cheques que posee el girador
- Que no tenga alteraciones
- Que la firma del girador no sea distinta de la registrada en la institución financiera
- Que cumpla con los requisitos establecidos en el Art. 1 de la Ley de Cheques.
- Que el cheque haya sido presentado dentro de los plazos establecidos en la Ley.
- Que conste la cancelación o endoso.

Luego de revisar los requisitos mencionados se deberá constatar que no existe causa alguna para protestarlo o devolverlo.

2. Protestarlo en los siguientes casos:

- Insuficiencia de fondos
- Cuenta cerrada
- Cuenta cancelada

3. Devolverlo en los siguientes casos:

- Declaración de pérdida o por sustracción y falsificación de firmas
- Defecto de forma
- Por caducidad
- Por cuenta bloqueada
- Por revocatoria, es decir la orden de abstención de pago que da el girador a la institución financiera, sin que la misma represente que el girador quede eximido de responsabilidad alguna con respecto al cheque.
- Ser girado al portador
- Por endoso irregular

Una vez analizados los aspectos de la funcionalidad y utilidad del cheque dentro del Sistema Financiero es necesario advertir que en la cuenta corriente, por no contar con un instrumento como la libreta en la cuenta de ahorro en la que se anotan abonos y retiros, los depósitos se respaldan con el comprobante emitido por la institución financiera y los retiros se presuponen conocidos por el titular de la cuenta en virtud del buen manejo que de a la chequera, además del respaldo brindado por el estado de cuenta en el que se detalla el manejo que se le ha dado a la cuenta corriente mes a mes.

4.1.2.7. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Debido a que previamente establecimos que el contrato de cuenta corriente es de carácter bilateral, consideramos importante establecer y explicar brevemente las obligaciones que emanan de la celebración de este contrato tanto para la institución financiera como para el cliente.

OBLIGACIONES DE LA INSTITUCIÓN FINANCIERA

Dentro de las principales obligaciones de la institución financiera encontramos las siguientes:

- **Facilitar documentos**

Al referirnos a la facilitación de documentos hacemos alusión a la chequera que debe ser entregada al cuentacorrentista, y para el efecto cabe citar el Art. 8 del Reglamento general a la Ley de Cheques ecuatoriana que establece lo siguiente: “Las instituciones autorizadas para recibir depósitos monetarios suministrarán a los cuentacorrentistas, libretines (chequeras) conteniendo los formularios de cheques...”.

- **Manejo e información**

El manejo hace referencia a que la institución financiera debe llevar un sustento contable de las operaciones realizadas en la cuenta corriente para de esta manera conocer los movimientos de la misma y el saldo disponible a favor del cliente; y la información no es más que el proporcionar al cuentacorrentista un

resumen de dicho sustento contable en el que se reflejen las operaciones realizadas y el saldo disponible en un lapso determinado de tiempo.

- **Pagar los cheques o no pagar**

En cuanto al pago de los cheques previamente ya establecimos los parámetros a ser revisados por la institución financiera para efectuar el mismo, sin dejar de lado las circunstancias que conllevan al protesto o devolución de los cheques justificando así el no pago; ahora para no confundir las causales antes mencionadas para no pagar un cheque con la obligación de no pagarlo debemos precisar que dicha obligación surge principalmente cuando el cuentacorrentista se opone al pago por pérdida, sustracción, etc., o en su defecto cuando ha solicitado la revocatoria de dicho instrumento.

- **Pago de intereses**

El cumplimiento de esta obligación se lleva a cabo mediante la acreditación de intereses calculados en base al saldo existente en la cuenta, dicha acreditación se debe realizar en la forma y términos estipulados en el contrato de cuenta corriente.

- **Sigilo**

El sigilo o secreto se refiere a la obligación que tiene la institución financiera de no proporcionar información del cliente o de las operaciones que el mismo realice a menos que sea a él o a su representante; respecto a esta obligación se exceptúan los casos previstos en el Art. 91 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero los mismos que son:

a) Los informes y pruebas requeridos por los jueces y el Ministerio Público a la Superintendencia de Bancos y a las instituciones del sistema financiero privado, en las causas que estuviesen conociendo. A la Superintendencia de Bancos solamente podrá requerirse dicha información, cuando no exista en el proceso constancia de la o las instituciones financieras que tengan relación con la causa que se investiga;

- b)** La especificación del titular de cuentas corrientes cerradas por giro de cheques sin provisión de fondos;
- c)** Los informes requeridos por el Directorio del Banco Central del Ecuador, el Banco Central del Ecuador, la Superintendencia de Compañías y la administración tributaria, en el ámbito de sus competencias, que serán tramitados por intermedio de la Superintendencia de Bancos;
- d)** Los informes requeridos a la Superintendencia de Bancos por gobiernos o por autoridades competentes de los países con los que el Ecuador mantenga convenios legítimamente celebrados para combatir la delincuencia y en los términos de dichos convenios;
- e)** Las informaciones financieras que constituyan intercambio con autoridades de control bancario y financiero de otros países, siempre que existan convenios vigentes legítimamente celebrados;
- f)** La información que debe entregar la Superintendencia para dar a conocer al público la situación patrimonial y financiera de las instituciones del sistema financiero; y,
- g)** Cuando la información sea requerida a las instituciones del sistema financiero y del sistema asegurador, bajo control de la Superintendencia de Bancos y Seguros, por el Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas CONSEP, o por el Director General de la Unidad de Inteligencia Financiera, en el ámbito de sus respectivas competencias.

OBLIGACIONES DEL CLIENTE

- **Mantener fondos suficientes**

En virtud de esta obligación el cuentacorrentista se ve obligado a mantener en su cuenta los fondos necesarios para que la misma opere correctamente y para que la institución financiera pueda efectuar el pago de los cheques girados por el titular de la cuenta. Esta obligación se encuentra estipulada en el núm. 2.12 del Art.2 del Reglamento de la Ley de Cheques.

- **Custodiar la chequera**

Esta obligación no solo hace referencia a la custodia, sino que también consideramos que obliga al cuentacorrentista a actuar diligentemente en cuanto al uso de la misma. De igual forma esta obligación se encuentra de cierto modo contenida en el núm. 2.11 del Art.2 del Reglamento General de la Ley antes mencionada.

- **Devolver los cheques al finalizar el contrato**

La devolución de los cheques sobrantes en caso de finalizar el contrato se da debido a que si no existe relación jurídica alguna con la institución financiera se presupone que por esta razón el cliente pierde todo derecho de utilizar los cheques a cargo de la misma; y por otro lado la doctrina señala que esta obligación surge para proteger en caso de pérdida o sustracción de los cheques restantes tanto a la institución financiera como a su ex cliente.

4.1.2.8. CIERRE Y CANCELACION

En lo que respecta al cierre de una cuenta corriente, debemos establecer que el mismo se da como sanción por exceder los protestos permitidos por la ley dentro de un plazo determinado de tiempo, resumiéndose dicha sanción en el siguiente cuadro:

				1ra. Reincidencia		2da. Reincidencia	
Caso	Titulares	Límite máx. protestos	Sanción	Límite de protestos	Sanción por exceso	Límite de protestos	Sanción por exceso
1	1 Cta.	4	1 año	3	3 años	2	5 años
2	2 Ctas. o más	8	1 año	6	3 años	4	5 años

Fuente: Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador (2011), http://www.superban.gov.ec/practg/sbs_index?vp_art_id=12&vp_tip=2.

Ahora en lo referente a la cancelación, el Reglamento de la Ley de Cheques establece dos formas en que la misma puede realizarse:

- **Unilateral**

Según el Art. 66 del Reglamento mencionado “El banco podrá cancelar unilateralmente una cuenta, notificando del particular al titular con sesenta (60) días de anticipación. El titular de la cuenta corriente deberá acercarse al banco y devolver los formularios de cheques no utilizados; consignar los valores correspondientes a los cheques girados y no presentados a cobro; y, retirar el saldo a su favor, en caso de haberlo”.

- **Voluntaria**

De igual manera para este tipo de cancelación el Art. 67 de dicho Reglamento señala que “El titular podrá cancelar voluntariamente su cuenta corriente en cualquier momento, para lo cual en forma previa, devolverá los formularios de cheques no utilizados, dejando los valores correspondientes a los cheques girados y no presentados a cobro y retirará el saldo a su favor”.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

Después de investigadas y resueltas todas las interrogantes que constituyen el tema de la presente investigación hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1. Las instituciones financieras son entidades de intermediación en el crédito cuyo principal objeto es la captación y colocación de dinero, sus inicios se remontan a civilizaciones antiguas tales como la mesopotámica y romana, en las cuales la actividad bancaria desarrollada principalmente por templos religiosos surge como consecuencia del comercio y la circulación del dinero sin que para dicha actividad exista regulación específica y clara, y es por eso que al dar inicio a la misma en el Ecuador a mediados del siglo XIX era regulada por el Código Civil, Código de Comercio y la Ley General de Bancos que si bien proporcionaban parámetros de suma importancia para su desarrollo no comprendían en su totalidad los preceptos del derecho bancario, razón por la cual a partir de las recomendaciones emitidas por la misión Kemmerer se decide instaurar una política monetaria y crediticia que permita el correcto funcionamiento del sistema financiero ecuatoriano y el perfeccionamiento de nuestra legislación en materia bancaria, y es a partir de dichos acontecimientos que se consigue un mejor control y desempeño de las instituciones financieras en cuanto a la realización de operaciones activas, pasivas y neutras.
2. Los contratos bancarios o también llamados financieros son aquellos que dan origen a la realización de operaciones activas, pasivas y neutras generando así derechos y obligaciones recíprocas entre una institución financiera autorizada y sus clientes; dichos contratos son elaborados en base a las normas generales de contratación teniendo en cuenta el marco económico-financiero contenido principalmente en los usos y costumbres financieras, y por otro lado en la regulación interna de las instituciones antes mencionadas sin que esto represente la posibilidad de que los mismos contravengan o no consideren los

parámetros establecidos en la ley; de otra parte y en razón del tema principal de nuestra investigación es preciso establecer que los contratos bancarios de pasivo constituyen un contrato de depósito irregular sea de dinero o títulos.

3. El contrato de depósito según sus características y naturaleza jurídica puede ser enmarcado dentro del derecho civil, mercantil y bancario, de este último se desprende el contrato de depósito financiero el cual reviste una operación pasiva que posibilita a las instituciones financieras la captación de dinero dentro del giro de su negocio, dicha operación se encuentra claramente determinada en la ley y puede manifestarse como depósito irregular de dinero bien sea a la vista o a plazo, y depósito irregular de títulos valores que puede ser abierto(administración y custodia) y cerrado(custodia); en virtud de dicho depósito la propiedad del bien se traslada al depositario para que disponga del mismo con la obligación de restituirlo cuando el cliente así lo requiera.
4. Dentro de las operaciones de depósito irregular encontramos a la cuenta de ahorro que surgió con el afán de incluir a la clase obrera dentro del sistema financiero basándose en el principio de la creación de provisiones mediante el ahorro, desde sus inicios dicha cuenta se ha caracterizado principalmente por ser la base fundamental de la economía y desarrollo tanto de las instituciones financieras como de sus usuarios y por los privilegios que la ley otorga a los depositantes dentro de los cuales podemos enunciar la inembargabilidad, créditos privilegiados, exenciones en los intereses que dicha cuenta genera en el ámbito tributario, etc.; dicha cuenta se maneja mediante el uso de la libreta de ahorro que constituye un instrumento representativo y probatorio de los abonos y retiros realizados en la misma. Por otro lado también tenemos a la cuenta corriente como operación de depósito irregular direccionada a un sector de ahorristas con más capacidad económica, por lo cual el cliente se compromete a mantener fondos en dicha cuenta y por su parte la institución financiera contrae la obligación no solo de custodiar dichos fondos sino de prestar un servicio de caja

que se ve claramente reflejado en el uso del cheque, pues el mismo constituye el instrumento principal para el manejo de dicha cuenta.

5.2 RECOMENDACIONES

En lo concerniente a las recomendaciones que surgieron luego de realizada la presente investigación podemos expresar que debido a que las operaciones y servicios proporcionados por las instituciones financieras son en la actualidad casi indispensables para mantener custodiado el dinero en una entidad confiable, y por otro lado para poder manejarlo en forma ágil y efectiva en razón de las necesidades que surgen a partir de los pasos agigantados que han dado en nuestros días las relaciones comerciales, es necesario que se reconozca la verdadera importancia de todas las expresiones del derecho bancario para de esta manera conseguir elaborar un esquema jurídico que proporcione los lineamientos necesarios para que en toda época y momento se acuda a la ley para la realización de contratos, ejecución de los mismos, etc., dejando de lado la tradicional necesidad de tomar como fundamento a la costumbre y usos financieros en razón de que la evolución de la sociedad en ocasiones deja relegada a la norma jurídica en esta materia por los motivos antes mencionados.

Por otro lado y concluyendo la línea de pensamiento en la que se direcciona nuestra recomendación, podemos recomendar o mas bien afirmar que existe la urgente necesidad de crear más cuerpos legales que regulen el derecho bancario tanto como las relaciones y efectos jurídicos que emanan de su utilización, consideramos importante señalar este punto debido a que en el transcurso de nuestra investigación pudimos confirmar que especialmente en nuestro país existe limitada legislación sobre la materia, lo cual podría ocasionar de cierta forma vacíos en cuanto a la correcta utilización y desarrollo de los servicios proporcionados por las instituciones financieras.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

Arosemena Arosemena Guillermo, La Historia Empresarial del Ecuador: El Sector Bancario VOL.III, primera edición, Guayaquil- Ecuador, 1998.

Barbosa Luis Guillermo-Castaño de Barbosa Marlene, Contratos Bancarios, Editorial TEMIS, Bogotá, 1978.

Bollini Shaw-Villegas Boneo, Manual para Operaciones Bancarias y Financieras, editorial Abeledo-Perrot, segunda edición actualizada, Buenos Aires, 1979.

Borrero Vintimilla Antonio, Derecho Bancario Ecuatoriano, Indugraf CIA. Ltda., Cuenca-Ecuador, enero de 1982.

Cano Rico José Ramón, Manual Práctico de contratación mercantil: contratos bancarios, financieros y sobre títulos valores TOMO II, Editorial TECNOS, 5º edición, Madrid, 2002

Chiriboga Rosales Luis Alberto, Diccionario Técnico Financiero Ecuatoriano, Editorial Jokama, quinta edición, Quito-Ecuador, 2005.

Chiriboga Rosales Luis Alberto, Sistema Financiero, Editorial Jokama, primera edición, Quito-Ecuador, 2007.

Fernández Raymundo y Gómez Leo Osvaldo, Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial Tomo III, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991.

Garrigues Joaquín, Contratos Bancarios, edición del autor, Madrid, 1958.

Martínez Neira Néstor Humberto, Derecho Financiero Comparado: Sistemas Financieros, Biblioteca Felaban, Bogotá Colombia, 1994.

Martorell Ernesto Eduardo, Tratado de los contratos de empresa Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996.

Mendoza Briones Olinda - Mendoza de Gutiérrez Isabel, Contabilidad Bancaria, Editorial Guayas, séptima edición, Guayaquil Ecuador, 2005.

Rodríguez Azuero Sergio, Contratos bancarios: su significación en América Latina, Biblioteca Felaban, reimpresión de la cuarta edición, Bogotá, abril 1990.

Rodríguez Rodríguez Joaquín, Derecho bancario, Ed. Porrúa, segunda edición, México, 1976.

Villegas Carlos Gilberto, Contratos Mercantiles y Bancarios, Editorial Villegas Grupo editor, primera edición, Buenos Aires- Argentina, 2005.

LEYES:

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero

Ley de Cheques y su respectivo Reglamento

Ley de Régimen Tributario Interno

Código de Comercio

Código Civil

PÁGINAS WEB:

Superintendencia de Bancos y Seguros (2011). URL: www.superban.gov.ec