
La naturaleza jurídica de la cuenta bancaria*

› SEBASTIÁN BOADA MORALES**

RESUMEN. El propósito de este artículo es analizar la naturaleza legal de la relación entre un banco y su cliente, en el contexto de la cuenta bancaria. El texto integra el análisis económico del negocio bancario a la teoría legal sobre la materia. Se argumenta que a partir del entendimiento de la estructura financiera del negocio es posible efectuar una determinación más precisa de la naturaleza jurídica del contrato que subyace a la relación bancaria.

PALABRAS CLAVE: depósito irregular, cuenta bancaria, derecho bancario, dinero, mutuo, banca de reserva fraccional.

The Legal Nature of the Banking Relationship

ABSTRACT. This article analyses the legal nature of the banking relationship. The text integrates economic analysis of the banking business to the legal theory on the matter. It is argued that a precise construction of the nature of such banking relation-

* Fecha de recepción: 18 de enero de 2018. Fecha de aceptación: 29 de octubre de 2018.
Para citar el artículo: BOADA MORALES, S., “La naturaleza jurídica de la cuenta bancaria”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 36, enero-junio 2019, pp. 171-203, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n36.06>

** Baker McKenzie, Colombia; asociado. Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia; profesor invitado. Master of Laws (merit) Banking Law and Financial Regulation, London School of Economics and Political Science. Abogado, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Contacto: s.boada58@uniandes.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7550-9085>.
Agradezco los amables comentarios del profesor César Rodríguez Martínez, y de los dos pares evaluadores anónimos de la revista. Cualquier imprecisión es responsabilidad exclusiva del autor.

ship may only be reached by understanding the economic structure of the banking business.

KEYWORDS: Bank Deposit, Bank Account, Banking Law, Money, Loan, Fractional Reserve Banking.

SUMARIO. Introducción. I. Los fundamentos económicos de la banca contemporánea. A. El negocio bancario. B. La intermediación. C. La banca de reserva fraccional y la creación del dinero. D. La naturaleza del dinero. E. Transferencias bancarias. II. Teorías sobre la relación bancaria: tradición civilista y tradición anglosajona. A. La relación bancaria en algunos sistemas civilistas. B. La relación bancaria en algunos sistemas anglosajones. III. La naturaleza jurídica de la relación bancaria. A. El dinero bancario no es un bien susceptible de depósito. B. El sistema de transferencias electrónicas. C. Reserva fraccional y obligación de custodia. D. La negación del mutuo clásico. IV. Hacia una teoría autónoma de la relación bancaria. Conclusión. Referencias.

Introducción

El propósito de este artículo es analizar la naturaleza legal de la relación que existe entre un banco comercial y su cliente, en el contexto de la cuenta bancaria. El texto integra el análisis económico del negocio bancario a la teoría legal sobre la materia. Se argumenta que a partir del entendimiento de la estructura financiera del negocio es posible efectuar una determinación más precisa de la naturaleza jurídica del contrato que subyace a la relación bancaria.

Actualmente las tradiciones civilista y anglosajona caracterizan la naturaleza de la relación bancaria a partir de dos contratos distintos. En los sistemas jurídicos de estirpe civilista, generalmente se adopta la estructura del depósito irregular romano, aunque en ocasiones se integran elementos del préstamo de dinero. De otro lado, los sistemas jurídicos que siguen el derecho anglosajón señalan que la relación bancaria se basa en un contrato de mutuo, aunque con ciertas características particulares. Sin embargo, ambas teorías encuentran serias limitaciones suscitadas por la práctica bancaria actual y su estructura financiera subyacente. El negocio bancario contemporáneo se basa en el sistema de banca de reserva fraccional y la creación de dinero inmaterial, así como en el servicio de transferencias electrónicas de fondos. Estas características del negocio bancario presentan importantes retos al entendimiento legal de la figura.

Por lo tanto, ni el depósito irregular, ni el mutuo clásico logran capturar de manera satisfactoria los elementos de la relación bancaria actual. En efecto, el análisis sobre la verdadera naturaleza del dinero en las economías modernas demuestra que el contrato de cuenta bancaria no puede basarse en la figura jurídica del depósito irregular. El dinero en el contexto bancario es hoy más que nunca inmaterial, distinto de la moneda legal emitida por el Estado. En consecuencia, es imposible explicar la

relación bancaria con base en dicha institución jurídica. Este hecho se ve reforzado por la operación técnica y económica de las transferencias electrónicas de fondos, mediante las cuales no existe una “transferencia” de recursos en sentido estricto, sino simplemente la creación y extinción de valor monetario en una serie de operaciones crediticias. Por otro lado, diversos elementos del contrato de cuenta bancaria, tales como el objetivo perseguido por las partes contratantes, así como el desarrollo y la aplicación de instrumentos recientes de política monetaria, niegan la utilidad del mutuo como fundamento de la relación bancaria. Por lo anterior, es necesario buscar un nuevo fundamento legal que describa correctamente la relación de derecho privado que subyace la cuenta bancaria.

La primera sección resume los principios económicos fundamentales del negocio bancario. Se describen las principales técnicas financieras sobre las que se edifica la banca moderna, las cuales deberían reflejar una estructura jurídica sólida y certera. La segunda sección contiene un resumen de la naturaleza jurídica de la relación bancaria en algunos sistemas pertenecientes a las tradiciones civilista y anglosajona. El objetivo es analizar las teorías que actualmente sirven de fundamento a esta relación entre cuentahabiente y banco. La tercera sección pretende integrar los elementos económicos del negocio bancario explicados en la primera sección, al análisis legal de la cuenta bancaria descrito en la segunda sección, para así revelar algunas de las limitaciones de los enfoques legales tradicionales. La cuarta sección presenta los rasgos iniciales de una renovada concepción de la naturaleza jurídica de la relación bancaria, construida sobre la base de un contrato atípico. Finalmente el artículo presenta algunas conclusiones.

I. Los fundamentos económicos de la banca contemporánea

El modelo de la banca moderna tiene su origen cercano en la actividad de los herreros londinenses de principios del siglo xvii¹. La historia es bien conocida: los herreros poseían cajas fuertes para la custodia de oro y monedas de plata. Cuando el público perdió confianza en la Casa de la Moneda Real Inglesa, los herreros empezaron a ofrecer servicios de guarda de bienes en sus cajas fuertes. Dichos herreros empezaron a entregar al público papeles con la constancia del respectivo depósito. Las personas que depositaban tales bienes y deseaban utilizarlos como medio de pago simplemente empezaron a circular el papel certificando el depósito, en lugar de desplazarse hasta el lugar físico para entregar los bienes materialmente. Estos certificados empezaron a ser considerados como medios de pago, y constituyen el antecedente del papel moneda. Este es el origen de la banca moderna y del dinero².

1 VALDEZ, S. y MOLYNEUX, P., *An Introduction to Global Financial Markets*, 2.ª ed., New York, Palgrave Macmillan, 2013, cap. 2.

2 GEVA, B., “Bank Money”, en FOX, D. y WOLFGANG, E. (eds.), *Money in the Western Legal Tradition: Middle Ages to Bretton Woods*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 368.

A partir de ahí surgió también la idea popular de la banca moderna construida sobre una estructura de depósito de bienes. Sin embargo, si bien originalmente los bienes depositados eran oro y monedas de plata, hoy en día no existen bienes materiales “depositados” en el sistema bancario. Este hecho tiene hondas repercusiones sobre el análisis legal de la cuenta bancaria.

De otro lado, reputados economistas han señalado que la esencia de la banca comercial se encuentra en tres técnicas financieras fundamentales: (i) captación de recursos, (ii) colocación de recursos y (iii) prestación de servicios de pago³. A continuación se explican las bases económicas fundamentales del negocio bancario, las cuales serán integradas más adelante al análisis de la naturaleza jurídica de la cuenta bancaria.

A. El negocio bancario

Según la definición más aceptada, las instituciones denominadas *bancos comerciales* son entidades “cuyas operaciones consisten en otorgar préstamos y recibir depósitos del público”⁴. Esta definición corresponde a una concepción funcional o económica, más que a una concepción formalista, de la actividad bancaria⁵. Debe resaltarse la importancia que tiene la cuenta bancaria, como elemento nuclear del negocio bancario. En efecto, constituye el principal y más básico servicio que prestan los bancos comerciales; y es tan importante que constituye la base de la definición funcional de la banca⁶.

El núcleo esencial del negocio bancario puede ser fácilmente explicado al observar el balance de un banco cualquiera.

Tabla 1. Balance de un banco⁷

Activos	Pasivos
- Reservas	- Depósitos
- Préstamos (corto y largo plazo)	- Deuda (corto y largo plazo)
- Otras inversiones	Patrimonio (incluyendo capital)

3 ADMATI, A. y HELLWIG, M., *The Bankers' New Clothes: What's Wrong with Banking and What to Do about It*, Princeton, Princeton University Press, 2013, 250.

4 FREIXAS, X. y ROCHET, J. C., *The Microeconomics of Banking*, Cambridge, MIT Press, 2008, 1.

5 MACEY, J. et al., *Banking Law and Regulation: 2002 Statutory Supplement with Recent Developments*, New York, Aspen, 2002, 35. Desde el punto de vista funcional del sistema financiero, se analizan las operaciones económicas de las instituciones para definir cuáles son bancos y cuáles no. Es decir, se atiende a la realidad económica más que a elucidaciones teóricas o a criterios formalistas. Cfr. BENJAMIN, J., *Financial Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, cap. 1.

6 CRANSTON, R., *Principles of Banking Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 159.

7 Adaptado de ADMATI y HELLWIG, *The Bankers' New Clothes*, cit., 48.

El simple balance revela la operación de intermediación financiera que realizan los bancos comerciales. Los principales pasivos del banco son los recursos captados del público. Simultáneamente, entre los activos se encuentran los recursos colocados por el mismo banco.

Popularmente existe la idea de que un cuentahabiente tiene *su dinero* en un depósito bancario. Sin embargo, esta idea es errónea. Los recursos depositados pasan a constituir capital del banco, con la posibilidad que tiene este de utilizarlo en sus propios negocios⁸, sujeto a las limitaciones establecidas por la regulación financiera⁹. En términos contables, los depósitos del público en un banco constituyen un pasivo de dicho banco con sus clientes.

De lo anterior se desprende que no es del todo cierto que el cuentahabiente esté depositando unos bienes materiales en el banco para su guarda y custodia. Lo que realmente sucede en términos funcionales es que dicho cliente constituye un crédito a su favor, y a cargo del banco. El cliente transfiere al banco los recursos depositados, con cargo a este último de devolver una cantidad equivalente.

B. La intermediación

La intermediación financiera sirve a la economía como un mecanismo de transmisión de dinero. En términos técnicos, se trata del traslado de recursos de sectores superavitarios (aquellos con exceso de recursos) a sectores deficitarios (aquellos que requieren fondos) de la economía. El rol de intermediación se cumple a medida que los bancos toman dinero prestado vía depósitos, adquiriendo el activo financiero depositado, y posteriormente utilizándolo en préstamos propios, con la obligación de devolver al cliente una cantidad equivalente a la depositada, más los intereses respectivos¹⁰.

El depósito bancario es el elemento fundamental sobre el cual se basa la importante actividad de intermediación bancaria. El sistema funciona gracias a que el banquero utiliza el dinero depositado para efectuar préstamos por su propia cuenta y a su propio riesgo¹¹. Solo así los bancos pueden utilizar los fondos depositados en negocios más lucrativos como préstamos hipotecarios, préstamos de consumo, o productos del mercado de dinero, etc.

De esta forma surge el margen de intermediación como la diferencia (*spread*) entre la tasa de interés que los bancos pagan al cuantahabiente por recibir su dinero

8 BENJAMIN, *Financial Law*, cit., 24.

9 Cfr. Superintendencia Financiera de Colombia, Circular Básica Jurídica (Circular Externa 029 de 2014), cap. v, tít. 1, parte 1.

10 MISHKIN, F., *The Economics of Money, Banking, and Financial Markets*, Essex, Pearson Education, 2004, 39.

11 GEVA, B., *The Payment Order of Antiquity and the Middle Ages: A Legal History*, Oxford, Hart, 2011, 586.

y la que cobran a los prestatarios subsiguientes de un crédito o mutuo¹². La importancia del margen de intermediación es absoluta para los bancos comerciales, pues constituye su principal fuente de ingresos¹³. Este mecanismo ofrece a los bancos la posibilidad de proveer a sus clientes servicios ciertos accesorios a la relación bancaria, como giros y transferencias, o disponibilidad de recursos en cajero electrónico. Así, los ingresos del banco están principalmente en la actividad de intermediación y no en las cuotas que cobran por estos servicios accesorios¹⁴.

C. La banca de reserva fraccional y la creación del dinero

El mecanismo de reserva fraccional también ha sido esencial para el desarrollo de la banca moderna. Este modelo se basa en una premisa fundamental: un banco comercial puede utilizar (como propios) los recursos depositados por sus clientes para efectuar préstamos subsiguientes a otros clientes; y únicamente debe preservar una fracción del depósito inicial. A partir de esta idea, los economistas hablan de la función creadora de dinero de los bancos comerciales¹⁵. Este mecanismo produce el impulso del crédito en las economías modernas, y es por ello que la mayoría del dinero en circulación es dinero inmaterial, creado por los bancos comerciales. A su vez, la técnica financiera mediante la cual se crea dinero a partir del crédito constituye un pilar de las economías modernas¹⁶. Sin la función creadora del dinero bancario habría efectivamente menos recursos disponibles para poner a andar las economías.

El mecanismo de reserva fraccional depende entonces de la estructura jurídica subyacente a la operación de captación de recursos del público. Si los bancos tuvieran en reserva la totalidad de los recursos depositados no habría función creadora de dinero y por lo tanto habría menos liquidez general en las economías. En este evento, estaríamos ante un simple acto de custodia o depósito, con unas características completamente diferentes de aquellas que son propias del negocio bancario actual. Así, el mecanismo de la banca de reserva fraccional ayuda a entender la naturaleza de la intermediación bancaria en las economías.

12 MISHKIN, *The Economics of Money, Banking, and Financial Markets*, cit., 41.

13 ADMATI y HELLWIG, *The Bankers' New Clothes*, cit., 48.

14 Un banco colombiano cualquiera puede captar ahorro del público a tasas del 0.10% efectivo anual, mientras que ofrece créditos de consumo al 30.95% efectivo anual. Cfr. Banco Popular, 2018, en: <https://www.bancopopular.com.co/wps/portal/popular/inicio/servicio-cliente/tasas/> [consultado el 15 de enero de 2018].

15 Los bancos comerciales crean dinero en la forma de depósitos, al momento de otorgar préstamos a sus clientes. Cfr. McLEAY, M. et al., "Money Creation in the Modern Economy", [en línea], *Bank of England Quarterly Bulletin*, Q1, 2014, 16, disponible en: <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/quarterly-bulletin/2014/money-creation-in-the-modern-economy>.

16 MANKIW, G., *Macroeconomics*, 9.ª ed., New York, Worth, 2015, 91.

D. La naturaleza del dinero

La definición del dinero ha suscitado el análisis de abogados y economistas durante siglos¹⁷. Los principales exponentes de ambas disciplinas han llegado a aceptar que la definición de dinero no es única, y depende del contexto en que se utilice el término¹⁸. Sin embargo, algunas diferencias subsisten en su enfoque.

Los economistas suelen iniciar el análisis a partir de las funciones del dinero, a través de la conocida triada de usos: medio de transacción, unidad de cuenta y depósito de valor¹⁹. Desde el punto de vista económico, aquello que constituye dinero puede ser prácticamente cualquier cosa, pues a partir de la naturaleza funcional del análisis se concluye que, siempre que algo cumpla las tres funciones listadas, podrá considerarse dinero²⁰. Desde un punto de vista económico es posible que diversos bienes puedan ser considerados dinero, para ciertos grupos de personas, en distintos momentos.

Desde el punto de vista legal, si bien los abogados admiten la utilidad de la definición funcional del dinero, también se interesan por el papel del Estado en la determinación de qué activos pueden ser dinero. De esta forma, la cuestión fundamental es dilucidar qué constituye moneda legal²¹. Esta diferencia entre las aproximaciones de economistas y abogados existe debido a que aquellos se interesan por saber qué objetos tienen poder adquisitivo, mientras que estos se interesan por saber qué ac-

-
- 17 Por supuesto, la definición del dinero es una materia demasiado amplia y compleja para ser analizada en estas líneas. Por lo tanto, este texto tratará únicamente los rasgos generales del tema, con el objetivo de analizar la naturaleza de la relación bancaria. Se excluirá el análisis de (i) el dinero digital (*cryptocurrency*), (ii) el dinero electrónico o dinero plástico y (iii) los llamados monederos virtuales (*e-money*). Su estudio constituye otra materia separada, por lo que este texto simplemente tratará el dinero en sus dos manifestaciones principales: papel moneda de curso legal (billetes y monedas indistintamente) y dinero inmaterial o dinero bancario (créditos en cuenta bancaria). Con la expresión dinero inmaterial o dinero bancario este artículo se refiere al dinero creado por el sistema de la banca comercial, representado en balances contables en cuentas.
- 18 Cfr., desde la perspectiva legal, la sentencia de *Perrin v. Morgan* (1943), y desde el punto de vista económico, cfr. Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, *Estadísticas Monetarias y Financieras*, 3, 2007, [en línea], disponible en: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Publicaciones-de-Otras-Instituciones/pub-en-75.pdf> [consultado el 15 de enero de 2018].
- 19 Cfr., entre otros, GÓMEZ, J., *Dinero, banca y mercados financieros: los países emergentes en la economía global*, México, Alfaomega, 2010.
- 20 MISHKIN, *The Economics of Money, Banking, and Financial Markets*, cit., 53. El caso de algunos campos de prisioneros de guerra durante la Segunda Guerra Mundial es ilustrativo. En efecto, se ha documentado cómo allí los cigarrillos cumplían las tres funciones tradicionales del dinero: medio de transacción, unidad de cuenta y depósito de valor. Cfr. McLeay, M. et al., "Money in the Modern Economy: An Introduction", [en línea], *Bank of England Quarterly Bulletin*, Q1, 2014, 16, disponible en: <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/quarterly-bulletin/2014/money-in-the-modern-economy-an-introduction.pdf?la=en>.
- 21 En el contexto colombiano, véase la Carta Circular 78 del 16 de noviembre de 2016, emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, donde se pone en evidencia la importancia del papel del Estado en la definición del dinero de curso legal.

tivos sirven para liberar al deudor de una obligación²². Como consecuencia de lo anterior, las definiciones teóricas y comprensivas del dinero difieren dependiendo de si son formuladas desde la perspectiva de la economía o del derecho²³.

En todo caso, dichas formulaciones teóricas tienen una utilidad limitada, pues lo importante será determinar el significado del dinero en función del contexto específico en el que se emplea el término. Así, este texto pretende integrar el análisis del dinero, desde ambas perspectivas, en el contexto específico de la relación bancaria entre el cliente y su banco²⁴.

La posición clásica de los juristas, denominada “teoría estatista del dinero”, sostiene que solamente puede considerarse dinero aquello que ha obtenido un reconocimiento estatal, y por lo tanto constituye moneda de curso legal²⁵. Sin embargo, esta posición clásica es cuestionable en el contexto moderno, principalmente por los avances tecnológicos en medios de pagos y creación de dinero inmaterial²⁶.

Los juristas deben entonces ampliar su análisis, pues no solo la moneda legal sirve actualmente como mecanismo para liberar al deudor de sus obligaciones de pago. Con razón, reputados autores han sostenido que “[h]oy en día, se reconoce que la aproximación de la economía es más realista. Los pagos de sumas sustanciales se efectúan casi en su totalidad en dinero inmaterial, no en dinero físico, por lo que el dinero bancario debe ser tratado, igualmente, como dinero”²⁷. Un ejemplo ilustrativo de esta tendencia se encuentra en la definición del artículo 30 del Acuerdo del Fondo Monetario Internacional²⁸ que establece que las monedas de libre uso son aquellas que cumplen con las siguientes condiciones: (i) son usadas extensamente para pagos de transacciones internacionales y (ii) son ampliamente transadas en los principales mercados de divisas.

22 GOODE, R., *Goode on Commercial Law*, 4.^a ed., London, Penguin, 2010, 485.

23 Para la formulación teórica de una definición económica, cfr. MANKIW, *Macroeconomics*, cit., 82; para la definición desde la perspectiva legal, cfr. BAMFORD, C., *Principles of International Financial Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 11.

24 A partir de lo anterior, este artículo se basa sobre la premisa de que no es posible dividir los puntos de vista económico y jurídico para entender el funcionamiento del dinero en la realidad bancaria. Cfr. GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, 2.^a ed., Madrid, Gráficas Aguirre, 1975, 65.

25 Esta teoría se encuentra en ediciones anteriores de la clásica obra de F. A. Mann sobre el aspecto legal del dinero: *El aspecto legal del dinero: con referencia especial al derecho internacional privado y público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.

26 Algunos Estados europeos han manifestado que la definición de moneda de curso legal no debe interpretarse en forma restrictiva, esto es, como una obligación para aceptar únicamente pagos en efectivo. Cfr. European Commission, Recommendation of 22 March 2010 on the Scope and Effects of Legal Tender of Euro Banknotes and Coins (2010/191/EU), OJ L 83, 30 de marzo de 2010, [en línea], disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32010H0191>; y *Temax Steamship Co Ltd v. The Brimnes* (1975), entre otros.

27 GOODE, *Goode on Commercial Law*, cit., 486. Ediciones recientes de la obra clásica de Mann reconocen también esta evolución para integrar el dinero inmaterial creado por los bancos. Cfr. PROCTOR, C., *Mann on the Legal Aspect of Money*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

28 Colombia ratificó dicho tratado mediante la Ley 96 de 1945.

En el contexto bancario actual, el dinero existe en su manifestación inmaterial, esto es, en la forma de activo financiero representado por un ingreso contable. Por lo tanto, la cuenta bancaria no puede estar fundada sobre un contrato de depósito, puesto que este, por definición, excluye activos inmateriales como objeto. Por el contrario, la caracterización legal de dicha relación debe estar basada sobre otra institución jurídica que se acomode mejor a la realidad financiera de las operaciones económicas modernas.

Con base en lo anterior, en las economías contemporáneas se puede hablar de dos formas principales de dinero. Según el Banco de la República de Colombia, “[e]n la actualidad existen dos grandes categorías de medios de pago: el dinero fiduciario, emitido usualmente por los bancos centrales (base monetaria), y el dinero privado, emitido en forma de cuentas de depósito por parte de los intermediarios financieros (cuentas corrientes y de ahorro)”²⁹. Estas dos formas de dinero constituyen el poder de compra total en la economía, y la oferta monetaria basada en la convergencia del dinero material e inmaterial.

Por otro lado, tanto en términos legales como económicos, ambas manifestaciones de dinero contienen una obligación crediticia conocida como “activo financiero”, la cual constituye un valor monetario. Según el banco central de Inglaterra, “[e]l dinero en las economías modernas es simplemente una forma de crédito, o en el lenguaje contable-económico, un activo financiero [...]. Dado que los activos financieros son créditos a cargo de un actor en la economía, también constituyen pasivos financieros. El activo financiero de un actor económico constituye el pasivo financiero de otro”³⁰. A continuación se analizan en detalle las dos manifestaciones del dinero descritas a partir de la idea cardinal del dinero como activo financiero.

En primer lugar, el dinero inmaterial constituye una serie de créditos y débitos ingresados electrónicamente en el sistema global de pagos, el cual es administrado por los bancos comerciales. En este contexto el dinero es un pasivo del sector financiero³¹, representado principalmente en entradas electrónicas en un sistema contable. Tal como ha sido ampliamente establecido al observar empíricamente las tendencias del comercio internacional, la mayoría del dinero existente en la economía mundial no es entonces moneda legal, sino dinero bancario creado por estas entidades mediante el otorgamiento de préstamos al público³².

29 ARANGO-ARANGO, C. et al., “Determinantes del acceso, uso y aceptación de pagos electrónicos en Colombia”, *Borradores de Economía*, Banco de la República de Colombia, n.º 999, 2017. Cfr., en sentido análogo, Federal Reserve Bank of Chicago, *Modern Money Mechanics*, 2, 2008; McLEAY et al., “Money in the Modern Economy”, cit., 7.

30 *Ibíd.*

31 En Colombia, cfr. GÓMEZ, *Dinero, banca y mercados financieros*, cit.

32 Federal Reserve Bank of Chicago, *Modern Money Mechanics* 2, 2008, [en línea], disponible en: <http://www.rayservers.com/images/ModernMoneyMechanics.pdf> Según el Banco de Inglaterra, únicamente el 3% de todo el dinero en la economía británica está constituido por papel moneda, el 97% restante es dinero bancario. Cfr. McLeay et al., “Money in the Modern Economy”, cit. La situación es distinta en economías menos avanzadas como la colombiana, en la que, en mayo de 2017,

Para ofrecer una explicación ilustrativa de esta situación se ha sostenido que en los mercados financieros globales no existe suficiente papel moneda para dar cuenta de la cantidad de dinero agregado que circula entre las distintas economías del mundo³³. Este fenómeno tiene una consecuencia ineludible para los juristas: debe reconocerse el impacto de este tipo de dinero en el análisis legal aplicable a las distintas operaciones financieras.

A partir de lo anterior resulta necesario integrar, al análisis legal, la operación financiera mediante la cual los bancos comerciales crean dinero. En efecto, cuando un cliente solicita un crédito a su banco, dicha entidad crea una cuenta bancaria y efectúa un giro a favor de dicho cliente. La cuenta contiene ahora un activo financiero, es decir, una obligación a cargo del banco y a favor del cliente. De esta forma se crea un activo financiero que no existía antes en la economía³⁴.

Más aún, en términos de la operación financiera, no solamente el dinero electrónico constituye un activo financiero. El dinero en efectivo o papel moneda también tiene esta naturaleza, si bien es más difícil determinarlo. Este tipo de dinero se encuentra representado por una serie de bienes materiales (billetes y monedas), que contienen una promesa por parte del Estado de saldar una obligación dineraria con su tenedor³⁵. Si el dinero inmaterial es una obligación a cargo de un banco comercial y a favor del titular de una cuenta bancaria, el dinero en efectivo es una obligación a cargo del Estado y en favor de cualquier persona que tenga billetes o monedas en su poder³⁶.

El dinero de curso legal sigue siendo, en esencia, un activo financiero, a pesar de su reificación en la forma de monedas y billetes. En efecto, el dinero ha evolucionado históricamente, desde un estado inmaterial inicial, a su manifestación material en el mundo tangible, facilitando el intercambio económico. Según Benjamin Geva, “[t]extos antiguos dan cuenta de la existencia del ‘dinero’ como una unidad abstracta de valor, antes de su aparición en el mundo material como un medio universal de intercambio”³⁷.

Algunos juristas argumentan que el proceso de “materialización” del dinero es necesario³⁸. Dichos autores reconocen entonces que el papel moneda no es dinero

el dinero en efectivo constituía el 54.8%, mientras que los depósitos en cuenta corriente llegaban al 45.2% de la totalidad de M1 en la economía. Banco de la República, *Informe estadísticas monetarias y cambiarias*, [en línea], disponible en: <http://www.banrep.gov.co/es/informe-estadisticas-monetarias-y-cambiarias> [consultado el 15 de enero de 2018].

33 BENJAMIN, *Financial Law*, cit., 24.

34 VALDEZ y MOLYNEUX, *An Introduction to Global Financial Markets*, cit., 33.

35 BAMFORD, *Principles of International Financial Law*, cit., 10.

36 Según el banco central de Inglaterra: “Cuando un consumidor realiza un depósito de sus billetes en un banco, simplemente está intercambiando una deuda pagadera por el Estado por una deuda pagadera por el banco comercial”. McLEAY et al., “Money in the Modern Economy”, cit.

37 GEVA, *The Payment Order of Antiquity and the Middle Ages*, cit., 19.

38 Cfr. PÉREZ-BUSTAMANTE, D., *Depósitos bancarios y crisis financieras*, Madrid, Dykinson, 2009, 158; DE LA CUESTA, J. M., *El dinero y la representación de las posiciones acreedoras y deudoras en el tráfico mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2006, 33.

en sí, sino su manifestación en el mundo de lo tangible. Sin embargo, la existencia del sistema bancario moderno, y su inescindible relación con la creación de dinero inmaterial, demuestran que el dinero no requiere necesariamente de una manifestación física; puede existir igualmente como un ente abstracto. En verdad, la cosificación del dinero fue simplemente un mecanismo adoptado por la humanidad por razones de practicidad, en una etapa en la que el intercambio de bienes se facilitaba por medio del uso de objetos estandarizados, superando así el ineficiente sistema de la permuta. Sin embargo, el papel moneda es cada día menos importante en el tráfico económico moderno, lo que abre el paso al dinero inmaterial como medio preponderante de pagos³⁹. De esta forma se evidencia un proceso pendular entre las manifestaciones que ha adoptado el dinero a lo largo de la historia⁴⁰.

Por lo anterior, al partir de la premisa de que el papel moneda constituye una operación crediticia podemos concluir que representa entonces una obligación en sentido jurídico. Para comprender esta operación es necesario, una vez más, referirnos al funcionamiento técnico económico del dinero en las sociedades modernas. En términos económicos, la moneda legal se basa en una operación mental de confianza mediante la cual las personas que tienen en su poder billetes y monedas asumen que dichos instrumentos les servirán para extinguir cualesquiera obligaciones que puedan tener a su cargo⁴¹.

El ejemplo de una operación económica sencilla ayudará a ilustrar el punto: una persona compra un bien cualquiera, por ejemplo, un libro. El dinero transferido en moneda legal al vendedor debe servir para liberar al comprador de su obligación de pago. El vendedor del libro utilizará el dinero que ha recibido, por ejemplo, para sufragar algunos gastos propios de su negocio, como el canon de arrendamiento del local donde tiene su librería. El arrendador del local recibe el dinero, y así sucesivamente hasta que, al final de la cadena de todas las operaciones económicas posibles en la economía, el dinero impreso contiene una última carga para el Estado: aquella de liberar al ciudadano de sus obligaciones de pago de impuestos⁴². Desde este punto de vista, el dinero “impreso” no es distinto del dinero electrónico existente en el sistema financiero: los dos constituyen activos financieros.

Una anotación adicional sobre la evolución del papel moneda permitirá comprender su verdadera naturaleza en la economía actual. Desde el 15 de agosto de

39 Kenneth Rogoff argumenta que el uso del dinero en efectivo o moneda legal hace que las transacciones económicas sean menos seguras, ya que el exceso de efectivo existente en las economías se está utilizando para propósitos de evasión de impuestos, blanqueo de capitales y financiación de corrupción, entre otros. Todos estos males aquejan particularmente a la economía colombiana en la actualidad. Cfr. ROGOFF, K., *The Curse of Cash*, Princeton, Princeton University Press, 2016.

40 De manera premonitoria, hace casi 65 años el tratadista francés Georges Ripert reconocía el proceso de la “desmaterialización” de la moneda, suscitado por la existencia del dinero bancario. Cfr. RIPERT, G., *Tratado elemental de derecho comercial*, t. IV, Buenos Aires, Editora Argentina, 1954, 334.

41 GOODE, *Goode on Commercial Law*, cit., 487.

42 GOODHART, C., “The Two Concepts of Money: Implications for the Analysis of Optimal Currency Areas”, *European Journal of Political Economy*, vol. 14, 407-432.

1971, los Estados Unidos de América, y a partir de ahí todas las economías avanzadas del mundo, se desprendieron del patrón del oro. A partir de aquel momento, los “depósitos” de los clientes del sector bancario ya no se encuentran respaldados por lingotes guardados en bóvedas de un banco central. En verdad, el papel moneda ha dejado de ser la representación material de una serie de bienes depositados, redimibles mediante la presentación del billete. Así, el dinero impreso ha pasado a ser simplemente la materialización de un crédito representado en dicho billete o moneda, pues no existe en realidad ningún bien que sea efectivamente redimible mediante la presentación de dicho billete o moneda⁴³. Esta es la caracterización del dinero fiduciario según la definición del Banco de la República de Colombia incluida arriba. En tal virtud, hoy en día el efectivo se encuentra respaldado por la confianza que tienen los ciudadanos en el Estado como deudor último de todas las obligaciones al final de la cadena de operaciones económicas. Por lo anterior, eminentes economistas han formulado la siguiente consideración: “¿Dónde están el oro y la plata detrás de todo esto? Por supuesto que no existen. El dinero es tanto una entrada en un servidor de computador como cualquier otra cosa”⁴⁴.

A pesar de lo anterior, desde el punto de vista legal algunos autores concluyen que el papel moneda es un bien mueble, tangible y fungible, naturalmente susceptible de ser objeto de derechos reales.⁴⁵ Contrariamente, debe reconocerse la verdadera naturaleza económica y jurídica del dinero en sus dos manifestaciones, al establecer que no se trata de un bien susceptible de depósito, sino más bien un activo financiero que se encuentra disponible para el cuentahabiente y para su banco, simultáneamente.

E. Transferencias bancarias

Además de la intermediación financiera fundada en la captación de recursos del público, y la creación de dinero por medio de su posterior colocación, los bancos contemporáneos prestan un importantísimo servicio a la economía: transferencias bancarias de recursos. Para dar respuesta a la pregunta sobre la naturaleza de la relación entre el cuentahabiente y su banco es necesario entender también la mecánica de la transferencia de recursos en el sistema bancario.

Un sistema de pagos se define como “la configuración de diversos arreglos institucionales e infraestructuras que facilitan la transferencia de valor monetario entre [varias] partes”⁴⁶. En el comercio internacional, el método predominante de pagos

43 GEVA, *The Payment Order of Antiquity and the Middle Ages*, cit., 22.

44 VALDEZ y MOLYNEUX, *An Introduction to Global Financial Markets*, cit., 33; trad. libre.

45 “El bien fungible por excelencia es el dinero”. TERNERA, F., *Bienes*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011, 37.

46 Bank of International Settlements, *General Guidance for National Payment System Development*, 7, 2006, [en línea], disponible en: <http://www.bis.org/cpmi/publ/d70.pdf> [consultado el 15 de enero de 2018].

y movimientos de valor monetario está constituido por transferencias electrónicas de fondos. El procedimiento de transferencia electrónica de fondos se define como “cualquier transferencia de fondos, distinta de las transacciones originadas mediante cheques, que es iniciada a través de una terminal electrónica, un teléfono, un computador o una cinta magnética, con el fin de ordenar, instruir o autorizar a una institución financiera o al operador de un sistema de pagos para debitar o acreditar una cuenta”⁴⁷.

Contrario a lo que se cree popularmente, las “transferencias” electrónicas no suponen un movimiento real de dinero; ni siquiera se ceden derechos reales o personales. En efecto,

... una transferencia de crédito es un proceso mediante el cual la deuda a cargo del banco y a favor del cliente originador se reemplaza por una nueva deuda a favor del beneficiario y a cargo de su banco. En ese sentido, la caracterización del proceso como una ‘transferencia’ es inadecuada, ya que no hay transmisión de bienes tangibles o intangibles⁴⁸.

Investigaciones del Banco de la República en Colombia han concluido que las transferencias electrónicas en el sistema local funcionan de la manera descrita⁴⁹.

Este mecanismo de pagos mediante extinción y creación de deuda y crédito responde también a la naturaleza real del dinero existente en el sistema financiero. Por lo anterior se ha establecido que en los mercados financieros las deudas se extinguen por medio de operaciones de crédito en cuentas bancarias; y por supuesto, dichos créditos simplemente crean nuevas deudas. En verdad, estas deudas creadas nunca se cancelan, simplemente se mueven de una persona a otra en la economía. Así, se ha concluido que “el dinero consiste entonces en una serie de operaciones crediticias circulantes, junto con la confianza en su valor”⁵⁰. A raíz de lo anterior se ha sostenido, con razón, que la evolución de los métodos de pago consiste en un proceso en el que se ha superado la entrega de billetes y monedas, y que ha llevado a ampliar el concepto dinero⁵¹.

En vista de lo anterior, el fundamento esencial del sistema de pagos es la actividad de captación de dineros efectuada por los bancos, ya que dicho sistema se nutre esencialmente de las operaciones económicas que se llevan a cabo a partir del dinero

47 GÓMEZ, J. C. y RAMÍREZ, C. H., *Los sistemas electrónicos de compensación y liquidación de pagos*, 2002, 25, [en línea], disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/tesis43.pdf> [consultado el 15 de enero de 2018].

48 GEVA, *Bank Money*, cit., 360.

49 ORTEGA, F. y LEÓN, C., “Las transferencias compensadas por ACH Colombia: un análisis desde la perspectiva de topología de redes”, *Borradores de Economía*, n.º 990, 2017, 7.

50 BENJAMIN, *Financial Law*, cit., 24.

51 GEVA, *The Payment Order of Antiquity and the Middle Ages*, cit., 23.

depositado por los cuentahabientes⁵². Entonces, la estructura jurídica subyacente a la relación del banco con sus clientes es fundamental para el mecanismo de transferencias electrónicas. Si una transferencia no implica movimiento alguno de bienes muebles, ni siquiera cesión de derechos reales o personales entre las distintas partes a lo largo de la cadena, la relación jurídica originaria entre un cliente y su banco debe ser coherente con la técnica financiera propia de la transferencia subsiguiente; esto es, no puede entonces basarse en el depósito de bienes muebles, pues el sistema de pagos funciona técnicamente a partir de la creación y extinción de relaciones crediticias. Dicha relación jurídica debe basarse en una operación crediticia personal entre el cuentahabiente y el banco.

II. Teorías sobre la relación bancaria: tradición civilista y tradición anglosajona

Los principales aspectos de la relación bancaria parecen ser claros tanto en la tradición civilista como en la anglosajona. En primer lugar, ambas aproximaciones rechazan el depósito regular, aceptando la potestad que tienen los bancos de mezclar los fondos transferidos, además de utilizarlos como propios. Sin embargo, desde este punto en adelante, la fundamentación legal de la relación bancaria cambia de una tradición jurídica a la otra.

A. La relación bancaria en algunos sistemas civilistas

Los sistemas de la tradición civilista se basan en el antecedente romano del *depósito irregular* para definir la relación privada de la cuenta bancaria. En la formulación tradicional del contrato de depósito regular, el depositario tiene la obligación de guarda y cuidado del bien depositado, para su eventual restitución al depositante. El derecho de dominio sobre la cosa depositada permanece en cabeza del depositante, siendo el depositario un mero guardador o tenedor. Frente a la posibilidad de un depósito de bienes fungibles se aceptó que la obligación del depositario no era la devolución del mismo bien depositado, sino de bienes equivalentes. Hasta este punto llega el depósito regular.

Al lado del depósito regular de bienes fungibles, la mayoría de los sistemas civilistas han incluido previsiones independientes para el depósito de dinero, diferenciando así el tratamiento legal cuando se trata de dinero “en arca cerrada” frente al dinero en efectivo. Cuando el dinero es entregado en arca cerrada, la obligación del depositario es guardar y custodiar el objeto dentro del cual se encuentra el dinero, para su restitución en especie. Por el contrario, cuando el dinero es entregado en efectivo, el depositario únicamente está obligado a restituir un monto equivalente, y se encuentra facultado para utilizar el dinero depositado como propio. La deno-

52 ADMATI y HELLWIG, *The Bankers' New Clothes*, cit., 49.

minación del contrato como depósito irregular responde entonces al hecho de que se suprime o modifica la obligación de restitución en especie propia del depósito regular⁵³.

Para el caso del depósito de dinero en efectivo, los sistemas jurídicos civilistas no reconocieron, al menos no directamente, la presencia de una operación de préstamo, a pesar de las similitudes entre ambas figuras. Sin embargo, ha sido documentado como estas semejanzas son reconocidas desde el derecho romano⁵⁴. Así pues, los civilistas han destinado una gran cantidad de recursos al análisis de la comparación entre el depósito irregular y el contrato de mutuo⁵⁵. No obstante mantener el esquema del depósito irregular en líneas generales, algunos de los más influyentes sistemas jurídicos de estirpe civilista han optado por aplicar las reglas sobre el mutuo a la cuenta bancaria.

En Francia no existen disposiciones sobre depósito irregular. Por ello existe un debate doctrinario de vieja data sobre la naturaleza del contrato. Se discute si se trata de un contrato de depósito (arts. 1915 a 1954 del *Code civil*), de mutuo (arts. 1892 a 1914 del *Code civil*) o de un contrato *sui generis*⁵⁶. El influyente jurista Georges Ripert señala que, dada la ausencia de reglamentación del depósito irregular, no hay gran utilidad práctica en discutir sobre la naturaleza del contrato. Esta apreciación parece ser correcta. Sin embargo, según el citado autor, subsiste el interés teórico en otorgarle a la figura una explicación lógica, por lo que concluye que el contrato de cuenta bancaria es un depósito irregular, en virtud del objeto perseguido por las partes, puesto que la persona que deposita fondos en un banco se propone esencialmente descargar sobre otra la labor de custodia de los mismos⁵⁷.

En España, los códigos civil y de comercio reconocen la realidad económica de la relación bancaria y, bajo ciertas circunstancias, remiten expresamente a las normas sobre el mutuo para las operaciones de dicho contrato. El código civil señala que “cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato”⁵⁸. El punto de quiebre entre depósito y préstamo es entonces la facultad del depositario de utilizar la cosa depositada. La previsión establece una modificación fundamental en la naturaleza del contrato al aceptar su evolución de depósito a préstamo.

El código de comercio español contiene una disposición similar, cuyo efecto es dejar de aplicar las normas del depósito y aplicar las del préstamo mercantil, o cual-

53 RODRÍGUEZ, J., *Derecho bancario*, México, Porrúa, 1980, 43.

54 ZIMMERMAN, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996, 216.

55 Cfr., por todos, GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., 362.

56 GEVA, B., *Bank Collections and Payment Transactions: Comparative Study of Legal Aspects*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 73.

57 RIPERT, *Tratado elemental de derecho comercial*, cit., 393.

58 Art. 1768 c.c. esp.

quier otro contrato que se hubiere celebrado, según sus características⁵⁹. Con razón se ha dicho que la normativa en España “elimina la posibilidad de existencia legal del depósito irregular”⁶⁰. A pesar del evidente sentido práctico de las codificaciones españolas, la doctrina predominante parece aferrarse a la terminología del “depósito” basándose más en un argumento formalista, alejado de la realidad económica de la operación subyacente⁶¹.

En Alemania parece existir una dicotomía similar a la vista en España. El venerable BGB ubica el contrato dentro del capítulo del depósito. Sin embargo, también reconoce expresamente que al transferirse la propiedad sobre el dinero depositado, aplicarán las disposiciones sobre el mutuo⁶². Una vez más, la transferencia de la propiedad al depositario es fundamental. Por otra parte, las previsiones legales señalan que únicamente cuando el depósito recaiga sobre dinero aplicarán las reglas sobre mutuo.

A pesar de esta claridad inicial, el BGB no parece desprenderse por completo de la reglamentación del depósito. La norma indica que, en todo caso, aplicarán las disposiciones sobre depósito en cuanto al tiempo y lugar para la devolución de los fondos. Esto crea una especie de aplicación simultánea de las normas del mutuo y el depósito para la misma operación.

En Colombia la relación de derecho privado entre el cliente y su banco también se analiza bajo el esquema del depósito irregular de dinero. La doctrina local acepta que la denominación del contrato como “depósito” puede dar lugar a equívocos y tiene ciertas limitaciones⁶³. En Colombia existe entonces una diferenciación entre el depósito regular y el depósito irregular⁶⁴. Las consecuencias jurídicas que distinguen ambos contratos son que (i) en el depósito irregular se da la transferencia del dominio del bien depositado y (ii) en el depósito irregular las obligaciones de custodia y cuidado del bien depositado son remplazadas por la obligación de cuidar y devolver una cantidad equivalente a la depositada⁶⁵.

Por otra parte, el código civil contiene una disposición especial para el depósito de dinero⁶⁶. Sin embargo, tratándose del negocio bancario, aplicará siempre el régimen mercantil, sin perjuicio de la referencia a los principios generales de las

59 Art. 309 c.co. esp.

60 GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., 362.

61 El profesor Garrigues ha sostenido que “cuando el Banco hace suyo el dinero recibido y se obliga a devolver una cantidad igual, el contrato sigue llamándose depósito y no préstamo en la práctica bancaria, lo demuestra la lectura de los artículos 7.º y 8.º de los Estatutos del Banco de España”. *Ibíd.*

62 Art. 700 BGB.

63 RODRÍGUEZ AZUERO, S., *Contratos bancarios: su significación en América Latina*, 6.ª ed., Bogotá, Legis, 2009, 283.

64 BONIVENTO, J. A., *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 17.ª ed., Bogotá, Librería del Profesional, 2008, 689.

65 ÁLVAREZ-CORREA, E., *Contratos bancarios*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1991, 69.

66 Art. 2246 c.c. col.

obligaciones contenidos en el código civil. En ese sentido, en el código de comercio existen los siguientes contratos: cuenta corriente bancaria, depósito a término y depósito de ahorros⁶⁷.

Finalmente, es preciso decir que, a pesar de la amplia discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica de estos contratos, la opinión mayoritaria parece decantarse por su asimilación al depósito irregular⁶⁸.

B. La relación bancaria en algunos sistemas anglosajones

En el derecho anglosajón, el depósito bancario constituye un endeudamiento del banco con su cliente. A partir de la trascendental sentencia de *Edward Thomas Foley v. Thomas Hill and Others*⁶⁹, las cortes inglesas han sido inequívocas sobre este punto⁷⁰. Al aceptar los recursos entregados, el banco se adueña de los mismos y se obliga a devolver a su cliente una cantidad equivalente.

La costumbre bancaria (*bankers custom*) mediante la cual los banqueros se consideraban a sí mismos como deudores de sus cuentahabientes constituyó la fundamentación legal de esta caracterización de la relación bancaria como mutuo⁷¹. Sin embargo, los jueces bien hubieran podido rechazar dicha práctica, y señalar que la relación bancaria tenía un fundamento jurídico distinto. De hecho, estuvieron cerca de hacerlo, pues en *Foley* el juez de primera instancia determinó que la cuenta bancaria no se encontraba basada en un contrato de mutuo sino en una relación fiduciaria. A continuación se describe este importante caso.

En abril de 1829, Edward Thomas Foley depositó £6.117,10 en su cuenta bancaria del banco Hill & Co. Los términos entre señor Foley y su banco establecían que el cliente tenía derecho a recibir un interés efectivo anual del 3% sobre la suma depositada. Sin embargo, durante casi seis años la cuenta bancaria no fue beneficiaria de interés alguno.

Foley acudió, en enero de 1838, a las cortes de equidad (*equity jurisdiction*) inglesas para exigir el reconocimiento de dicho interés. La elección de las cortes de equidad no fue fortuita, pues su acción ante las cortes de la jurisdicción común ya había caducado. Sin embargo, para demandar ante la jurisdicción de equidad debía

67 Arts. 1382 a 1399 c.co. col.

68 Cfr. ÁLVAREZ-CORREA, *Contratos bancarios*, cit., 69-91; RODRÍGUEZ AZUERO, *Contratos bancarios*, cit., 283.

69 *Foley v. Hill* (1848) (en adelante, *Foley*).

70 Según sir Ross Cranston, la mencionada sentencia constituyó un “avance histórico”, ya que la caracterización del contrato como mutuo fue “fundamental, pues otorgó a los bancos la posibilidad de tratar el dinero depositado como suyo propio”. CRANSTON, *Principles of Banking Law*, cit., 131.

71 ELLINGER, P., “Banking Law and Banking Practice in their Conceptual and Historical Perspectives”, *Singapore Journal of Legal Studies*, 41, 2013. El mencionado autor relata la cercanía intelectual entre jueces ingleses y hombres de negocios en Londres durante los siglos XVIII y XIX. Los jueces solían consultar con eminentes miembros de la comunidad empresarial sobre aspectos prácticos de negocios, particularmente en asuntos financieros.

demostrar que su relación con el banco no tenía naturaleza contractual, puesto que el contrato es una figura típica del derecho común inglés (*common law*). Para tener éxito en sus pretensiones, el demandante debía demostrar que su relación con el banco se basaba en un fideicomiso (*trust*), debido a que los jueces de equidad conocen esta figura.

Entonces, el problema de fondo del caso era establecer cuál es la naturaleza de la relación cliente-banquero, en el contexto de una cuenta corriente o de ahorros. Si la naturaleza era de fideicomiso (*trust*), Foley tendría una acción en equidad frente a la jurisdicción de equidad inglesa, y por lo tanto su acción podría prosperar. Por el contrario, si la naturaleza de la relación de Foley con su banco era contractual, le correspondía acudir a las cortes de la jurisdicción común (*common law*), pero ante estas su acción ya había caducado. En este último caso, su demanda sería inadmitida.

La primera instancia fue favorable al demandante, pues se concluyó que el acuerdo sobre el pago de intereses debía mantenerse, como si dichos intereses hubieran sido causados y pagados bajo la figura de equidad de la “liquidación de ingresos” (*account for profits*). La relación fue entonces reconocida como una relación fiduciaria. Y había mérito para exigir los intereses prometidos pues el juez competente era, en efecto, un juez de la jurisdicción de equidad.

De haber sido esta la decisión final, el negocio bancario sería muy distinto a como lo conocemos hoy en día. En efecto, la relación fiduciaria implica unas cargas y deberes a cargo del fiduciario que no se compadecen con las características económicas particulares de la relación bancaria actual⁷².

El tribunal de segunda instancia, por el contrario, decidió que la cuenta bancaria suponía una relación contractual de acreedor y deudor; no existía relación de fideicomiso. La acción en equidad no podría prosperar, pues la vía procesal adecuada era una demanda ante la jurisdicción común. Para el juez de segunda instancia, la defensa sobre la caducidad de la acción era válida.

Finalmente, en última instancia, la Cámara de los Lores inglesa confirmó la decisión de segunda instancia al definir que el contrato del que surge la relación de un cuentahabiente y su banco es un contrato de préstamo, en virtud del cual el cuentahabiente es acreedor y su banco deudor.

La Cámara de los Lores, en la decisión de *Foley*, hubiera podido tomar una ruta distinta y caracterizar la relación entre cuentahabiente y su banco bajo otra figura. Sin embargo, dicha decisión hubiera afectado la práctica bancaria prevaleciente en aquel momento. Los jueces, en su decisión, rechazaron la existencia de un depósito y de una relación fiduciaria. Esto demuestra el avanzado estado del negocio bancario para la época de la sentencia de *Foley*. En efecto, caracterizar la relación como un mero depósito o como una fiducia no se habría correspondido con el nivel de desarrollo del negocio bancario, pues la práctica hasta ese entonces se otorgaba al banco

72 Cfr. PROCTOR, *Mann on the Legal Aspect of Money*, cit.

la posibilidad de utilizar los recursos como propios, resultando en una obligación a su cargo de devolver una suma equivalente⁷³.

De haber caracterizado la relación bancaria como un contrato de depósito, los jueces de la Cámara de los Lores hubieran impuesto al banco la obligación de devolver al cliente *exactamente* los mismos activos que le fueron entregados, impidiendo la mezcla de los distintos dineros depositados, y desnaturalizando su carácter de activo financiero. Adicionalmente, el depositario, al no recibir el dominio del bien depositado, no podría utilizarlo como propio y estaría obligado a mantenerlo disponible para su depositante en todo momento.

Como se puede ver, caracterizar la relación como un contrato distinto al de mutuo hubiera tenido hondas repercusiones en el desarrollo de la banca moderna, ya que las operaciones financieras que subyacen a la misma encuentran una fundamentación jurídica conducente a su desarrollo.

Por otro lado, la posición asumida por las cortes de Estados Unidos es similar a la inglesa. Si la operación con el banco se lleva a cabo bajo la forma de depósito general y no especial, la institución bancaria depositaria adquiere los derechos de propiedad de los recursos y se genera la relación entre deudor y acreedor. De esta forma, el banco asume la obligación de devolución de recursos a su cliente⁷⁴.

III. La naturaleza jurídica de la relación bancaria

Desde el punto de vista legal, el depósito bancario está constituido por una suma de dinero transferida a un banco, contra la obligación a cargo del banco de devolver dicha suma en los términos acordados⁷⁵. La acreditación de recursos en la cuenta bancaria puede ser resultado de un acto directo del cliente o de una transferencia efectuada a favor suyo por parte de un tercero. El dominio de los fondos depositados se transfiere al banco depositario, quien puede mezclarlos y utilizarlos como propios en sus negocios.

Estos son los elementos comunes de la relación bancaria en cualquier sistema de mercado; sin embargo, la naturaleza jurídica de dicha relación difiere dependiendo de la tradición jurídica de que se trate. Esta sección analiza la naturaleza jurídica de la relación bancaria a partir de los elementos económicos subyacentes del negocio, más que a partir de consideraciones meramente teóricas. De esta forma, el análisis económico plasmado en la primera sección sirve para revelar las verdaderas limitaciones de las teorías analizadas en la segunda sección.

73 HUDSON, A., *The Law of Finance*, London, Sweet and Maxwell, 2013, 894.

74 *Bank of Marin v. England* (1966).

75 GEVA, *Bank Collections and Payment Transactions*, cit., 61.

A. El dinero bancario no es un bien susceptible de depósito

La primera crítica, desde el punto de vista económico, a la teoría civilista de la cuenta bancaria se basa en la naturaleza del dinero, y en la relación de las partes del contrato de cuenta con el mismo. Este texto argumenta que la determinación de los caracteres jurídicos de la relación bancaria, necesariamente, debe partir del correcto entendimiento del dinero, es decir, del conjunto de activos financieros transferidos al banco.

Algunos autores locales parecen asumir, sin mayor análisis, que el dinero es un bien material y fungible, y que por lo tanto las partes del contrato de cuenta tienen *derechos reales* sobre el mismo. Se ha sostenido que “la moneda es un bien mueble, que trasciende su valor intrínseco como tal y repercute en el valor confianza; es un bien representativo, destinado a pasar de mano en mano [...] [E]l dinero como pieza metálica, puede ser objeto del derecho real de dominio”⁷⁶. Sin embargo, parece haber cierta confusión sobre la verdadera naturaleza del dinero, pues al tiempo que es caracterizado como un bien mueble y fungible, se reconoce la dificultad de ejercer derechos reales sobre un bien fungible⁷⁷.

Aunado a lo anterior, la teoría civilista del depósito irregular se basa en una relación propia del derecho de dominio sobre los bienes depositados. En efecto, los autores parten de la premisa consistente en que, en el contexto bancario, los depósitos irregulares “se caracterizan porque el depositario *adquiere la propiedad de los bienes* que recibe y puede disponer libremente de ellos, en cuanto su obligación se reduce a tener que devolver una cantidad equivalente”⁷⁸. Sin embargo, tal como se discutió, actualmente el dinero tiene la naturaleza de activo financiero, más que de bien mueble susceptible de depósito. Por lo anterior, la doctrina base de la tradición civilista no alcanza a capturar la verdadera esencia de la relación bancaria.

Joaquín Garrigues reconoce las limitaciones a esta afirmación cuando se tiene en cuenta la prevalencia del dinero bancario en la economía, al sostener que el dinero es un bien material susceptible de derechos reales,:

La expresión ‘propiedad del dinero’ hemos de admitirla con mucha reserva a causa, precisamente, de la extrema fungibilidad que le caracteriza. [...] Lo que ocurre es que yo sigo considerando como mío el dinero que entrego al Banco y así digo: ‘Tengo mi dinero en el Banco X’. Mas en realidad ese dinero no es mío, sino del Banco, ya que al ingresar en sus cajas se incorpora al resto del dinero que posee el Banco, siendo imposible la identificación de las piezas que yo entregué. Lo único que a mí me queda en tal caso es un crédito contra el Banco a la restitución de la suma entregada⁷⁹.

76 TERNERA, *Bienes*, cit., 27-29.

77 *Ibíd.*, 38.

78 RODRÍGUEZ AZUERO, *Contratos bancarios*, cit., 285.

79 GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., 71.

La conclusión de las secciones precedentes es que, en su manifestación física, el dinero está representado en moneda legal, mientras que su manifestación inmaterial constituye simplemente una operación contable en el libro de un banco comercial. Los billetes y monedas de curso legal son la representación de aquello que puede constituir dinero; por lo tanto, a partir de este entendimiento es prácticamente imposible justificar la existencia de un depósito irregular⁸⁰. Con razón se ha sostenido que “[e]l dinero como un activo, no es fungible como el trigo o el vino, ya que el activo que representa el dinero puede ser de distintos tipos”⁸¹. Los billetes y monedas son entonces una representación física del valor que una sociedad particular le ha dado a una idea fundamental. Esta idea establece que al final de todas las operaciones económicas posibles en la economía, el Estado liberará al tenedor de dicho billete o moneda, una vez lo presente como medio de pago de sus impuestos. Esta es la función última del dinero.

La validez del punto anterior se evidencia en el procedimiento de remplazo o fin de circulación de billetes efectuado por los bancos centrales. En general, las economías modernas permiten a los bancos centrales remplazar los billetes viejos y deteriorados por billetes nuevos. Esto demuestra que dichos billetes no son dinero en sí mismo, sino que son simplemente la manifestación física de la obligación crediticia que contienen. De hecho, el remplazo de un billete por otro no tiene efecto alguno en la identificación misma del dinero que se acredita a la persona que lo cambia⁸².

Aún más, volviendo al contexto que nos interesa, el negocio bancario se basa preponderantemente en la utilización de dinero inmaterial. Por lo anterior, el análisis legal de la cuenta bancaria debe reconocer esta característica fundamental del mercado, para ajustar el enfoque de su estudio y así comprender las consecuencias jurídicas que se derivan de esta caracterización.

El correcto entendimiento de la naturaleza del activo objeto de depósito obliga a revisar la relación de las partes con el mismo. Así, el análisis debe partir entonces de la distinción entre derechos reales y derechos personales que tiene cada una de las partes del contrato, así como del estudio del objeto sobre el cual recaen dichos derechos.

Si se analiza paso a paso el proceso de acreditación de recursos en cuenta, se revela con más claridad el punto. Existen dos maneras de acreditar una cuenta bancaria, la primera, mediante el depósito de moneda legal, la segunda, mediante una transferencia electrónica de fondos. Se analiza primero el depósito de moneda legal y después la acreditación mediante transferencia electrónica.

80 Este punto fue reconocido por las cortes inglesas desde el siglo XVIII, en la sentencia de *Miller v. Race* (1758).

81 FOX, D. et al., “Monetary History between Law and Economics”, en FOX, D. y WOLFGANG, E. (eds.), *Money in the Western Legal Tradition: Middle Ages to Bretton Woods*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 16.

82 En Colombia, cfr. la Resolución Interna n.º 4 del 24 de julio de 1998, del Banco de la República.

En el momento inicial, el cliente tiene unos activos acreditados a su nombre. Si posee moneda legal, tiene un derecho personal contra el Estado, representado físicamente en dichos objetos (para algunos, tiene un derecho real sobre la moneda legal que posee). Cuando el cliente deposita la moneda legal en el banco, simplemente está transfiriendo un derecho crediticio, el cual ahora tiene frente al banco depositario (desde la ortodoxia legal, estaría transfiriendo los bienes muebles al banco).

Pasando a la situación de acreditación mediante transferencia electrónica: si el cliente posee un saldo a su favor en una cuenta bancaria, tiene un derecho personal en contra del banco respectivo, representado electrónicamente en una entrada contable. Cuando efectúa una transferencia electrónica a su propio favor (de una cuenta bancaria propia a otra), está constituyendo un activo por medio del cual aumenta la deuda que tiene su banco con él. En ambos casos (depósito material de moneda legal o transferencia electrónica), después de efectuado el pago, el cliente no tiene un derecho real sobre los activos depositados. El cliente simplemente tiene un derecho personal o crediticio contra el banco depositario.

Este punto es fundamental en una situación de insolvencia del banco. En verdad, en el depósito regular de bienes materiales en especie, la insolvencia del depositario no debería afectar al depositante. El depositario tiene la obligación de custodiar y mantener el bien depositado, y dado que el derecho de dominio sobre el mismo se mantiene en cabeza de su cliente depositante, no habría efecto alguno producido por la situación de insolvencia. Sin embargo, en el contexto de la relación bancaria, la situación es muy distinta. El cliente depositante no tiene ningún derecho real sobre los activos depositados; únicamente tiene un derecho personal contra el banco, por lo que se encuentra expuesto al riesgo crediticio de este último⁸³.

En gracia de discusión, podría argumentarse que el cliente tiene un derecho real sobre su crédito personal contra el banco. Esta aseveración, si bien es técnicamente correcta, es difícil de comprender para los abogados civilistas, pues está basada en el esquema propio del derecho inglés donde se reconoce que una persona puede tener un derecho personal sobre una cosa incorporal, como una prestación. En efecto, dicha prestación se da bajo la forma del derecho crediticio a su favor, y a cargo de un deudor. Esta institución se conoce como un *chose in action*, a partir de la forma mediante la cual el acreedor ejerce su acción judicial⁸⁴.

Desde la perspectiva civilista, la idea principal puede mantenerse: el objeto de un derecho personal es la prestación (dar, hacer o no hacer), la cual constituye un bien inmaterial, sobre el cual se pueden ejercer derechos reales como el dominio. Sin embargo, sea como fuere, el cuentahabiente no tiene un derecho real sobre un bien

83 La relación bancaria se basa fundamentalmente en la confianza que tiene el cliente en la solvencia y la idoneidad de su institución bancaria. En este punto es relevante la regulación bancaria de los esquemas de seguro de depósitos, dirigidos a proteger la confianza del público ahorrador en el sistema.

84 Cfr. BRIDGE, M., *Personal Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

material depositado. Si bien se reconoce que puede tener un derecho real sobre la prestación que supone su crédito⁸⁵, no tendrá un derecho real sobre el dinero mismo.

Entonces, el análisis legal de la relación bancaria debe ser otro. El dinero existente en la cuenta bancaria ha dejado de ser meramente un bien mueble, material y fungible, para convertirse en un activo financiero intangible⁸⁶. Por ello, la caracterización de la cuenta bancaria como una relación de depósito irregular presenta serias limitaciones⁸⁷.

Aún más, las dificultades conceptuales impiden caracterizar la relación bancaria sobre la base del contrato de depósito pues, una vez más siguiendo la doctrina colombiana, “únicamente constituyen objetos del depósito cosas corporales. Las incorporales no están reglamentadas para este acto jurídico”⁸⁸. Como resultado de la naturaleza del dinero bancario como activo financiero (inmaterial por definición), es necesario explicar la relación bancaria a partir de otra institución distinta del depósito irregular.

B. El sistema de transferencias electrónicas

Otro problema con las teorías civilistas que intentan dar cuenta de la relación del contrato bancario es que parecen estar centradas exclusivamente en la operación de entrega física de moneda legal del cliente al banco, para su depósito en la cuenta. De esta forma, se ignora el hecho fundamental de que la acreditación de recursos en cuenta bancaria también sucede por el mecanismo de transferencias efectuadas por pagadores, sea electrónicamente o por medio de cheque⁸⁹. En efecto, hoy en día

85 P. ej., art. 653 c.c. col.

86 La Superintendencia Financiera de Colombia parece reconocer esta realidad, pero cae en el error de seguir caracterizando el contrato como un depósito irregular: “En la medida que los depósitos realizados en cuentas corrientes y/o de ahorros son depósitos irregulares de dinero, no puede predicarse de ellos la condición de bien mostrenco, pues no cumplen con las condiciones establecidas para ello en el régimen civil. [...] [E]stos depósitos generan un derecho personal para el depositante en contrapartida de un crédito a cargo de la entidad depositaria”. Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Básica Jurídica (Circular Externa 029 de 2014), cap. III, tít. I, parte II. Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia de Colombia acertó en este punto en el año de 1946. Extrañamente, la doctrina local ha ignorado en gran medida este pronunciamiento: “Los saldos de dinero sin cobrar, procedentes de las liquidaciones bancarias son créditos personales, que como todo derecho de esa naturaleza pertenecen a la categoría de bienes incorporales y se distinguen de los bienes muebles, en que a diferencia de éstos son intangibles porque su existencia se reconoce por una relación o vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor emanado de una obligación a cargo del primero, de entregar, hacer o no hacer alguna cosa”. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Resolución 1526 de 2006, [en línea], disponible en: https://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_icbf_1526_2006.htm [consultado el 15 de enero de 2018].

87 Es interesante anotar que esta realidad ha pasado desapercibida durante mucho tiempo. Incluso desde el derecho romano existen indicios sobre la especial naturaleza del dinero y la inadecuación del depósito para explicar la relación bancaria. Cfr. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations*, cit., 216.

88 BONIVENTO, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, cit., 689.

89 Esta realidad del negocio ha sido reconocida implícitamente de antiguo por la Superintendencia Financiera de Colombia al adoptar una definición comprehensiva del dinero en el contexto de la cuenta bancaria. En efecto, se incluye, entre otras, la moneda legal: “la consignación de sumas de dinero,

el pago de grandes sumas de dinero, especialmente en el ámbito de las operaciones comerciales transnacionales, se hace por medio del mecanismo de transferencias bancarias, superando ampliamente los montos que se depositan como moneda legal por parte de un cliente en su cuenta⁹⁰.

El análisis del depósito irregular no se acomoda al mecanismo de pagos predominante en el comercio global. Incluso en el nivel local, un sencillo ejemplo servirá para ilustrar el punto. Supongamos que un empleado A trabaja para una compañía B. El pago del salario de A no se hará en efectivo (salvo en algunos sectores informales de la economía). Para efectuar el pago, B crea una orden de pago electrónico mediante la cual su banco genera un débito de su cuenta y transmite la orden al banco de A, para que este acredite un monto equivalente en la cuenta de A. Si el pago se hace por medio de cheque, B gira el título valor a nombre de A, quien lo endosa a su banco para su depósito en cuenta, y los dos bancos compensan el monto de dicho cheque por medio del sistema previsto para ello⁹¹. ¿Cómo se explica en términos legales esta transferencia o giro? ¿Ha efectuado B un depósito a nombre y en beneficio de A? ¿El banco de A “recibe” los recursos asumiendo que B es un mero agente que actúa en nombre de A, el verdadero depositante? ¿Cuáles son entonces los derechos y las obligaciones de B de acuerdo con este esquema?

El funcionamiento técnico del esquema de transferencias bancarias se basa principalmente en operaciones crediticias por medios electrónicos. Esto implica que no hay bienes materiales que se mueven de un lugar a otro, imposibilitando una vez más la caracterización del depósito. Técnicamente lo que ha sucedido es la creación y extinción de créditos y débitos a lo largo de la cadena de instrucciones de pago; así, la deuda del banco de B con su cliente se reduce en un monto equivalente al valor del salario, mientras que la deuda del banco de A con su cliente aumenta en igual proporción.

El esquema de depósito no da cuenta de estas operaciones crediticias, ya que está basado casi de manera exclusiva en la situación en la que A deposita directamente el papel moneda de curso legal en su cuenta, ignorando el sistema de pagos por medio de transferencias bancarias electrónicas.

.....
 incluida la moneda metálica —especie representativa del dinero en circulación—, es una característica propia de cualquier contrato de depósito a la vista o a término y constituye uno de los derechos conferidos en los contratos a los depositantes”. Superintendencia Financiera de Colombia, Circular Externa 030 de 1995.

90 GOODE, *Goode on Commercial Law*, cit., 488. Las economías con menor prevalencia del sistema bancario, como la colombiana, deberían propender a aumentar el uso de canales electrónicos de pago, pues constituyen un buen antídoto contra el blanqueo de capitales o contra los pagos por delitos de corrupción. Cfr. *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co* [1989] 3 W.L.R. 314.

91 Este ejemplo se ha construido a partir de una muy sencilla operación interna. Pero si se piensa en las operaciones diarias a gran escala del comercio internacional, el punto se hace más evidente. En efecto, todas las grandes operaciones comerciales se efectúan por medio de métodos de pagos que no involucran moneda legal sino dinero inmaterial.

C. Reserva fraccional y obligación de custodia

Tal como se vio arriba, el contrato de depósito regular se basa en la obligación de custodia de los bienes depositados en cabeza del depositario, mientras que en el depósito irregular esta obligación desaparece como tal. Este es otro elemento que permite sostener la negación del contrato bancario como depósito irregular.

La doctrina colombiana insiste en mantener la clasificación de depósito argumentando en parte que “en todo caso el depositante goza de la garantía derivada de la particular capacidad del banco de custodiar y conservar el tanto equivalente su [sic] crédito, derivado de la celebración del depósito”⁹².

Sin embargo, no es del todo cierto que el banco tenga una especial capacidad de *custodiar y conservar* el equivalente al crédito del cliente. En virtud de la técnica de reserva fraccional, solamente una porción menor del dinero depositado se encuentra realmente custodiado por el banco. Generalmente la reserva o encaje bancario será de alrededor del 10% de los fondos depositados, mientras que el saldo puede ser utilizado libremente por el banco depositario, negando cualquier obligación de custodia. La conclusión es ineludible: el 90% de los fondos transferidos en cuenta bancaria han sido enajenados por el banco, el cual no los custodia o conserva.

El hecho de que bajo la regulación bancaria moderna se exija un seguro de garantía de depósito refuerza este punto. El objetivo de dichos esquemas es mantener la estabilidad y la confianza del público en el sistema financiero, al asegurar una porción de los ahorros de los depositantes en el sistema bancario⁹³. Si los bancos tuvieran realmente la obligación de custodia de los recursos transferidos, el sistema financiero como lo conocemos no existiría, y no habría necesidad de un esquema estatal de aseguramiento del ahorro.

D. La negación del mutuo clásico

La aproximación de los sistemas anglosajones al contrato de cuenta bancaria también parece ser incompleto desde el punto de vista económico. Si bien el contrato subyacente a la relación bancaria tiene las notas predominantes del mutuo, el mismo

92 RODRÍGUEZ AZUERO, *Contratos bancarios: su significación en América Latina*, cit., 283. En el mismo sentido, SUESCÚN MELO, J., *Derecho privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. II, 2.^a ed., Bogotá, Legis, 2005, 678, ha sostenido: “En el depósito irregular, las obligaciones típicas de custodia y restitución permanecen, pues el uso o disposición de la cosa depositada no excluye la custodia ni la obligación de restituir. En efecto, el depositario en un depósito irregular adquiere el dominio de las cosas depositadas y cumple sus obligaciones de custodia y restitución mediante el mantenimiento y devolución de un tanto equivalente, es decir, de la misma especie y calidad de las que fueron entregadas”.

93 El famoso Federal Deposit Insurance Corporation administra este seguro de depósito en Estados Unidos, mientras que en Colombia existe FOGAFIN.

ha venido a caracterizarse por los comentaristas ingleses como un tipo especial de mutuo, distinto del ordinario⁹⁴.

El hecho de que el “plazo” del préstamo esté pactado a favor del acreedor (cliente) no parece compadecerse con la verdadera naturaleza de un mutuo puro y simple. En la práctica bancaria, el cliente puede “retirar” sus fondos de la cuenta bancaria en cualquier momento y prácticamente en cualquier lugar. En términos de un préstamo de dinero puro, esto equivaldría a establecer un plazo discrecional para que el prestamista exija al prestatario el monto del capital en cualquier momento. Por ello las cortes anglosajonas han sostenido desde siempre que en el contexto de la cuenta bancaria nos encontramos ante una especie particular de mutuo, con características *sui generis*⁹⁵.

Además de las objeciones presentadas al esquema de préstamo de dinero, la novedosa política monetaria de tasas de interés negativas presenta el reto más grande a esta explicación de la cuenta bancaria. Esta política consiste en que los bancos centrales establecen la tasa de interés interbancaria en terreno negativo⁹⁶. Así, las reservas y los préstamos interbancarios se convertirán en un pasivo para el banco titular, en lugar de ser un activo como ha sido siempre. Un banco que tenga reservas en el banco central deberá ahora pagarle a dicha entidad para mantenerlas. Lo mismo sucederá con la tasa de préstamos interbancarios. En consecuencia, por lo menos en teoría, los bancos depositarios de dinero del público podrían trasladarle este exceso en el costo de reservas al público depositante. En este caso, efectivamente la operación de mutuo sería reversada, y ahora el depositante no recibiría un interés por prestar dinero a su banco, sino que tendría que pagar al banco por la misma operación, desnaturalizando así el préstamo de dinero.

IV. Hacia una teoría autónoma de la relación bancaria

Este artículo ha discutido las características económicas esenciales del negocio bancario (secc. II), y las principales teorías de la relación de derecho privado entre el cuentahabiente y su banco (secc. III), para después considerar dichas teorías críticamente a partir de los fundamentos económicos descritos (secc. IV). Esta sección presenta una alternativa de análisis sobre la naturaleza de la relación bancaria al

94 ELLINGER, E. P., *Ellinger's Modern Banking Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 121.

95 CRANSTON, *Principles of Banking Law*, cit., 132.

96 El eminente economista Frederic Mishkin ha comentado que el hecho de presenciar tasas de interés negativas impuestas por los bancos centrales era algo “absolutamente impensable cuando empecé a escribir el libro [*The Economics of Money Banking and Financial Markets*]”. BOBKOFF, D. y OYEDELE, A., “Interest Rates are rising in the US, but in Other Places they're still below Zero – Here's what that Means”, [en línea], *Business Insider*, 2016, disponible en: <http://www.businessinsider.com/economists-negative-interest-rates-rewriting-textbooks-2016-12> [consultado el 15 de enero de 2018].

sostener que se basa en un contrato atípico, distinto del depósito irregular y del mutuo de dinero.

En efecto, es posible construir una teoría autónoma de la relación bancaria que: (i) esté basada en el funcionamiento del negocio, (ii) tome en consideración la verdadera naturaleza del dinero como activo financiero y (iii) tenga en cuenta la técnica del sistema interbancario de pagos. Dicha teoría presenta el carácter de autónoma pues rechaza las categorías existentes de depósito irregular y de mutuo simple.

De la anterior discusión ha quedado suficientemente establecido que el dinero bancario no es un bien mueble, fungible y tangible. Por el contrario, el dinero en cuenta es un activo financiero, una prestación a cargo de una persona y a favor de otra. Esto explica que el derecho del cliente sobre el dinero depositado en el banco no sea un derecho real sobre una serie de bienes, sino un derecho personal de crédito contra el patrimonio del banco. Mediante una transferencia de moneda legal al banco, este adquiere su dominio, y el depositante adquiere un derecho personal contra el mismo. Aunque el depositante pueda considerarse como el propietario de dicho derecho de crédito, el objeto de la propiedad es una prestación y no los billetes o las monedas transferidos al banco⁹⁷.

Entonces, partiendo de la premisa de que el depósito únicamente existe sobre bienes materiales, este aspecto del negocio bancario niega por completo la posibilidad de que la cuenta bancaria esté basada en un depósito irregular. En verdad, el hecho de que las relaciones jurídicas entre cliente y banco se basen en derechos de crédito recíprocos y no en derechos reales sobre un objeto material como billetes y monedas acerca más la figura a un mutuo.

Más aún, el dinero acreditado en cuenta bancaria tiene una característica adicional que lo diferencia de otros activos; se encuentra a la vez disponible para el cliente depositante y para el banco depositario. El banco depositario puede conservarlo como parte de su capital, o puede utilizarlo en préstamos subsiguientes; mientras que el cliente puede también disponer de él, simultáneamente. Este aspecto de “doble disponibilidad” del dinero en cuentas expande la oferta de dinero en las economías, y constituye la base inmaterial del mismo. Se niega entonces la existencia del depósito, aun del irregular, pues este no explica satisfactoriamente la utilización simultánea de los recursos, ya que el banco depositario no tiene los activos efectivamente guardados en sus bóvedas, en virtud del mecanismo de reserva fraccional.

En última instancia, el contrato bancario simplemente constituye un derecho personal a favor del cliente depositante y a cargo del banco depositario, si bien es cierto que el cliente tiene un derecho de propiedad sobre su crédito⁹⁸. Tal como se

97 LAURINAVIČIUS, K., “Legal Nature of Bank Deposits”, *Review of Central and East European Law*, vol. 31, n.º 3, 291-330.

98 Este punto se ve reforzado por el hecho de que la contabilización de estos activos en el balance del cliente se incluye como “bancos” y no como “cuentas por cobrar”. Agradezco al profesor César Rodríguez Martínez por hacerme caer en la cuenta de esto.

mencionó arriba, técnicamente el único derecho real que tendrá el cliente es sobre la prestación que constituye su derecho personal contra el banco⁹⁹.

A partir de lo anterior puede concluirse que una teoría contemporánea del contrato bancario debe dar cuenta de la especial facultad de doble disponibilidad de los activos transferidos, al tiempo que captura la verdadera naturaleza de los mismos.

A pesar de constituir el fundamento esencial de la intermediación bancaria y la creación de dinero, la doble disponibilidad del dinero ha pasado desapercibida en la mayoría de las discusiones sobre la naturaleza de la cuenta bancaria en las jurisdicciones civiles. Una notable excepción a este vacío se encuentra en la obra de Álvarez-Correa¹⁰⁰. Por otro lado, el análisis que se realice sobre esta característica definitoria del contrato bancario debe evitar caer en explicaciones incompletas. En efecto, la doble disponibilidad no resulta en una bifurcación del derecho de dominio sobre los bienes depositados, como parece entenderlo Ben-Oliel al concluir que “tanto depositante como depositario mantienen un derecho real que converge sobre el fondo, dando lugar a una forma peculiar de derecho real”¹⁰¹. Esta “división de la propiedad” termina por negar la verdadera naturaleza del dinero como activo financiero. La clave está en reconocer la especial característica de doble disponibilidad, y simultáneamente superar el clásico esquema de derechos reales sobre los bienes depositados.

En efecto, salvo que nos encontremos ante la peculiar teoría de la propiedad construida sobre el *trust* anglosajón, un mismo bien no puede ser objeto de propiedad simultánea por parte de dos personas sin que haya una situación de copropiedad.

Si el dinero fuera objeto de derechos reales no podría ser enajenado por el banco al utilizarlo como propio en sus operaciones activas, y al mismo tiempo encontrarse disponible para retiro por parte del cliente siempre que este lo requiera. Por ello, el dinero existente en la cuenta bancaria es un pasivo financiero del sector bancario, que genera dos activos: en primer lugar, el cliente depositante tiene un activo representado en el derecho patrimonial en contra del banco depositario, en segundo lugar, el banco depositario, al recibir el dinero, tiene un activo en contra del deudor de dicho instrumento, que puede ser el Estado u otro banco, dependiendo de si el dinero depositado es moneda legal o dinero inmaterial, respectivamente. El hecho de que popularmente se crea que el cliente tiene dinero depositado en el banco no quiere decir que ello sea cierto; la realidad es que el cliente tiene un derecho personal contra el banco, pues el bien que depositó no se encuentra allí, sea porque el banco lo ha enajenado o porque lo ha utilizado como capital.

Por otro lado, el sistema de pagos y transferencias electrónicas de recursos se basa en una técnica de creación y extinción de derechos crediticios a lo largo de una cadena de instrucciones que involucra entidades bancarias y clientes. Si no existe

99 Art. 664 c.c. col.

100 ÁLVAREZ-CORREA, *Contratos bancarios*, cit., 72.

101 Citado por GEVA, *Bank Collections and Payment Transactions*, cit., 88.

dinero acreditado a la cuenta bancaria, sencillamente no habrá operación de transferencia de valor monetario o habrá un sobregiro de la cuenta, es decir, el banco prestará al cliente depositante un monto equivalente al transferido, contra la obligación del depositante de devolverlo. En este evento, la operación crediticia se revierte: el cliente originalmente prestamista, quien tenía un derecho personal contra el patrimonio del banco, ahora se vuelve el prestatario, pues el banco ha otorgado una disponibilidad de recursos para transferencia o pago, a partir de una cuenta donde no existía dicha disponibilidad. Este hecho refuerza la idea de que el contrato bancario debe poderse explicar en términos de las relaciones crediticias recíprocas que pueden existir sobre los saldos en la cuenta bancaria y no en las relaciones de derechos reales que explican la operación hasta ahora. En efecto, las operaciones crediticias que sirven para explicar mejor el fenómeno se basan en la presencia de un contrato de mutuo más que de un contrato de depósito.

Superar el esquema clásico de la propiedad de la moneda legal depositada implica reconocer que el contrato bancario genera derechos personales de crédito a cargo del banco prestatario y a favor del cliente prestamista. Este hecho se encuentra en línea con la conceptualización económica que sostiene que un banco es un reservorio de activos transferidos por los clientes, activos que son mezclados entre sí, y también con los propios activos del banco. Al respecto, las cortes inglesas han estudiado esta perspectiva señalando de forma ilustrativa que los bancos y las redes de bancos actúan de manera semejante a una reserva de flujos constantes de dinero que entran y salen¹⁰². De esta forma, el dinero transferido al banco se convierte en un activo del mismo, que puede enajenar o mantener en reserva, con la nota característica de que con ello se genera una doble disponibilidad de activos en el sistema bancario.

Gracias a la integración entre el concepto económico y el legal, la nota fundamental del contrato de cuenta bancaria se basa en los derechos personales que surgen entre el cliente y su banco, y no en los derechos reales que se pueden predicar respecto de los activos depositados. A través de este aspecto se logra capturar el verdadero objeto de los contratantes que celebran el contrato, el cual es mucho más complejo que una simple operación de depósito de bienes o préstamo de dinero. Por el contrario, el objeto del contrato de cuenta bancaria es “permitir que tanto el cuentacorrentista como el banco dispongan libremente de los fondos en la cuenta dentro del marco de operaciones continuadas, propias a un contrato de tracto sucesivo”¹⁰³. El concebir el objeto del contrato de cuenta bancaria de esta forma permite superar las limitaciones relacionadas con los supuestos objetos de mero depósito o de préstamo de dinero, los cuales no se compadecen con la realidad económica de la operación.

Así, partiendo de este objeto es posible construir el contrato bancario como una operación de crédito compleja, basada en derechos crediticios por medio de la transferencia de activos financieros y sobre la base de una relación de confianza del

102 Cfr. *Commissioners of the State Savings Bank of Victoria v. Permewan* (1914) 19 CLR 457, 471 (HCA).

103 ÁLVAREZ-CORREA, *Contratos bancarios*, cit., 72.

cliente hacia su banco. Por supuesto, debe también reconocerse el móvil económico que impulsa a las partes a celebrar el contrato, superando la noción popular de que la cuenta bancaria constituye un mero depósito de recursos; dando paso a la integración de las características económicas de la actividad bancaria en su faceta de captación de recursos, y de servidor de pagos para la economía.

Conclusión

Este artículo ha pretendido integrar el funcionamiento económico de la cuenta bancaria al análisis legal sobre la misma, con el objetivo de contribuir a la fundamentación jurídica del negocio bancario contemporáneo.

Resulta de particular importancia reconocer la verdadera naturaleza del dinero como activo financiero en la fundamentación de la cuenta bancaria. El dinero, en el contexto bancario, no es un bien mueble, material y fungible; por el contrario, se trata de un activo financiero inmaterial, no susceptible de derechos reales ni objeto del contrato de depósito. El dinero inmaterial, creado a partir de operaciones crediticias efectuadas por la banca comercial, es el tipo de dinero de más amplia utilización como medio de pago en el comercio internacional. Además de lo anterior, el sistema bancario de pagos y transferencias se basa exclusivamente en operaciones sobre dinero inmaterial. Por lo tanto, el análisis legal debe capturar esta preponderancia, integrando las características económicas del activo financiero objeto de la cuenta bancaria. Adicionalmente, el funcionamiento técnico del sistema de banca de reserva fraccional contiene otra serie de elementos que niegan algunas de las conclusiones de los juristas sobre la naturaleza de la relación bancaria. En efecto, no es cierto que los bancos depositarios tengan una obligación de cuidado y custodia del dinero que transfieren sus clientes, pues pueden utilizarlo como capital propio o en sus negocios ulteriores.

Las teorías actualmente existentes sobre la naturaleza de la cuenta bancaria no explican satisfactoriamente todos los caracteres del contrato que le subyacen. No se trata de un depósito irregular, pero tampoco de un mutuo simple. El contrato de cuenta bancaria debe explicarse con base en un tipo autónomo y novedoso, que capture esencialmente el objeto principal del contrato, el cual se fundamenta en la disponibilidad simultánea de los recursos en cuenta para ambos contratantes. Esto implica reconocer que no existen bienes materiales depositados, sino que existen derechos personales recíprocos en cabeza de ambos contratantes.

Lo anterior es especialmente importante en eventos de insolvencia del banco depositario. Esta caracterización recoge los principios económicos del negocio bancario, conceptualizando la actividad de captación y colocación como aquella de un reservorio de activos financieros inmateriales, con flujos de fondos que entran y salen permanentemente, conectando distintas instituciones y constituyendo el ecosistema de relaciones entre entidades bancarias, al servicio de sus clientes.

Referencias

ADMATI, A. y HELLWIG, M., *The Bankers' New Clothes: What's Wrong with Banking and What to Do about It*, Princeton, Princeton University Press, 2013.

ÁLVAREZ-CORREA, E., *Contratos bancarios*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1991

ARANGO-ARANGO, C. et al., “Determinantes del acceso, uso y aceptación de pagos electrónicos en Colombia”, *Borradores de Economía*, Banco de la República de Colombia, n.º 999, 2017.

BAMFORD, C., *Principles of International Financial Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

Banco de la República, “Informe estadísticas monetarias y cambiarias”, 2017, [en línea], disponible en: <http://www.banrep.gov.co/es/informe-estadisticas-monetarias-y-cambiarias> [consultado el 23 de octubre de 2017].

BIS, “General Guidance for National Payment System Development”, 2006, [en línea], disponible en: <http://www.bis.org/cpmi/publ/d70.pdf>, [consultado el 23 de octubre de 2017].

BOBKOFF, D. y OYEDELE, A., “Economists Never Imagined Negative Interest Rates”, 2016, [en línea], disponible en: <http://www.businessinsider.com/economists-negative-interest-rates-rewriting-textbooks-2016-10> [consultado el 23 de octubre de 2017].

BONIVENTO, J. A., *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 17.ª ed., Bogotá, Librería del Profesional, 2008.

CEML, “Estadísticas monetarias y financieras”, 2007, [en línea], disponible en: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Publicaciones-de-Otras-Instituciones/pub-en-75.pdf> [consultado el 23 de octubre de 2017].

CRANSTON, R., *Principles of Banking Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

ELLINGER, P. et al., *Ellinger's Modern Banking Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

ELLINGER, P., “Banking Law and Banking Practice in their Conceptual and Historical Perspectives”, *Singapore Journal of Legal Studies*, 2013, 24-49.

- FRBC, “Modern Money Mechanics”, 2008, [en línea], disponible en: <http://www.ray-servers.com/images/ModernMoneyMechanics.pdf> [consultado el 23 de octubre de 2017].
- FOX, D. et al., “Monetary History between Law and Economics”, en FOX, D. y WOLFGANG, E. (eds.), *Money in the Western Legal Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 1-18.
- FREIXAS, X. y ROCHET, J.-C., *The Microeconomics of Banking*, Cambridge, MIT, 2008.
- GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, Madrid, Gráficas Aguirre, 1975.
- GEVA, B., *Bank Collections and Payment Transactions: Comparative Study of Legal Aspects*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- GEVA, B., *The Payment Order of Antiquity and the Middle Ages: A Legal History*, Oxford, Hart, 2011.
- GEVA, B., “Bank Money”. En FOX, D. y WOLFGANG, E. (eds.), *Money in the Western Legal Tradition: Middle Ages to Bretton Woods*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 359-386.
- GÓMEZ, J., *Dinero, banca y mercados financieros: los países emergentes en la economía global*, México, Alfaomega, 2010.
- GÓMEZ, J. C. y RAMÍREZ, C. H., *Los sistemas electrónicos de compensación y liquidación de pagos*, 2002, [en línea], disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS43.pdf> [consultado el 23 de octubre de 2017].
- GOODE, R., *Goode on Commercial Law*, London, Penguin, 2010.
- GOODHART, C., “The Two Concepts of Money: Implications for the Analysis of Optimal Currency Areas”, *European Journal of Political Economy*, vol. 14, 1998, 407-432.
- HUDSON, A., *The Law of Finance*, London, Sweet and Maxwell, 2013.
- LAURINAVIČIUS, K., “Legal Nature of Bank Deposits”, *Review of Central and East European Law*, vol. 31, n.º 3, 2006, 291-330.
- MANKIW, G., *Macroeconomics*, 9.ª ed., New York, Worth, 2015.

- MANN, F. A. *El aspecto legal del dinero: con referencia especial al derecho internacional privado y público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- MISHKIN, F., *The Economics of Money, Banking, and Financial Markets*, Essex, Pearson Education, 2004.
- MACEY, J. et al., *Banking Law and Regulation: 2002 Statutory Supplement with Recent Developments*, New York, Aspen, 2002.
- MCLEAY, M. et al., “Money in the Modern Economy: An Introduction”, [en línea], *Bank of England Quarterly Bulletin*, Q1, 2014, disponible en: <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/quarterly-bulletin/2014/money-in-the-modern-economy-an-introduction.pdf?la=en>.
- MCLEAY, M. et al., “Money Creation in the Modern Economy”, [en línea], *Bank of England Quarterly Bulletin*, Q1, 2014, disponible en: <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/quarterly-bulletin/2014/money-creation-in-the-modern-economy>.
- ORTEGA, F. y LEÓN, C., “Las transferencias compensadas por ACH Colombia: un análisis desde la perspectiva de topología de redes”, *Borradores de Economía*, Banco de la República de Colombia, n.º 990, 2017.
- PROCTOR, C., *Mann on the Legal Aspect of Money*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- RODRÍGUEZ AZUERO, S., *Contratos bancarios: su significación en América Latina*, 6.^a ed., Bogotá, Legis, 2009.
- RODRÍGUEZ, J., *Derecho bancario*, México, Porrúa, 1980.
- SUESCÚN MELO, J., *Derecho privado*, t. II, Bogotá, Legis, 2005.
- TERNERA BARRIOS, F., *Bienes*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011.
- TOMILLO URBINA, J., “El depósito bancario”, en *Contratación bancaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- VALDEZ, S. y MOLYNEUX, P., *An Introduction to Global Financial Markets*, New York, Palgrave Macmillan, 2013.
- ZIMMERMAN, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996.