

La desnaturalización del contrato de depósito de dinero en el sistema bancario ecuatoriano

The Denaturalization of the Money Deposit Contract in the Ecuadorian Banking System

JUAN JAVIER CELI PONCE*

Recibido / Received: 08/01/2026

Aceptado / Accepted: 15/04/2026

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v13i1.4167>

Citación:

Celi, Juan. “La desnaturalización del contrato de depósito de dinero en el sistema bancario ecuatoriano”. *USFQ Law Review*, vol. 13, n°. 1. (Junio de 2026): <https://doi.org/10.18272/ulr.v13i1.4167>.

* Investigador independiente, Samborondón 092301, Guayas, Ecuador. Correo electrónico: juanjavierceli@gmail.com.
ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0008-0222-3087>.

RESUMEN

El depósito bancario, pese a ser una figura central en el ámbito económico, con el tiempo ha experimentado una profunda transformación que ha desdibujado sus elementos jurídicos esenciales. En este contexto, el objetivo del presente trabajo es examinar críticamente la figura del depósito bancario regulado por la legislación financiera ecuatoriana, contrastándola con la doctrina, a fin de dilucidar si realmente nos encontramos frente a un contrato de depósito genuino. Para ello, se incorporó una metodología de análisis económico del derecho aplicada al negocio bancario, la cual permitió evaluar la coherencia entre la estructura contractual del depósito irregular y la práctica bancaria legitimada por el modelo de encaje fraccionario. De esta manera, se concluye que existe una incompatibilidad del tipo contractual de depósito irregular con la figura de depósito bancario tal como está contemplado en el sistema bancario ecuatoriano.

PALABRAS CLAVE

Depósito irregular; custodia; disponibilidad; mutuo; crédito; banca de reserva fraccionaria

ABSTRACT

Although bank deposits constitute a key figure in economic practice, they have undergone a profound transformation over time that has blurred their essential legal elements. In this context, this article intends to critically examine the legal configuration of bank deposits as regulated by Ecuadorian financial legislation, contrasting it with doctrinal analysis in order to determine whether such deposits genuinely constitute deposit contracts. To this end, an economic analysis of law methodology was applied to banking activity, allowing for an assessment of the coherence between the contractual structure of irregular deposits and banking practices legitimized by the fractional reserve system. Accordingly, it is concluded that an incompatibility exists between the contractual type of irregular deposits and the legal conception of bank deposits as currently regulated within the Ecuadorian banking system.

KEY WORDS

Irregular deposit; custody; availability; loan; credit; fractional reserve banking

1. INTRODUCCIÓN

El negocio bancario contemporáneo opera dentro de un marco legal especial que autoriza a las entidades financieras a disponer de una parte de los depósitos de los usuarios para la concesión de créditos. Sus defensores sostienen que este mecanismo contribuye a dinamizar la producción y estimular el crecimiento económico¹. Sin embargo, dicha práctica plantea un problema jurídico fundamental: la confusión entre dos figuras conceptualmente distintas, el depósito y el préstamo de fungibles. Mientras que el primero exige la custodia íntegra y permanente de lo depositado, el segundo presupone la transferencia de su disponibilidad. El depósito bancario implica una excepción del régimen general del depósito, que funciona como un privilegio legal a favor de las entidades bancarias.

El análisis desarrollado funciona como una guía para distinguir entre contratos de depósitos y demás prácticas que, mediante “malabares jurídicos”, buscan justificar un depósito contrario a los principios tradicionales del derecho. Como advierte la catedrática Teresa Hualde Manso, esta configuración del depósito bancario ha llegado a asumirse como una obviedad dogmática, que en contextos de crisis se torna discutible, revelando tensiones conceptuales que habían permanecido latentes². En efecto, frente a la exigencia de mantener siempre íntegros los depósitos, Lawrence H. White ha señalado que “*this argument is more jurisprudential than economic*”³. En realidad, la creación de dinero *ex nihilo* mediante la expansión crediticia sin respaldo del 100 % de los depósitos no solo plantea dificultades desde el punto de vista jurídico, sino también desde el ámbito económico.

El aparente estímulo a la inversión nubla sus verdaderas consecuencias, pues los efectos económicos que recaen en las distintas etapas de la estructura de producción conducen a ciclos de auge y recesión. Lo que *prima facie* parece un simple tecnicismo jurídico es, en realidad, un problema estructural que afecta la forma en que entendemos la intermediación financiera. Ello genera una interrogante central: ¿la figura del depósito resulta compatible con una banca que emplea el dinero depositado del público? En este sentido, el objetivo de este artículo es analizar, desde un punto de vista crítico, la institución del depósito bancario, contrastándola con la doctrina, para desvelar si nos encontramos ante un verdadero contrato de depósito.

1 Ver John Maynard Keynes, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1965), 82.

2 Teresa Hualde Manso, “Causa, función y perversión del depósito bancario a la vista”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 33, n.º 136 (2014): 129-130, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4951098>.

3 Lawrence H. White, “Free Banking and the Gold Standard”, en *The Gold Standard*, ed. Llewellyn H. Rockwell Jr. (Auburn: Ludwig von Mises Institute, 1992), 120.

Para ello, se emplea una metodología cualitativa de carácter conceptual que incorpora herramientas del análisis económico del derecho, apoyándose principalmente en los aportes de la teoría austriaca del ciclo económico. Finalmente, este ensayo busca incorporar el debate al ámbito ecuatoriano, en el que —si bien existen aportes desde la perspectiva económica— el tratamiento estrictamente jurídico del problema resulta escaso. Las expresiones conceptuales utilizadas en este trabajo responden a una concepción del derecho entendida como un orden formado espontáneamente conforme a principios generales compatibles con el iusnaturalismo clásico, en el que la juridicidad de las instituciones se evalúa conforme a su estructura ontológica y no exclusivamente a su validez positiva.

2. CONCEPTOS ESENCIALES

2.1. ASPECTOS GENERALES DEL PRÉSTAMO Y DEL DEPÓSITO

El préstamo y el depósito son contratos, esto es, acuerdos de voluntades que tienen como efecto ineludible el constreñir. Específicamente, se trata de contratos reales que se perfeccionan con la entrega de la *res*, de ahí su nombre⁴. Para Josserand, los contratos reales son solemnnes⁵. En la misma línea, Baudry-Lacantinerie y Barde distinguen dos etapas en los contratos reales: la promesa consensual y el acto real de entrega que constituye propiamente el contrato⁶. La entrega de la cosa constituye elemento de existencia y no una obligación. La falta de entrega del bien no se rige por las reglas del cumplimiento de las obligaciones, sino que se desenvuelve en el marco de la inexistencia del acto. Al ser la entrega de la cosa un elemento de existencia, los contratos reales tienden a ser unilaterales o, a lo sumo, sinalagmáticos imperfectos por algún acontecimiento accidental de la relación contractual.

El artículo 1459 del Código Civil (en adelante CC) reza lo siguiente: “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere”⁷. Alessandri precisa que, más que una tradición de la cosa, en estos casos hay una mera entrega, ya que la tradición, como modo de adquirir el dominio, implica la intención concurrente de ceder y adquirir la propiedad⁸. Esta situación no se presenta en contratos como el comodato o el

4 La noción de obligaciones reales proviene de Gayo, específicamente del principio *re contrahitur obligatio*, el cual aplica al mutuo; Gayo, *Las instituciones* (Santiago de Chile: Editorial Hammurabi, 2021), 94. Principio expandido al comodato, al depósito y a la prenda en el derecho justinianeo, ver Justiniano, “Instituciones”, en *Corpus Iuris Civilis*, ed. Paul Krüger (Berlín: Apud Weidmannos, 1928), 35-36.

5 Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. II (París: Librairie du Recueil Sirey, 1939), 28.

6 Acerca de la teoría de los acuerdos sucesivos en el proceso contractual real, ver Gabriel Baudry-Lacantinerie y Louis Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XI (París: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1900), 22.

7 Artículo 1459, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 46 del 24 de junio de 2005, reformado por última vez en R. O. Tercer Suplemento 61 del 17 de junio de 2025.

8 Arturo Alessandri, *De los contratos* (Bogotá: Temis, 2011), 34.

depósito, siendo el mutuo el único contrato real con tradición. La distinción entre tradición y mera entrega no es puramente terminológica, ya que esta confusión ha sido una de las principales fuentes de distorsión conceptual en torno a la naturaleza jurídica del depósito.

2.2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PRÉSTAMO

El préstamo (del latín *praestarium*) es un contrato mediante el cual una persona, denominada *prestamista*, entrega algo a otra, llamada *prestatario*, para que la use o la consuma con el deber de restituir. Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón señalan: “La entrega se realiza para que el prestatario use de la cosa (comodato) o goce de ella en el sentido más amplio posible (mutuo o simple préstamo)”⁹. A partir de esta afirmación, se distinguen dos tipos de préstamo: el préstamo de uso o comodato, que recae sobre bienes en especie, y el préstamo de consumo o mutuo, cuyo objeto son bienes fungibles y consumibles.

2.2.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL COMODATO

El préstamo de uso o comodato (del latín *commodatum*) es un contrato gratuito, generalmente a plazo, en razón del cual una parte, denominada *comodante*, entrega un bien en cuerpo cierto a otra parte, llamada *comodatario*, para su uso, con la obligación de restituir en especie. Al recaer sobre un bien en especie, el comodatario debe observar una debida diligencia en la conservación de la cosa, so pena de responder por los perjuicios ocasionados. Por ello, este contrato constituye un título de mera tenencia. El comodato exige la existencia de un plazo o, en su defecto, de una condición de carácter accidental. No obstante, a falta de estos elementos, el artículo 2083 del CC dispone que la cosa debe igualmente ser restituida, pero solo después de concluido el uso para el cual fue entregada. Asimismo, el comodato puede celebrarse a la vista —comodato precario—¹⁰ en atención a las cualidades inherentes al vínculo, que permiten la inmediatez de la devolución del cuerpo cierto.

2.2.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL MUTUO

El préstamo de consumo o mutuo (del latín *mutuum*) es un contrato oneroso y a plazo, en virtud del cual un sujeto, denominado *mutuante*, realiza la tradición de bienes fungibles y consumibles¹¹ a otra persona, llamada *mutuario*, para su disfrute, con la obligación de devolverlos en equivalencia. En este

9 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil* (Madrid: Tecnos, 1992), 2: 453.

10 Artículos 2097 y 2098, CC.

11 Los bienes fungibles son aquellos que pueden ser reemplazados por otros del mismo género; en cambio, los bienes consumibles son los que perecen con su primer uso. Acerca de la confusión del CC de los bienes fungibles con los consumibles, ver Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador*, vol. 3 (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008), 29.

tipo contractual existe tradición de la cosa por el hecho de que se presta para el consumo, lo que determina una restitución en equivalencia en género y cantidad, lo que los romanos llamaban *tantundem*. Paulo señala que lo que da origen a la obligación es precisamente que lo mío se haga suyo¹². Por esta razón, el mutuo es un título traslativo de dominio acompañado del modo de tradición. El mutuo requiere de un plazo como elemento sustancial. Luis de Molina, al respecto, menciona que “pertenece a la esencia del préstamo que la restitución no se haga de forma inmediata, pues en este caso se trataría de un intercambio o permuta”¹³.

De ahí que, en ausencia de un plazo convencional, este se suple mediante un plazo legal¹⁴. Además, atendiendo a la naturaleza de la relación contractual, resultaría ilógico que el mutuo se configure a condición o a la vista, ya que requiere un tiempo previsible para hacer exigible el deber de restitución. Así, si Juan prestara una manzana a Daniel para que la consumiera y le exigiera su devolución de inmediato mientras se realiza el acto de consumo, las posibilidades de restitución serían prácticamente inexistentes. Ello demuestra que el acuerdo de un plazo no es accesorio, sino consustancial a las cualidades inherentes del vínculo. Aunque el plazo, como hecho futuro cierto, suele considerarse una modalidad accidental de los contratos¹⁵, en el mutuo resulta necesario y no contingente. Por consiguiente, la figura del mutuo precario es ontológicamente inconsistente.

2.2.3. EL TIPO DE INTERÉS EN EL MUTUO

En el mutuo generalmente se pactan intereses. Ludwig von Mises sostiene que en las operaciones crediticias existe un intercambio de bienes presentes por bienes futuros¹⁶. En virtud del principio de preferencia temporal, el hombre tiende —*ceteris paribus*— a valorar en mayor medida el consumo presente que el consumo futuro. Pues solo está dispuesto a renunciar a un bien presente si, a cambio, recibe una cantidad mayor de bienes en el futuro. Así, el interés surge como una compensación otorgada a quien renuncia al disfrute inmediato de bienes presentes para permitir que otro disponga de ellos, a cambio de una contraprestación futura superior. El tipo o tasa de interés no se determina en el mercado de dinero, sino en el mercado de bienes¹⁷. En este contexto, la tasa de interés constituye un precio más dentro de la economía, cuya función es coordinar intertemporalmente el ahorro y la inversión.

12 Justiniano, “Digesta”, en *Corpus Iuris Civilis*, ed. Theodoro Mommsen y Paul Krüger (Berlín: Apud Weidmannos, 1928), 191.

13 Luis de Molina, *Tratado sobre los préstamos y la usura* (Valladolid: Maxtor, 2011), 10.

14 Artículo 2103, CC.

15 René Abeliuk señala: “La regla general es que la obligación sea pura y simple, y produzca sus efectos sin alteración alguna; jurídicamente, [...] las modalidades constituyen una excepción”. René Abeliuk, *Las obligaciones*, t I (Santiago de Chile: Temis, 2001), 416.

16 Ludwig von Mises, *La teoría del dinero y del crédito* (Madrid: Unión Editorial, 1997), 242.

17 Cf., Keynes, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, 152.

Se trata, en definitiva, de un precio relativo que expresa la valoración diferencial entre bienes presentes y futuros¹⁸. Así, solo los mutuos pueden generar intereses y no los depósitos. Este parece ser el mismo criterio del derecho romano. Ya en el *Corpus iuris civilis* se puede visualizar que los intereses no pertenecían a contratos de mera custodia. De hecho, para temas contables se daba preferencia a los depósitos y luego se contabilizaban las operaciones que buscaban intereses¹⁹.

2.3. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DEL DEPÓSITO

El depósito (del latín *depositum*) es un contrato de mera tenencia mediante el cual una persona, denominada depositante, entrega una cosa a otra, llamada depositario, con el fin de que la guarde y la restituya cuando le sea requerida²⁰. Tradicionalmente se distinguen dos tipos de depósitos: el regular, que recae sobre bienes en especie, y el irregular, que tiene por objeto cosas fungibles y consumibles. Existe discusión doctrinal acerca de si este tipo contractual admite o no la estipulación de un plazo. El CC en su artículo 2131 lo permite, pero únicamente obliga al depositario, sin restringir el derecho del depositante a reclamar la restitución en cualquier momento. Tan intrascendente resulta el plazo en el depósito que, aun cuando se hubiere pactado uno y este venciere, la exigibilidad para el depositario no se configura sino desde el momento en que el depositante reclama la cosa.

El plazo en el depósito cumple una función meramente referencial u orientadora respecto al tiempo aproximado de restitución, sin alterar la exigibilidad que es, a la vista, propia de la naturaleza del depósito. Que sea a la vista implica la realización de un requerimiento traducido en acto jurídico unilateral, incompatible con la noción de plazo como hecho jurídico futuro cierto, puesto que la exigencia de restitución depende de una voluntad incierta del depositante. Ello no equivale a una condición —hecho futuro incierto—, ya que este constituye un hecho jurídico, mientras que la petición de restitución es un acto jurídico.

2.3.1. OBLIGACIÓN DE GUARDA Y PLENA DISPONIBILIDAD

La custodia o guarda presenta una doble dimensión en el contrato de depósito: en tanto obligación y como elemento sustancial del vínculo contractual. El jurista chileno Alejandro Guzmán Brito señala que no se trata de una

18 Mises, *La teoría del dinero y del crédito*, 313.

19 Justiniano, "Digesta", 244-245.

20 Acerca de la etimología del *depositum*, Ulpiano explica: "*Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet*" (El depósito es aquello que se entrega a alguien para su guarda; se llama así por lo "puesto" (*positum*). La preposición *de* antepuesta intensifica el *positum* para indicar que la cosa entera ha sido confiada a la buena fe del depositario en lo relativo a su custodia). Justiniano, "Digesta", 242.

prestación de hacer, puesto que guardar consiste en colocar o mantener la cosa en un lugar determinado y disponible, de modo que, cuando el depositante lo requiera, pueda serle restituida²¹. Así, Gayo destaca que la obligación de custodia no implica la conservación de la cosa, tal como los términos exigidos en el comodato o en el arrendamiento²². La guarda sería una prestación de no hacer y no una obligación de hacer. Martín de Azpilcueta señala: “es también lícito [...] que el cambiador sea guardián, depositario y fiador del dinero que le diesen o cambiasen”²³.

El depositario actúa exclusivamente en calidad de guardián del bien y no goza de *ius utendi*, *ius fruendi* ni *ius abutendi*. El profesor Jesús Huerta de Soto menciona que este tipo contractual preserva una plena disponibilidad inmediata a favor del depositante²⁴. Dicha disponibilidad implica que el depositario debe mantener constantemente el equivalente del bien de forma inmediata, íntegra y sin condición alguna.

2.3.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DEPÓSITO REGULAR

El depósito regular (del latín *depositum regulare*) es un acuerdo gratuito en el que una persona, denominada depositante, entrega un cuerpo cierto a otra, llamada depositario, con el fin de que lo guarde y lo restituya en especie. Este contrato, caracterizado como un título de mera tenencia, presenta similitudes con el comodato; sin embargo, a diferencia de este, en el depósito el depositario no puede usar la cosa, sino únicamente custodiarla.

2.3.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DEPÓSITO IRREGULAR Y SU FUNCIÓN SOCIOECONÓMICA

El depósito irregular (del latín *depositum irregulare*) es un contrato gratuito por el cual un sujeto, denominado depositante, entrega una cosa fungible y consumible a otro, llamado depositario, con fines de custodia, quedando este obligado a restituir en equivalencia. Al igual que el mutuo, este contrato recae sobre bienes fungibles y consumibles, y conlleva una restitución en *tantumdem*, pero se distingue de aquel por la presencia del elemento de guarda. Los bienes fungibles propios de los depósitos irregulares permiten la mezcla de las unidades específicas, de modo que su combinación con otros depósitos los vuelve indistinguibles entre sí. Esto no constituye conmixtión, pues este modo de adquirir por accesión exige la ausencia de convención, circunstancia que aquí no se presenta.

21 Alejandro Guzmán Brito, “El depósito irregular en el derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 23 (diciembre de 2014): 123-124, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5097378>.

22 Gayo, *Las instituciones*, 108-109.

23 Martín de Azpilcueta, *Comentario resolutorio de cambios* (Bruselas: New Direction-Fundación Cívica, 2020), 84.

24 Jesús Huerta de Soto, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos* (Madrid: Unión Editorial, 2023), 11.

La unión de especies fungibles responde a las características inherentes del contrato y a las necesidades sociales de reducción de los gastos operativos²⁵. La individualización de cada uno de los depósitos generaría una elevación notable en los costos de transacción.

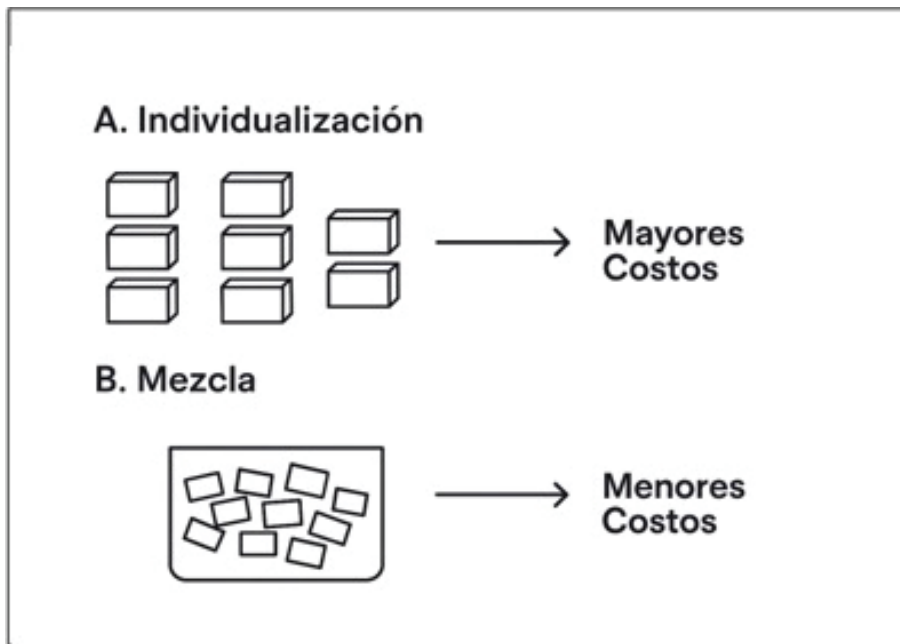


Figura 1. Comparación entre individualización y mezcla
Elaboración propia²⁶.

Otra función económica del depósito de fungibles es la sustitución de unidades específicas, característica que responde principalmente a la naturaleza fungible de los bienes y no al depósito en cuanto tal. En todo caso, dicha sustitución se encuentra estrictamente condicionada al mantenimiento de la plena disponibilidad del *tantundem*. Así, por ejemplo, si el depositante entrega veinte dólares en dos billetes de diez y el depositario necesita disponer físicamente de diez dólares, puede sustituir uno de los billetes por otro de igual valor, manteniendo en todo momento la disponibilidad. De esta situación surgen dos interrogantes: ¿el depositario se hace dueño de lo depositado? ¿Existe traslado de propiedad en el contrato de depósito irregular?

25 En el derecho romano ya podíamos ver el caso del naufragio del navío de Saufeio, donde lo normal era mantener los bienes fungibles —en este caso trigo— en un fondo común. Justiniano, “Digesta”, 288.

26 Esquema comparativo entre la individualización y la mezcla de depósitos, mostrando su impacto relativo en los costos.

2.3.4. LA PROPIEDAD EN ABSTRACTO DEL *TANTUNDEM*

La doctrina mayoritaria —desde el derecho romano— sostiene que el depósito irregular implica una transferencia de la propiedad, quedando el depositante reducido a un mero acreedor²⁷. Sin embargo, existe una línea doctrinal minoritaria que afirma que la propiedad del *tantundem* permanece en el depositante en abstracto. Ahora bien, resulta fundamental determinar la naturaleza del derecho que ostenta el depositante frente al banco: si se trata de un derecho real (*iure in re*) o únicamente de un derecho personal o de cobro (*iure ad rem*). Frente a la tesis mayoritaria, pueden formularse dos argumentos principales: 1) falta de título y modo de transferir el dominio y 2) propiedad en abstracto del *tantundem*.

El CC ecuatoriano se rige por la teoría del título y del modo. El título es la justa causa de la transferencia de dominio y el modo es la forma como se adquiere. En el depósito, el título es de mera tenencia, puesto que el depositario es un simple detentador y no existe modo de adquirir que sea consonante con este contrato²⁸. La tradición, como única opción aparentemente viable, resulta inaplicable, ya que en el depósito no concurre un *animus domini*, sino un *animus custodiendi*²⁹. En consecuencia, el depositante conserva la propiedad en abstracto del *tantundem* o cantidad de la cosa depositada y, simultáneamente, ostenta un derecho personal derivado de la obligación de custodia y de la consecuente restitución en equivalencia.

El depositario se hace dueño de las unidades específicas, pero queda siempre obligado a mantener el equivalente disponible. La calificación de la propiedad “en abstracto” se explica por la mezcla de las unidades específicas. Así, Díez-Picazo y Gullón recurren a la analogía de la conmixción para sostener que no existe una verdadera transferencia del dominio, subsistiendo un derecho proporcional de cada depositante conforme a su *tantundem*³⁰. Por su lado, Nettelbladt niega el dominio sobre una cantidad numérica, ya que la propiedad es de los cuerpos en los que reside la cantidad, premisa que liga con el tema del depósito irregular³¹. El jurista alemán sostiene que la cantidad es accidental y no una sustancia³². Empero, la mezcla de especies en el depósito irregular neutraliza el dominio de la individualidad, no el título de propiedad en abstracto del equivalente en cantidad.

27 Ibid.

28 Otra opción sería mediante el ministerio de la ley. No obstante, que sea mediante el ministerio de la ley iría en contra de la ley natural, pues el depósito por esencia requiere de guarda, por lo que, *lex injusta non est lex*.

29 La tradición no solo requiere de una entrega material, también necesita de un ánimo de ceder y adquirir el dominio de parte del *tradens* y del *accipiendi*. Ver Larrea, *Manual elemental de derecho*, vol. 4, 257-262.

30 Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de derecho civil*, 470. Los autores utilizan el fenómeno de la conmixción en “pura teoría”, aplicando el Código Civil español. Sin embargo, esta analogía también es consonante con el CC ecuatoriano. Debido a que el artículo 679 del CC establece que el dominio pertenece proindiviso, en proporción al aporte que hizo cada uno.

31 Daniel Nettelbladt, *Commentatio iuridica de deposito irregulari* (Halle: In Officina Libraria Rengeriana, 1750), 42.

32 Ibid.

En consecuencia, este tipo contractual tiene como esencia ser un pacto de mera tenencia, carente tanto de título como de modo para transferir dominio. Además, el derecho civil moderno ha ampliado el concepto de propiedad, superando la noción estricta de dominio sobre bienes corpóreos, para admitir la titularidad sobre derechos, cuotas, bienes incorpóreos, porcentajes, abstracciones, etcétera³³. Por tanto, el depósito irregular es un título real (*erga omnes*) que, si bien también presenta una dimensión personal (*inter partes*) en cuanto al depositante que es acreedor de la obligación del *tantundem*, ello no anula su propiedad. En definitiva, lo que hace que el depósito sea tal, y no otra figura, es el elemento de custodia, pues su identidad ontológica se encuentra en su esencia³⁴.

2.3.5. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE GUARDA

En materia no penal, la apropiación de los bienes objeto de un depósito genera daños y perjuicios, los cuales son indemnizables vía proceso judicial. De este modo, el incumplimiento del deber de guarda da lugar a una responsabilidad contractual. En el ámbito penal, esta conducta se adecúa al tipo penal de abuso de confianza³⁵. El artículo 187 del Código Orgánico Integral Penal determina que: “La persona que disponga, para sí o una tercera, de dinero, bienes o activos patrimoniales entregados con la condición de restituirlos o usarlos de un modo determinado será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”³⁶. El abuso de confianza es un delito doloso, patrimonial y de resultado. Requiere, por parte del sujeto activo, la tenencia legítima del bien, más no su dominio.

Conforme al verbo rector: *disponer*, para su configuración se precisa la sustracción del bien confiado. La materialización de la infracción se visualiza con la disminución del patrimonio del depositante, consecuencia de la apropiación imputable al depositario. Evidentemente, si se llega a disponer de unidades específicas, pero gozan constantemente del *tantundem*, no se configura el abuso de confianza de los depósitos de fungibles. Los bancos, al tener el privilegio legal institucionalizado derivado del régimen de reserva fraccionaria, se encuentran habilitados para disponer del encaje correspondiente de los depósitos del público. Esta habilitación normativa permite que la actividad bancaria se aparte de los principios generales del derecho que rigen el contrato, sin que dicha conducta genere, en la práctica, las consecuencias civiles y penales que

33 Para conocer la diferencia entre propiedad y dominio, ver Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho*, vol. 3, 1-2.

34 Aristóteles señala que el ser se dice de muchas maneras, pero siempre en relación con su esencia. Aristóteles, *Metafísica* (Madrid: Gredos, 1994), 162.

35 Cf., Guzmán Brito, “El depósito irregular”, 133-134.

36 Artículo 187, Código Orgánico Integral Penal [COIP], R. O. Suplemento 180 del 10 de febrero de 2014, reformado por última vez en R. O. Séptimo Suplemento 151 del 24 de octubre de 2025.

ordinariamente se derivarían del incumplimiento de custodia³⁷.

2.4. RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL DEL DEPÓSITO BANCARIO

Resulta necesario precisar la naturaleza jurídica del depósito bancario. Tradicionalmente, la apertura de cuentas implicaba un contrato real, esto es, la entrega efectiva de dinero como requisito de existencia. Hoy, en cambio, puede abrirse una cuenta sin depósito inicial, lo que revela su carácter consensual³⁸. Aunque en la práctica se lo denomina depósito, no coincide con el depósito civil, caracterizado por la gratuidad y una obligación estricta de custodia, incompatibles con la lógica lucrativa e intermediadora de las instituciones financieras. Tampoco encaja plenamente en el depósito mercantil, pese a su onerosidad. Si bien la actividad bancaria pertenece al ámbito mercantil, el contrato de depósito en configuración clásica no explica adecuadamente esta relación.

El depósito bancario presenta una naturaleza *sui generis*, que combina elementos del mutuo y del depósito, provocando tensiones en el principio de no contradicción: es simultáneamente, y en el mismo sentido, un depósito y un préstamo de fungibles. En efecto, se configura como un préstamo precario —figura ya de por sí inconsistente—. Frente a ello, parte de la doctrina sostiene la autonomía de la relación bancaria, postulando que el depósito bancario constituye una categoría independiente del depósito irregular y del mutuo. Sin embargo, esta construcción parece orientada a eludir la aplicación del régimen del depósito mercantil, que en principio debería regir. Desde la perspectiva de la libertad contractual, podría alegarse que la autonomía de la voluntad permite a las partes configurar relaciones atípicas.

No obstante, dicha autonomía no autoriza la creación de figuras jurídicamente contradictorias o incompatibles con los principios lógicos básicos. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el fundamento del depósito bancario no descansa en la custodia, sino en la disponibilidad simultánea de los fondos. Este régimen especial responde a un carácter de orden público: el artículo 309 de la Constitución califica las actividades financieras como un servicio de orden público orientado a la intermediación eficiente de recursos. En consecuencia, el derecho bancario no se agota en el derecho privado mercantil, sino que presenta una marcada afinidad con el derecho público administrativo³⁹, dentro de un esquema de la planificación estatal. Ello se evidencia en las resoluciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera (en

37 Rothbard lo lleva a un extremo, mencionando que este sistema cumple con las características de un esquema Ponzi. Murray Newton Rothbard, *El misterio de la banca* (Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2008), 123.

38 Artículo 4, Superintendencia de Bancos, [Codificación de las Normas de la SB / Libro Uno-Sistema Financiero, Título XIII-Usuarios Financieros, Capítulo X], R. O. Edición Especial 123 del 31 de octubre de 2017, reformado por última vez el 19 de diciembre de 2025.

39 Ver Sergio Rodríguez Azuero, *Contratos bancarios: Su significación en América Latina* (Bogotá: Legis, 2002), 127-128.

adelante JPRMF), que fijan, por ejemplo, el encaje bancario mediante actos normativos administrativos.

A diferencia de mercados regidos por la libre competencia, la intervención estatal es determinante: la Administración puede asistir a las entidades financieras —a través del Fondo de Liquidez— para preservar la estabilidad del sistema⁴⁰. La manifestación más significativa de este régimen es la habilitación legal de los bancos para crear dinero mediante la disposición parcial de los depósitos. Ahora bien, siguiendo la lógica del derecho administrativo, las concesiones suelen ser temporales y prorrogables. Sin embargo, la concesión bancaria carece de límite temporal, operando *ad infinitum*. En rigor, el depósito bancario es una institución evolutiva, positivizada, que incorpora la disponibilidad inmediata del depósito y el consumo del mutuo —al menos parcial— de los bienes entregados a través del sistema de encaje. Este carácter evolutivo no garantiza, por sí mismo, su validez jurídica ni su consonancia con los principios generales del derecho, del mismo modo que ocurrió históricamente con el *depositum confessatum*.

En esta línea, cabe entender el depósito bancario como una ficción legal que es útil para la operatividad del sistema financiero, pero potencialmente injusta, en cuanto encubre una relación de disposición de recursos ajenos bajo la apariencia de custodia. De ahí, la pertinencia del aforismo *lex injusta non est lex*, pues la captación de recursos ajenos —incumplimiento contractual— bajo estas condiciones plantea serios cuestionamientos de justicia⁴¹.

2.4.1. TIPOS DE DEPÓSITOS BANCARIOS

En grandes rasgos, los depósitos bancarios se dividen en dos tipos: 1) depósitos a la vista y 2) depósitos a plazo. Los depósitos a la vista tienen una disponibilidad inmediata de los fondos, mientras que en los depósitos a plazo el dinero se encuentra inmovilizado hasta que se cumpla con el tiempo establecido. Existen otras variantes, como los depósitos a interés variable, los depósitos estructurados, etc. Sin embargo, estas otras formas de depósitos bancarios se circunscriben dentro de las dos grandes categorías ya expuestas. El análisis que corresponde a este trabajo utiliza únicamente la clasificación de depósitos a la vista, ya que los depósitos a plazo son genuinos préstamos de fungibles.

⁴⁰ Se rige bajo la competencia administrativa conforme al principio fundamental del derecho público de que se puede hacer solamente lo que está permitido, no mediante la autonomía de la voluntad privada.

⁴¹ “Han de entender que no es suya, sino agena la moneda, y no es justo, que por seruirse della, dexé de seruir a su dueño”. Tomás de Mercado, *Summa de tratos y contratos* (Sevilla: Casa de Fernando Díaz, 1587), 223. Se conserva la ortografía original de la edición consultada.

3. REVISIÓN DE LITERATURA

3.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS ESCUELAS ACERCA DEL DEPÓSITO IRREGULAR

En el derecho romano la apropiación indebida de los depósitos era concebida como un *furtum*, en cuanto violaba la ley natural⁴². En efecto, los juriscultos clásicos recogidos en el *Corpus iuris civilis* de Justiniano entendían la importancia de valorar la guarda en los depósitos. Tal era el grado de honra al principio de custodia que las Novelas justinianas efectuaron una prohibición con el fin de constituir un “justo miedo” en los posibles transgresores de depósitos ajenos, ya que esta conducta no solo tenía una connotación jurídica, sino también moral⁴³. En la Edad Media, por la prohibición canónica de la usura, se optó por esgrimir el argumento del interés moratorio del derecho justiniano. Pues en el *Corpus iuris civilis* la penalización de esta conducta era el cobro de interés moratorio, al margen de que se podía proponer una *actio depositi* (civil) o una *actio furti* (penal)⁴⁴.

La práctica era constituir un depósito de dinero, en el que el banco aparentaba que no podía devolver el dinero y, por lo tanto, se terminaba pagando intereses moratorios. El fin de esta *praxis* era eludir simultáneamente un pecado mortal y la figura del préstamo mediante la simulación de un depósito. Esta figura era llamada *depositum confessatum*, ya que se declaraba bajo juramento la existencia de un depósito —simulado— para el cobro de intereses. Se trató de una institución evolutiva, ampliamente comentada por los glosadores. Este es el primer antecedente de confusión entre el mutuo y el depósito, situación que se prolonga hasta nuestros días. Siguiendo con la Edad Media, entre los comentaristas, Paulo de Castro parece haber sido el primero en introducir la voz irregular, tradición que Jassón de Maino continúa al referirse a los depósitos regulares. No obstante, el posglosador por excelencia que formula de manera explícita la distinción entre los adjetivos regular e irregular es Francesco de Mántica, quien señala: “*depositum aliud est regulare, aliud irregulare*”⁴⁵.

En el Siglo de Oro español, los escolásticos de la Escuela de Salamanca se dividieron en dos subescuelas: 1) la *Currency School* (escuela monetaria) y 2) la *Banking School* (escuela bancaria). La *Currency School* toma la batuta de la escuela clásica del derecho romano, reconociendo la custodia del 100 % de

42 Justiniano, “Digesta”, 814 y 820.

43 “*Ut hoc timore stultorum simul et perversorum maligne versandi in depositionibus homines cessent*” (Para que con este temor los hombres dejen de ser manipulados maliciosamente en los depósitos por los necios y a la vez perversos). Justiniano, “Novellae”, en *Corpus Iuris Civilis*, ed. Rodolfo Schoell y Guillermo Kroll (Berlín: Apud Weidmannos, 1895), 426.

44 Justiniano, “Codex”, en *Corpus Iuris Civilis*, ed. Paul Krüger (Berlín: Apud Weidmannos, 1812), 174.

45 Francesco de Mántica, *Vaticanae lucubraciones de tacitis et ambiguis conventionibus in libros viginti septem dispartitae* (Roma: Typographia Vaticana, 1609), 551. Se conserva la ortografía original de la edición consultada.

lo depositado, escuela que tenía como exponentes a Martín de Azpilcueta, Tomás de Mercado y Luis Saravia de la Calle⁴⁶. Por su parte, la *Banking School* opta por fundamentar un depósito en tanto préstamo precario influenciado por la práctica del *depositum confessatum*. Entre sus principales autores se encuentran Domingo de Soto, Luis de Molina, Leonardo de Lesio y Juan de Lugo. Así se fundamentaría lo que es el negocio bancario moderno, ya que es evidente que la línea doctrinal de los escolásticos de la *Banking School* es el marco teórico que se utiliza hoy en día para el sistema bancario con reserva fraccionaria.

Con el tiempo se fue desviando el debate, tanto en la escuela monetaria como en la bancaria en la Inglaterra del siglo XIX. La *Currency School*, liderada por las ideas de David Ricardo que, si bien protegían el respaldo de los billetes emitidos por los bancos, desatendió por completo el respaldo de los depósitos. Este pensamiento ricardiano se materializó en la Ley Peel de 1844, que generó efectos económicos adversos, pues se prohibió emitir dinero sin respaldo, pero permitió un encaje fraccionario. Del lado de la *Banking School*, su principal defensor era Fullarton, de quien se destaca la teoría del reflujo y el antiguo argumento de John Law acerca de la “necesidad del comercio”, es decir, el aumento de oferta monetaria mediante la nueva creación de medios fiduciarios —expresados en depósitos a la vista—.

En la actualidad existen cuatro escuelas de pensamiento que debaten en el marco de la banca: 1) escuela de banco central con encaje fraccionario (keynesianos y mayoría de monetaristas del siglo XX), 2) escuela de banca libre con encaje fraccionario (escuela bancaria del siglo XIX, teóricos de la liquidez y ciertos austriacos como White, Selgin, etc.), 3) escuela de banca libre sin encaje fraccionario (línea principal de la escuela austriaca) y 4) escuela de banca central sin encaje fraccionario (propuesta de la escuela de Chicago en los años 1930)⁴⁷. La corriente de pensamiento que sigue este trabajo es la escuela de banca libre sin encaje fraccionario. La línea principal de los austriacos considera que el depósito es una figura jurídica incompatible con el sistema bancario con reserva fraccionaria y entiende la importancia de los efectos negativos de la expansión crediticia a la estructura de producción.

⁴⁶ Luis Saravia de la Calle ya advertía sobre los peligros de la apropiación de los depósitos por parte de los banqueros. Al respecto este señala: “no le libra de culpa, al menos venial, por encomendar el depósito de su dinero a quien sabe que no le ha de guardar su depósito, sino le ha de gastar su dinero, como quien encomienda la doncella al luxurioso y el manjar al goloso”. Luis Saravia de la Calle, *Instrucción de mercaderes* (Madrid: Marsiega, 1949), 197. Se conserva la ortografía original de la edición consultada.

⁴⁷ Para conocer más autores de cada escuela, ver Huerta de Soto, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, 502.

3.2. DOCTRINAS Y ARGUMENTOS

Para fundamentar jurídicamente el empleo de los depósitos, se creó la tesis del pacto tácito. Esto significa que se sobreentiende que el depositario puede disponer de los bienes fungibles depositados. Este acuerdo habilita al depositario a utilizar lo depositado de forma implícita, siempre teniendo la obligación de restituir en equivalente del mismo género y cantidad. Sin embargo, esta tesis es contraria al deber de custodia y su constante disponibilidad. Agotada esta teoría, la doctrina empezó a inclinarse por otra opción. Esta nueva línea se basa en la redefinición del concepto de disponibilidad. Es decir, la disponibilidad ya no se entiende como un sentido estricto de tener constante el 100 % del *tantundem*. Se redefine en sentido laxo como una suerte de estado de solvencia en que los bancos pueden disponer de los depósitos con cierto grado de prudencia, de acuerdo con una legislación bancaria que a la vez descansa en la ley de los grandes números⁴⁸.

Se sustituye la guarda por un elemento económico de cálculo de probabilidades que utiliza el fundamento técnico de un contrato de seguro⁴⁹. Ello volvería al depósito un contrato aleatorio. Ahora bien, la doctrina del CC ecuatoriano distingue tajantemente el mutuo del depósito. El CC describe cómo los depósitos evidentemente no pueden ser utilizados, a menos que se dé una autorización o permiso. El acápite 3 del artículo 2125 reza lo siguiente: “Se presume más fácilmente este permiso en las cosas que no se deterioran sensiblemente por el uso”⁵⁰. Esta sería la regla general para todos los bienes consumibles; sin embargo, el artículo 2126 en calidad de disposición especial —solo para el dinero— pone de manifiesto una presunción legal donde el depositario puede emplear el dinero cuando no está individualizado el depósito.

A la luz de lo anterior, es preciso analizar el espíritu del código —mediante una interpretación teleológica-histórica—, siendo lógico retrotraerse al proyecto de Código Civil chileno. El proyecto de 1853 expresamente señala un cambio de depósito a mutuo si se sirve del bien fungible. El proyecto menciona lo siguiente: “En el depósito de dinero, si no es en arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presumirá contrato de mutuo”⁵¹. Además, Bello realiza una anotación de pie de página en el artículo 2365, acápite 3, del proyecto de 1853 —en el CC ecuatoriano es el artículo 2125—. Esta nota remite a Pothier, quien explica que, cuando se entregan bienes consumibles,

48 Ibid., 120.

49 Hualde, “Causa, función y perversión”, 169.

50 Artículo 2125, CC.

51 Andrés Bello, “Proyecto de Código Civil de 1853”, en *Obras completas*, vol XII, ed. Dirección del Consejo de Instrucción Pública (Santiago de Chile: Pedro G. Ramírez, 1888), 564. En el mismo sentido: “Después, i supuesto el permiso del depositante, hai comodato, si la cosa no es funjible; i si es funjible, hai mutuo”. Se conserva la ortografía original de la edición consultada. Ibid. Este artículo lamentablemente se pierde de ser redactado en el Proyecto Inédito y en el código oficial.

se refuerza el consentimiento para que el depositario pueda disponer de la cosa, lo que determina la transformación del depósito en mutuo⁵².

Por tanto, incluso el derecho positivo es consonante con la escuela clásica romana, pues el espíritu del CC separa categóricamente el mutuo del depósito. Dicho esto, existen tres argumentos recurrentes de la literatura: 1) teoría autónoma de la relación bancaria, 2) libertad contractual y autonomía privada y 3) el derecho como orden evolutivo. Según la primera doctrina, la relación bancaria se traduce en un contrato atípico respecto del depósito y el mutuo⁵³. En realidad, la esencia de guarda hace que el depósito sea tal y no otra figura, ergo, la relación bancaria no puede nominar depósito a una figura que no tiene como naturaleza la custodia del bien. Además, el fin social del depósito bancario es la guarda de los bienes entregados, no el consumo. La calificación jurídica de un contrato recae en su *natura negotii*, no en su etiqueta. Como bien diría Claro Solar: “Los contratos, se dice, se caracterizan por lo que son, por las relaciones jurídicas a que dan lugar, y no por el nombre con que se les designe”⁵⁴.

Siguiendo esta línea, el libre mercado por medio de la autonomía de la voluntad no puede alterar la estructura ontológica de los tipos contractuales⁵⁵. La autonomía privada carece de aptitud para configurar un depósito consumible, de la misma forma que la contradicción lógica impide concebir un círculo con esquinas. El derecho como orden evolutivo progresa dentro de las esencias ontológicas de cada categoría jurídica, no a pesar de ellas. Ignorar la esencia de cada tipo de contrato sería caer en un relativismo contractual, pudiendo crear compraventas sin precio, donaciones onerosas, arrendamientos sin canon, etc.

En esta misma línea, tampoco resulta satisfactoria la asimilación del depósito bancario al contrato de cuenta corriente mercantil. Si bien esta figura permite explicar ciertos aspectos funcionales de la operatividad bancaria —como la dinámica de créditos y débitos o la posición deudora del banco frente al cliente—, no resuelve el problema esencial relativo a la disponibilidad de los fondos.

52 Pothier señala: “Par exemple, lorsqu'on a donné en dépôt des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait, comme de l'argent, on ne présume que très difficilement le consentement de celui qui les a données en dépôt, pour que le dépositaire se serve de cet argent; ce qui ne se peut faire qu'en convertissant le dépôt en prêt” (Por ejemplo, cuando se han dado en depósito cosas que se consumen por el uso que se hace de ellas, como el dinero, solo se presume con muchísima dificultad el consentimiento de quien las ha dado en depósito para que el depositario use ese dinero; lo cual no puede hacerse sino convirtiendo el depósito en préstamo). Robert Joseph Pothier, “Traité du contrat de dépôt”, en *Oeuvres de Pothier*, t. 5, ed. M. Bugnet (Paris: Cosse et Marchal, 1861), 137. Pothier bien diferencia con este ejemplo el mutuo del depósito, no obstante, más adelante en el mismo tratado cae en el error de aplicar la teoría del acuerdo tácito al depósito irregular. *Ibid.*, 154.

53 Sebastián Boada Morales, “La naturaleza jurídica de la cuenta bancaria”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 36 (enero-junio de 2019): 197, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5792/7303>.

54 Luis Claro Solar, “Del depósito de dinero y especialmente del depósito bancario”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 32, n.º 3-4 (1935): 229, <https://vlex.cl/vid/deposito-especialmente-bancario-232340961>.

55 Cf., White, “Free Banking”, 120-121.

En efecto, conforme a su regulación en el Código de Comercio, la cuenta corriente no incorpora como elemento estructural una obligación de custodia ni la exigencia de mantener una disponibilidad inmediata del *tantundem*⁵⁶. Por el contrario, se articula mediante un sistema de compensación y liquidación periódica de créditos, propio de un contrato de tracto sucesivo. En este marco, la parte que recibe las sumas no está obligada a mantener en todo momento una cantidad equivalente disponible, sino únicamente a responder por el saldo resultante. Por tanto, su utilización como categoría explicativa no elimina la contradicción inherente a la coexistencia de una disponibilidad simultánea de los fondos, sino que simplemente la desplaza hacia una figura que tampoco resulta plenamente adecuada para justificarla. Pues el cuentahabiente persigue un contrato con finalidad de custodia de sus bienes, no un acuerdo que implique la transferencia de su propiedad.

3.3. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL COEFICIENTE DE CAJA DEL 100 %

En la jurisprudencia del *civil law*, existen precedentes en Francia y España que reconocen el coeficiente de caja del 100% de lo depositado⁵⁷. El caso más famoso corresponde a la sentencia de primera instancia sobre la quiebra del Banco de Barcelona. En el fallo se les da preferencia a los acreedores de dominio y se considera que los demandantes son verdaderos depositantes. Tesis que sigue el propio Tribunal Supremo español en un caso similar en 1928. Lamentablemente, la jurisprudencia nacional sobre esta materia resulta prácticamente inexistente. En cambio, el precedente más relevante de la tradición del *common law* anglosajón es el caso *Foley C. Hill and others*, por el cual se habilita a los bancos a utilizar el dinero de los depósitos a su discreción.

El caso propuesto por Edward Thomas Foley buscó justificar una relación no contractual fiduciaria, lo que la doctrina anglosajona denomina el *trust*. Sin embargo, la Cámara de los Lores resolvió no determinar una relación fiduciaria ni un contrato de depósito que, por lógica, debería mantener el coeficiente de caja del 100 %, sino un mutuo, fuertemente influenciado por las prácticas bancarias de ese tiempo. Rothbard, al estudiar esta sentencia, desarrolló a la par la figura del *bailment* dentro del *common law*, de modo que plantea la siguiente cuestión: ¿por qué en la corriente jurisprudencial del *grain warehouse law* estadounidense —que tiene la obligación de mantener el 100 % del *tantundem*—, donde las condiciones para depositar fungibles son sustancialmente las mismas, y el grano es en rigor un depósito, evolucionó en

56 Artículo 612, Código de Comercio [CCo], R. O. Suplemento 497 del 29 de mayo de 2019, reformado por última vez en R. O. Sexto Suplemento 142 del 13 de octubre de 2025.

57 Ver Huerta de Soto, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, 16-17.

la dirección opuesta a la banca?⁵⁸.

4. LA BANCA ECUATORIANA Y LOS DEPÓSITOS BANCARIOS

El sistema financiero ecuatoriano tiene su génesis en el siglo XIX. En el siglo XX, la crisis de los años veinte y el descontento con el gobierno denominado “liberal plutocrático” dieron lugar a la Revolución Juliana de 1925⁵⁹. De este proceso se derivó la creación del Banco Central en 1927, durante el gobierno de Isidro Ayora, con el asesoramiento de la Misión Kemmerer. En 1999 se produjo la crisis del feriado bancario. Este episodio constituyó el hito histórico más importante en materia financiera del país: la adopción del dólar. En la actualidad, el Ecuador opera bajo un sistema de reserva fraccionaria con Banco Central como la mayoría de los países. El sistema financiero nacional se estructura en tres sectores: público, privado y popular y solidario⁶⁰. Dentro de este sistema operan diversas instituciones financieras⁶¹, entre las cuales destacan los bancos, tanto públicos como privados, por su relevancia económica y por constituir el objeto principal de análisis en el presente trabajo.

4.1. LA INTERMEDIACIÓN Y EL NEGOCIO BANCARIO

Las principales operaciones de la banca moderna son dos: 1) captar depósitos del público y 2) otorgar créditos. La primera se conoce como operación pasiva y la segunda como operación activa. Históricamente, la función social por excelencia del negocio bancario ha sido la custodia de los depósitos, pues los cuentahabientes tienen una expectativa legítima de que se mantenga el 100 % de su dinero en *tantundem*. Sin embargo, la banca de depósitos con el tiempo ha mutado a una banca de préstamos. La intermediación bancaria se configura como el empleo de una parte del dinero depositado con el fin de otorgar préstamos. Este negocio se financia con la diferencia (*spread*) entre el tipo de interés que el banco cobra por los préstamos (tasa activa) y la tasa que se paga a los depositantes (tasa pasiva).

Este margen de ganancia es indispensable para la operatividad del sistema, además de permitir la prestación de servicios accesorios⁶². A continuación se presenta el balance de un banco para poder visualizar de mejor manera cómo

58 Esta doctrina tiene su origen en la jurisprudencia del siglo XIX, la cual calificó como actividad fraudulenta la disposición de los depósitos de granos, confiados para su guarda, con fines de especulación en el mercado de Chicago. Murray Newton Rothbard, *The case against the Fed* (Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2007), 42-43.

59 Una de las grandes causas de la crisis del veinte fue el exceso de crédito que realizó el Banco del Ecuador, empero, no fue atacada con la misma magnitud que la circulación excesiva de billetes, ver Wilson Miño Grijalva, *Breve historia bancaria del Ecuador* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2008), 58.

60 Artículo 309, Constitución de la República del Ecuador [CRE], R. O. Suplemento 449 del 20 de octubre de 2008, reformado por última vez en R. O. Tercer Suplemento 568 del 30 de mayo de 2024.

61 Para conocer específicamente todas las instituciones del sector financiero, ver Artículos 161, 162 y 163, Código Orgánico Monetario y Financiero [COMF], R. O. Suplemento 332 del 12 de septiembre de 2014, reformado por última vez en R. O. Cuarto Suplemento 610 del 29 de julio de 2024.

62 Boada, “La naturaleza jurídica”, 175-176.

se manejan los activos y pasivos del negocio bancario.

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

Figura 2. Balance de un banco

Fuente: Extraído a partir de Sebastián Boada Morales⁶³.

Este balance refleja cómo, en la práctica bancaria, los depósitos a la vista combinan características de custodia con funciones de crédito, al figurar en el pasivo del banco como obligación de pago. Si realmente los depósitos estuviesen custodiados íntegramente, estarían en el activo del banco, no en el pasivo. Que se encuentren en dicha sección demuestra que el depósito es una deuda del banco y un derecho de cobro del depositante. La intermediación como método para captar y a la vez generar inversión provoca tensiones al momento de establecer las sanciones del incumplimiento de la obligación de guarda, sobre todo el abuso de confianza en materia penal. No obstante, la legitimidad que otorga el Estado al sistema asegura que los bancos no caigan en esa situación.

4.2. EL SISTEMA DE RESERVA FRACCIONARIA Y SUS GARANTÍAS DE ESTABILIDAD

4.2.1. ENCAJE FRACCIONARIO Y RESERVAS DE LIQUIDEZ

El modelo de encaje fraccionario descansa en el principio de que los bancos pueden disponer de los depósitos hasta determinado porcentaje fijado por la ley. En la figura 2 se observa que los depósitos se registran en el pasivo del banco. Ello obedece a que los depósitos del público son utilizados para créditos y las reservas se contabilizan como activos. Aquellas reservas se mantienen en el Banco Central⁶⁴. La entidad competente para regular el encaje, según el Código Orgánico Monetario y Financiero (en adelante COMF) es la JPRMF⁶⁵. Según la normativa, actualmente la banca pública y privada tiene un encaje del 5 % si sus activos superan USD 1000 millones

⁶³ Ibid., 174.

⁶⁴ Artículo 240, COMF.

⁶⁵ Id., artículo 241.

o un porcentaje del 4 % si sus activos son menores o iguales a USD 1000 millones⁶⁶. Cabe resaltar que este coeficiente de caja no se calcula de forma diaria, sino semanal. Ello se debe a que, al final de la semana, se saca el promedio de los saldos diarios⁶⁷. Mantener este encaje es obligatorio, so pena de sanción⁶⁸. El Banco Central es responsable de monitorear, al cierre de cada periodo semanal, que las entidades financieras cumplan con el nivel de encaje legal requerido.

En caso de detectarse deficiencias en el cumplimiento del encaje, dichas irregularidades deben ser notificadas al organismo de control correspondiente⁶⁹. En el caso de los bancos públicos y privados, el ente de control es la Superintendencia de Bancos⁷⁰. A pesar de la persistencia de llamar depósito a lo que claramente sería una operación crediticia, ya con la propia definición de reserva fraccionaria se puede notar su inconsistencia. La custodia íntegra de lo depositado no tiene lugar dentro del sistema de encaje. Pues romper la guarda constituye un incumplimiento contractual. De todas formas, este sistema, al basarse en la confianza, requiere que los bancos tengan una reserva de liquidez. El Estado, por disposición constitucional, tiene como principal objetivo que la política financiera fije niveles de liquidez suficientes para mantener una seguridad financiera adecuada⁷¹. La norma establece que las entidades financieras —incluyendo bancos privados, mutualistas, cooperativas de ahorro y crédito y cajas centrales— están obligadas a mantener reservas de liquidez sobre sus captaciones, conforme a los niveles y activos definidos por el Banco Central⁷².

Estas reservas deben cumplirse como un promedio durante periodos bisemanales de catorce días consecutivos (de jueves a miércoles), determinados por el Banco Central⁷³. En cuanto a la composición de las reservas de liquidez, la normativa establece que las entidades financieras deben mantener una proporción mínima de sus captaciones en activos específicos. En el caso de los bancos privados, al menos el 1,5 % de las captaciones debe invertirse en títulos de entidades financieras públicas y un mínimo del 2 % en títulos emitidos por el ente rector de las finanzas públicas (Ministerio de Economía y

66 Artículo 1, Resolución JPRFM-2025-014-M, Junta de Política y Regulación Financiera y Monetaria [Regulación del porcentaje de encaje y reservas de liquidez de las entidades de los sectores financieros público, privado y popular y solidario], Suplemento del Registro Oficial 185 del 16 de diciembre de 2025.

67 Artículo 228, Resolución JPRM-2025-006-M, Junta de Política y Regulación Monetaria [Codificación de las resoluciones de política monetaria del Banco Central del Ecuador], Suplemento del Registro Oficial 104 del 18 de agosto de 2025.

68 Id., artículo 235.

69 Id., artículo 231.

70 Artículo 60, COMF.

71 Artículo 302, CRE.

72 Artículo 237, Resolución JPRM-2025-006-M.

73 Id., artículo 238.

Finanzas)⁷⁴. Las reservas de liquidez son clave para que el sistema no colapse, tanto así que constituye un requisito indispensable para acceder al prestamista de última instancia⁷⁵. Estas reservas presuponen una actividad bancaria basada en criterios de prudencia. No obstante, tal prudencia no se justifica dentro de la lógica de un depósito genuino. Pues el contrato de guarda y custodia exige la disponibilidad permanente del *tantundem*.

Bajo esta perspectiva, resulta problemático introducir un criterio prudencial, pues ello implicaría admitir un margen de disposición que desnaturaliza la esencia del depósito. En rigor, la apelación a una disponibilidad en un sentido laxo —como facultad de gestionar prudencialmente los recursos con miras a su posterior devolución— desvirtúa su significado jurídico, que exige una disponibilidad inmediata constante. En este sentido, en el contrato de depósito no se transfiere la propiedad del *tantundem* en abstracto. Sin embargo, en la práctica bancaria, las entidades financieras proceden a reordenar y mezclar las unidades monetarias, tratándolas como fungibles. De este modo, el criterio de prudencia sí tiene cabida, pues el reordenar los recursos requiere de cierto grado de racionalidad y control.

4.2.2. FONDO DE LIQUIDEZ Y SEGURO DE DEPÓSITO

Ecuador, al ser un país dolarizado, carece de emisión monetaria propia para inyectar liquidez a los bancos. En consecuencia, se optó por un sistema alternativo, basado en el Fondo de Liquidez como prestamista de última instancia. Este consiste en un fideicomiso destinado a atender las necesidades de liquidez de las instituciones financieras que tengan un patrimonio técnico adecuado y que hayan administrado debidamente su liquidez⁷⁶. El constituyente es la Corporación del Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados (en adelante COSEDE); y el Banco Central, como banco de los bancos⁷⁷, funge como administrador del patrimonio autónomo de forma conjunta con el COSEDE. El Fondo de Liquidez se considera una garantía para el sistema.

Esto no implica que sea contrario al mandato constitucional del artículo 308 de la Carta Magna, el cual prohíbe: 1) garantía de solvencia a instituciones financieras privadas y 2) el congelamiento o retención arbitrario o generalizado de los depósitos. La prohibición de garantía de solvencia que determina la Carta Política se refiere a la inyección de recursos a entidades insolventes para

74 Id., artículo 243. La rectoría del Sistema Nacional de Finanzas Públicas (SINFIP) corresponde a la presidencia de la República, quien la ejerce a través del Ministerio de Economía y Finanzas. Artículo 71, Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas [COPFP], R. O. Segundo Suplemento 306 del 22 de octubre de 2010, reformado por última vez en R. O. Sexto Suplemento 142 del 13 de octubre de 2025.

75 Artículo 333, COME.

76 Id., artículos 190 y 333.

77 Ver Rodríguez, *Contratos bancarios*, 137-138.

evitar la quiebra (el denominado *bailout*). El Fondo de Liquidez se basa en los aportes de las instituciones financieras y no constituye un *bailout*. Por tanto, no existe contradicción entre la norma constitucional y la infraconstitucional. Evidentemente, los bancos públicos pueden ser capitalizados y reestructurados financieramente por el Estado, al ser este el dueño. De modo que los aportes al Fondo de Liquidez vienen únicamente del ámbito privado y del sector popular y solidario. El patrimonio del Fondo de Liquidez se compone de aportes, donaciones, rendimiento de inversiones y utilidades líquidas de cada ejercicio anual, recursos provenientes de préstamos o líneas contingentes y fondos provenientes de préstamos entre los fideicomisos del Fondo de Liquidez⁷⁸.

Llama la atención que el Banco Central del Ecuador no sea considerado, en sentido estricto, como prestamista de última instancia. En efecto, la literatura económica moderna suele legitimar a los bancos centrales precisamente por el ejercicio de dicha función, lo que conduce a cuestionar la razón de ser del Banco Central ecuatoriano en el contexto actual. En este escenario, el Fondo de Liquidez no puede calificarse propiamente como un prestamista de última instancia, puesto que carece de la facultad de financiarse vía emisión monetaria, la cual constituye un pasivo de los bancos centrales. Más bien, se configura como un fideicomiso que opera como garantía, no como un instrumento mediante el cual el Estado asume directamente la obligación de auxilio. Es un esquema diseñado para que las propias instituciones del sistema afronten sus contingencias sin desbordar su estabilidad.

Otra herramienta relevante de este sistema es el seguro de depósitos que, más que una garantía a los bancos, es una tutela directa a los depositantes. El COSEDE es el administrador de los seguros de depósitos y a su vez es la entidad que los paga⁷⁹. Este también se maneja en fideicomisos⁸⁰ y se activa cuando el banco tiene una liquidación forzosa, situación en que los depósitos evidentemente necesitan ser restituidos. De las causales de liquidación forzosa expuestas en el artículo 303 del COMF, la más relevante para este caso es la imposibilidad de pagar sus obligaciones, especialmente los depósitos. Ciertamente esta causal solo se activa al momento en que el Fondo de Liquidez no pueda cubrir con el pago. Respecto al monto protegido, este protege los ahorros de cada depositante hasta una cantidad equivalente de dos veces la fracción básica exenta del impuesto a la renta, estableciendo un mínimo de 32 000,00. Asimismo, el pago total de esta cobertura no puede exceder el patrimonio del fideicomiso correspondiente⁸¹.

78 Artículo 335, COMF.

79 Id., artículo 80.

80 Id., artículo 324.

81 Id., artículo 328.

El Fondo de Liquidez actúa de manera preventiva (*ex ante*) para apoyar a los bancos frente a problemas temporales de liquidez, mientras que el seguro de depósitos opera como un resultado final (*ex post*), asegurando que los clientes recuperen sus fondos si la entidad no puede continuar operando. Un depósito genuino de guarda y custodia no debería requerir un seguro como garantía, ya que el seguro se fundamenta en el cálculo de probabilidades y en la cobertura de riesgos asociados a hechos futuros⁸². Esto introduce un elemento de aleatoriedad que no solo caracteriza al contrato de seguro, sino que también se proyecta sobre el propio depósito bancario por el hecho de utilizar categorías de solvencia. Por ende, un depósito que subordine la plena disponibilidad del *tantundem* a criterios de solvencia prudencial difícilmente merece ser calificado como depósito.

Estas cuatro garantías de estabilidad: 1) el Fondo de Liquidez, 2) el seguro de depósitos, 3) las reservas de liquidez y 4) el porcentaje de encaje fraccionario blindan al sistema de encaje fraccionario ecuatoriano. No mantener la estabilidad del sistema puede desencadenar en un *moral hazard* generalizado, porque los bancos pueden asumir un mayor riesgo sin tener que mantener la plena disponibilidad de los depósitos⁸³. Sin embargo, todas estas “garantías de estabilidad” que desarrolla el sistema bancario ecuatoriano no tendrían razón de ser dentro de un modelo de coeficiente de caja del 100% de los depósitos.

4.3. DOBLE DISPONIBILIDAD, CREACIÓN DE DINERO Y MULTIPLICADOR BANCARIO

El dinero es una institución social formada espontáneamente, cuya función principal consiste en servir como medio común de intercambio. Junto a él existen los denominados sustitutos del dinero, entendidos como “títulos seguros e inmediatamente convertibles en dinero”⁸⁴. Existen dos tipos de sustitutos monetarios: 1) los certificados monetarios, que se encuentran plenamente respaldados, y 2) los medios fiduciarios, que no lo están, pues descansan en la confianza. Rothbard sostiene que los depósitos ingresan en la oferta monetaria, en tanto en cuanto las valoraciones subjetivas de los agentes los estimen equivalentes al dinero⁸⁵. Según la contabilidad nacional, en diciembre de 2025, los depósitos a la vista ascienden a USD 15 695,56 millones; en contraste con las reservas bancarias, que en el mismo mes suman USD 6260,4

82 Eduardo Peña Triviño, *Manual de derecho de seguros* (Guayaquil: Edino, 2012), 34.

83 Una solución interesante para las posibles corridas bancarias por *moral hazard* que proponen miembros de la *free banking school* con encaje fraccionario es la constitución de cláusulas de opción o salvaguarda. Estas cláusulas se consideran una última línea de defensa para la estabilidad del modelo, en el que los bancos pueden posponer y aplazar su obligación de devolución inmediata. Empero, al no ser pagaderos a la vista, se configura un contrato aleatorio por basarse en la liquidez y no en la disponibilidad. Ver Huerta de Soto, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, 554.

84 Mises, *La teoría del dinero*, 25.

85 Murray Rothbard, “Austrian Definitions of the Supply of Money”, en *New Directions of Austrian Economics*, ed. Louis M. Spadaro (San Francisco: Institute for Humane Studies, 1978), 145.

millones⁸⁶. Referencia que demuestra, desde el punto de vista fáctico, que no se mantienen íntegros los depósitos e implica un aumento en la oferta monetaria M1⁸⁷.

El público que deposita dinero en la banca tiende a buscar una forma de atesoramiento o ahorro, esperando que los fondos se encuentren íntegramente disponibles, configurando así un certificado monetario. Sin embargo, en la práctica, al no mantenerse íntegros los depósitos, estos pasan a ser sustitutos del dinero traducidos en medios fiduciarios⁸⁸. Este modelo crea dinero *ex nihilo* mediante la disposición de un porcentaje de los depósitos para la concesión de préstamos. El banco se limita a anotar en sus asientos contables —como ficción de disponibilidad jurídica— la existencia de una deuda frente al depositante, mientras que el excedente de reservas se canaliza hacia el crédito. El préstamo otorgado es posteriormente depositado en otra entidad bancaria, prolongando este aparente “ciclo virtuoso” con nuevos agentes que piden prestado y redepositan los fondos. De este modo, se genera un fenómeno de doble disponibilidad del depósito, en el que tanto el depositante como el banco disponen simultáneamente del mismo dinero.

Esta doble disponibilidad provoca el llamado multiplicador bancario. Se denomina de esta forma porque, al existir únicamente un derecho personal del depositante, la capacidad del banco de disponer de parte de los depósitos y otorgar créditos permite generar nuevos depósitos. Un dato no menor es que en Ecuador el monto total de créditos otorgados por las instituciones financieras es de USD 12 225,72 millones en el cuarto trimestre de 2025⁸⁹. Así, los bancos generan en el público la apariencia de mantener un *stock* de dinero depositado, cuando de hecho son medios fiduciarios que solo tienen un pequeño porcentaje en reserva. Esta duplicación jurídica de la disponibilidad monetaria altera los precios relativos, generando distorsiones sistemáticas entre ahorro e inversión.

La expansión crediticia reduce artificialmente los saldos de tesorería reales de los agentes, al introducir nuevos medios fiduciarios que alteran la relación entre oferta y demanda de dinero. Conforme al efecto Cantillon, esta expansión no impacta de manera neutral ni uniforme a la economía, sino que modifica los precios relativos de forma secuencial, es decir, beneficiando inicialmente a los primeros receptores del nuevo dinero y perjudicando progresivamente a los tenedores finales, cuyo poder adquisitivo disminuye.

86 Banco Central del Ecuador, *Reporte Monetario Semanal n.º 992*. https://contenido.bce.fin.ec/documentos/informacioneconomica/MonetarioFinanciero/ix_ReportesMonetarios.html.

87 La oferta monetaria M1 es utilizada para las variables de mayor liquidez, expresadas en dinero. En este sentido, el depósito, en cuanto sustituto monetario, es inmediatamente convertible en dinero, razón por la cual se integra plenamente dentro de dicho agregado.

88 Mises, *La teoría del dinero*, 242.

89 Banco Central del Ecuador, *Perspectivas de oferta y demanda de crédito 2026-01-30*, https://contenido.bce.fin.ec/documentos/informacioneconomica/MonetarioFinanciero/ix_OfertaDemandaCredito.html

Este punto resulta crucial, pues permite vincular el análisis jurídico del depósito de dinero con los efectos económicos que la teoría austriaca del ciclo económico atribuye a la expansión crediticia no respaldada por ahorro voluntario. En efecto, la desnaturalización del depósito se produce cuando la legislación financiera admite que los bancos dispongan también de la disponibilidad de los fondos, pese a que formalmente se presentan como íntegramente disponibles para el depositante. Esta alteración institucional se manifiesta, en el plano económico, a través de una distorsión de la tasa de interés y de la estructura temporal del capital, cuyas consecuencias se analizarán en la siguiente sección.

4.4. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DEL SISTEMA

Conforme a la teoría austriaca del ciclo económico, la expansión crediticia bancaria no respaldada por ahorro voluntario introduce una señal distorsionada en la tasa de interés, el ahorro y la inversión. La diada ahorro-inversión resulta, por tanto, esencial para el funcionamiento del sistema de mercado. La inversión debe estar respaldada por ahorro voluntario y no por un ahorro forzoso inducido por expansión crediticia. Esto es lo que Hayek denomina la doctrina del ahorro forzoso, mediante la cual se explica que la expansión crediticia bancaria desvía involuntariamente parte del ingreso real de los consumidores hacia la inversión, sin que estos hayan decidido ahorrar más⁹⁰. A continuación se expondrá un caso hipotético acompañado de un gráfico, con el fin de visualizar cómo impacta la creación *ex nihilo* de dinero en la estructura de producción y sus perjuicios materializados en los ciclos económicos⁹¹.

Supóngase que, en el mercado de fondos prestables, la tasa de interés es fijada por medio de política expansiva del Banco Central por debajo del tipo de interés natural (r^*), con el fin de captar inversiones. Ello contrae el ahorro (S) e incita a la inversión (I). Mediante la creación *ex nihilo* de los depósitos, se introduce dinero adicional (ΔM) que superpone el ahorro real (S), generando una sensación de ahorro que realmente no es genuina. Esta descoordinación intertemporal generada por la fase expansiva (*boom* o auge) produce tres efectos característicos: sobreinversión, sobreconsumo y *malinvestment*⁹². El ciclo se completa cuando la inconsistencia entre ahorro, consumo e inversión se revela, dando lugar a la fase de contracción (*bust* o recesión), caracterizada por la liquidación de las malas inversiones y la reordenación correctiva de la estructura productiva.

90 Friedrich A. Hayek, *Precios y producción* (Madrid: Unión Editorial, 1996), 36-43.

91 Por este motivo, Jesús Huerta de Soto explora la posibilidad de nulidad del contrato por perjuicios a terceros, teniendo carácter de orden público. Ver Huerta de Soto, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, 126.

92 En esta fase la estructura de producción se alarga artificialmente y se proyecta transitoriamente más allá de la frontera de posibilidades de producción (como se aprecia en la parte resaltada de la figura 3).

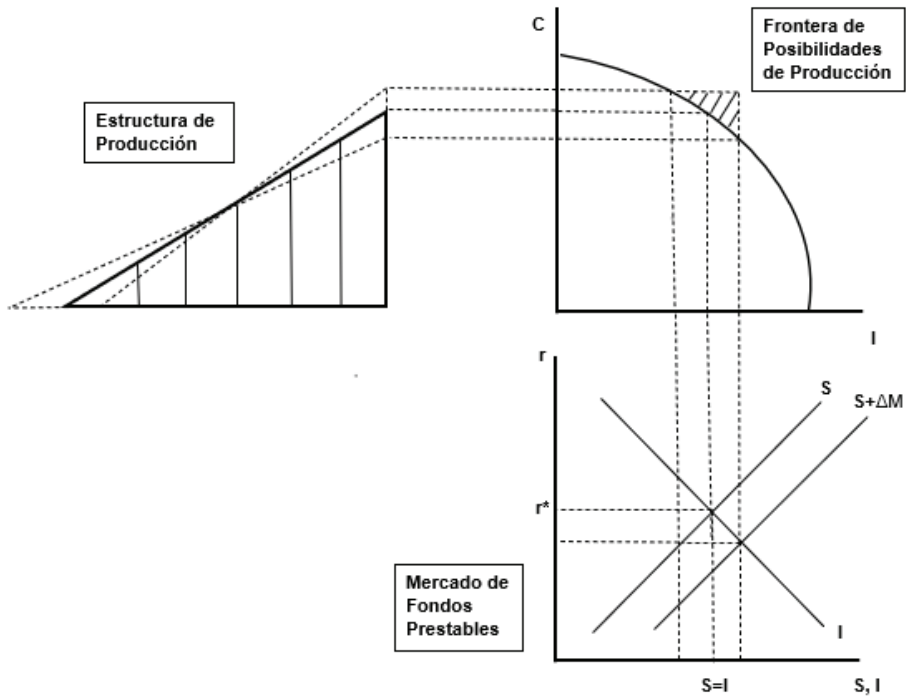


Figura 3. Desequilibrio de la estructura de capital por introducir dinero ex nihilo
Fuente: Extraído y adaptado a partir de Roger W. Garrison⁹³.

Las posiciones más recientes de la escuela austriaca han relativizado el carácter necesario del ciclo económico. Tales enfoques suelen presuponer la ausencia de privilegios legales o un entorno de disciplina bancaria que no corresponde con los sistemas monetarios contemporáneos. Desde el punto de vista jurídico, esta descoordinación no constituye un fenómeno espontáneo del mercado, sino la consecuencia directa de un diseño contractual vía mandato legislativo, que permite tratar como préstamo lo que formalmente sería un depósito.

5. INCOMPATIBILIDAD DEL DEPÓSITO IRREGULAR CON LA BANCA

El siguiente análisis se realiza conforme a la teoría general de los contratos, por lo que esta sección no corresponde única y exclusivamente al campo civil. Todo contrato válido requiere la concurrencia de cinco requisitos: 1) consentimiento, 2) capacidad, 3) causa lícita, 4) objeto lícito y 5) los elementos esenciales

⁹³ Roger W. Garrison, *Tiempo y dinero* (Madrid: Unión Editorial, 2015), 114. El presente esquema cumple una función estrictamente ilustrativa. No tiene por objeto reproducir exhaustivamente la teoría austriaca del ciclo económico ni ofrecer un modelo econométrico del fenómeno, sino mostrar, de manera simplificada, la descoordinación intertemporal entre ahorro e inversión que se genera cuando un diseño jurídico permite tratar como préstamo lo que formalmente se presenta como depósito. En este sentido, el gráfico sirve como apoyo visual al argumento jurídico central del trabajo, sin perjuicio de la complejidad teórica subyacente desarrollada por la literatura económica especializada.

propios del tipo contractual. El denominado depósito bancario operado bajo un sistema de reserva fraccionaria resulta estructuralmente incompatible con al menos cuatro de estos requisitos, lo que compromete seriamente su validez jurídica. En primer lugar, el consentimiento debe formarse libre de vicios. Sin embargo, en el depósito bancario concurre un *error in negotio*, en cuanto existe un equívoco sobre la naturaleza del negocio jurídico celebrado. Mientras el depositante cree celebrar un contrato de guarda con plena disponibilidad, el banco entiende la relación como una operación de crédito o préstamo que es susceptible de disposición. Este error recae sobre la especie misma del contrato, supuesto contemplado por el artículo 1469 del CC.

No se trata aquí de una simulación contractual, sino de una discordancia entre la voluntad real y la voluntad declarada. El depositante persigue una finalidad *custodiendi*, mientras que el banco actúa con una finalidad *adquirendi*. Este error obstativo, al impedir la coincidencia de voluntades, compromete la existencia misma del consentimiento, abriendo el debate doctrinal entre la nulidad absoluta y la inexistencia del acto⁹⁴. Ahora bien, cabe recalcar que el error en el negocio solo puede ser tratado para casos concretos, ya que la voluntad real implica subjetividades que no pueden ser generalizadas. La causa genuina de un contrato de depósito constituye una razón de custodia⁹⁵. Claro Solar, acerca del beneficio del banco con los depósitos bancarios, menciona: “Su propósito al incrementar los fondos depositados no es dejarlos durmiendo en las arcas de la institución, sino disponer de más circulante que invertir, sea en préstamos, sea en otras operaciones”⁹⁶.

Por tanto, la causa del depósito bancario es irreal, porque pretender combinar custodia y consumo del bien en un mismo tiempo y sentido, e ilícita, por ser contraria al derecho natural y a las buenas costumbres. Asimismo, el objeto del depósito bancario es ilícito por las mismas razones. Es indeterminado en cuanto pretende unificar dos prestaciones incompatibles (guarda y consumo). Y es imposible porque exige la coexistencia simultánea de deberes contradictorios dentro de un mismo vínculo obligacional. Finalmente, la incompatibilidad se manifiesta con especial claridad en la ausencia de los elementos sustanciales del tipo contractual. Conforme al artículo 1460 del CC, la falta de un elemento esencial puede dar lugar bien a la degeneración a otro contrato o bien a su inexistencia.

En condiciones normales, disponer de los bienes depositados podría degenerar en un mutuo, regido bajo el plazo legal del artículo 2103 del CC. Empero, el sistema bancario exige que el negocio jurídico sea a la vista, lo cual resulta

94 Alessandri, *De los contratos*, 166-167. Un argumento interesante en contra del argumento del *error in negotio* es la figura del error común, cf., *Ibid.*, 181.

95 Hualde, “Causa, función y perversión”, 133. La teoría de la causa objetiva y subjetiva pecan de insuficientes para este caso, de manera que se utiliza la tesis de la causa italiana moderna de la función social del contrato.

96 Luis Claro Solar, “Del depósito de dinero”, 229.

incompatible con la esencia del mutuo, que presupone necesariamente un plazo. De este modo, no se produce una simple degeneración contractual, sino una inexistencia jurídica. A ello se suma la previsión de intereses a favor del depositante, rasgo característico del mutuo y extraño para el depósito. El depósito irregular, por su propia naturaleza, no genera intereses, pues no implica un intercambio de bienes presentes por bienes futuros. La incesante violación a los principios del derecho y la lógica provoca que un contrato con tantas contradicciones internas peque de inexistente.

5.1. PROPUESTA DE SOLUCIÓN: DEPÓSITO MERCANTIL CON COEFICIENTE DE CAJA DEL 100%

A la luz de lo expuesto, el contrato de depósito civil no constituye una figura adecuada para regular la relación entre depositantes y bancos. Del mismo modo, la asimilación al contrato de cuenta corriente tampoco resulta satisfactoria, en la medida en que se configura como un contrato de tracto sucesivo, carente de obligación de custodia y de disponibilidad inmediata del *tantundem*. Evidentemente, la figura de mutuo tampoco puede ser considerada, debido a que requiere de un plazo. En consecuencia, ninguna de estas figuras permite explicar adecuadamente la naturaleza jurídica del depósito bancario. La propuesta de solución es la eliminación del modelo de reserva fraccionaria, de modo que los depósitos a la vista puedan cumplir plenamente su función de custodia con una disponibilidad del 100%. Esto implica una separación estructural del sistema bancario en dos ámbitos diferenciados: por un lado, una banca de depósitos, orientada exclusivamente a la guarda de fondos, y, por otro, una banca de préstamos, destinada a la intermediación crediticia.

Prima facie, esta propuesta podría generar dificultades respecto del modelo tradicional de financiamiento bancario, en la medida en que la banca de depósitos carecería de una fuente de ingresos. No obstante, esta objeción se supera al utilizar la figura al depósito mercantil, en el cual el depósito puede configurarse como un contrato oneroso. De este modo, la banca puede financiarse mediante el cobro por el servicio de custodia⁹⁷, mientras que la actividad crediticia continuaría generando rendimientos a través de los intereses. Cabe resaltar que esta propuesta de un depósito mercantil con coeficiente de caja del 100% no requiere lo que la doctrina mercantilista denomina subjetividad mercantil, es decir, que ostente la calidad de comerciante. Es suficiente con que el banco sea comerciante, no siendo necesario tal calidad para el depositante. Un riesgo advertido por la literatura consiste en la posible creación de sustitutos monetarios por parte de los agentes económicos, con el fin de eludir las restricciones propias de un sistema de reserva íntegra.

Sin embargo, tales intentos no podrían ampararse en la figura del depósito,

97 En materia civil el depósito remunerado degenera en un arrendamiento de servicio. Artículo 2124, CC.

cuya naturaleza excluye la existencia de plazos y exige la plena disponibilidad de los fondos. En consecuencia, cualquier instrumento que pretenda cumplir funciones monetarias típicas de un contrato de depósito deberá ajustarse a los principios generales del derecho y garantizar un respaldo íntegro, configurándose como un verdadero certificado monetario.

5.2. REFORMAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

La implementación de la propuesta de un depósito con coeficiente de caja del 100% implica la eliminación del sistema de la reserva fraccionaria. En consecuencia, los mecanismos que actualmente garantizan la estabilidad del sistema —como el porcentaje de encaje fraccionario, las reservas de liquidez, la garantía de depósitos y el Fondo de Liquidez— perderían su razón de ser en este nuevo modelo financiero. Por lo tanto, las autoridades competentes, como el Banco Central (a través de la JPRMF), el COSEDE y la Superintendencia de Bancos, dejarían de tener facultades relacionadas al encaje fraccionario. En cuanto al mantenimiento íntegro de los depósitos, existen dos posturas:

1. Intervención del Estado: consiste en monitorear y garantizar que los depósitos se mantengan íntegros, es decir, con un coeficiente de caja del 100%. Esta posición implica una supervisión continua y transparente por parte de las autoridades, asegurando la publicidad y el control de los fondos disponibles —monitoreo conforme a lo explicado en la sección 4.2.1—.

2. No intervención estatal: la postura alternativa —aceptada en el presente trabajo— propone que el cumplimiento de la custodia se garantice a través de las leyes económicas de la competencia⁹⁸ y de la responsabilidad solidaria de los accionistas. En este modelo, los accionistas responden solidariamente frente a un posible *moral hazard*, similar a la figura de las *societates argentariae* del derecho romano⁹⁹.

Esta aproximación encuentra respaldo en la normativa vigente. El COMF establece que, si bien en términos generales los accionistas y socios responden hasta el monto de sus aportes, en caso de liquidación forzosa de una entidad financiera privada deben responder con su patrimonio personal en supuestos de dolo, culpa grave o culpa leve. Asimismo, quienes administren la entidad, con o sin participación patrimonial, responden solidariamente por la totalidad del déficit patrimonial, incluso por culpa levísima¹⁰⁰. La segunda propuesta descansa tanto en las leyes económicas de la competencia como en el principio de publicidad, en cuanto los agentes económicos, al

⁹⁸ Me refiero a la competencia dinámica del mercado, no a la competencia perfecta de la teoría neoclásica.

⁹⁹ Ver Huerta de Soto, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, 48.

¹⁰⁰ Artículo 238, COMF.

enfrentarse a un entorno sin garantías de solvencia institucionalizadas, se ven incentivados a actuar con mayor responsabilidad.

La disciplina del mercado reemplaza así los mecanismos de estabilización exógenos, trasladando el control del riesgo de que los bancos no mantengan disponible el *tantundem* a los propios participantes del sistema. La preferencia por esta alternativa se justifica, además, en la teoría de la imposibilidad de la cooperación y coordinación social basadas en la coacción institucional o en la violación de los principios tradicionales del derecho¹⁰¹. En efecto, los procesos de coordinación social dependen de la libre interacción de los agentes y del ejercicio de la función empresarial, que genera información dispersa y permite ajustar las conductas individuales de manera espontánea. Cuando dicha coordinación se sustituye por mecanismos coactivos institucionales, se interfiere en ese proceso dinámico, generando descoordinación social y bloqueando la creación y transmisión de la información necesaria para la cooperación social entre los individuos.

En este sentido, un sistema basado en garantías estatales, encajes obligatorios y regulaciones prudenciales no solo altera los incentivos de los agentes, sino que sustituye un orden de cooperación contractual por uno de carácter hegemónico, sustentado en la imposición legal. Por consiguiente, la eliminación de tales mecanismos permite establecer un marco institucional coherente con los principios de responsabilidad patrimonial, libre competencia y coordinación social espontánea.

6. CONCLUSIÓN

Este artículo ha desarrollado un aporte al estado del arte al sostener que, en los depósitos de dinero, la propiedad no se transfiere al depositario, al menos no respecto de las unidades específicas, sino que permanece en abstracto sobre el *tantundem*. En este sentido, los depósitos de dinero constituyen acuerdos de mera tenencia que no implican traspaso de dominio, tesis que se opone a la posición doctrinal mayoritaria que reduce la situación jurídica del depositante a un simple derecho de crédito sobre el *tantundem*. El sistema bancario ecuatoriano incurre así en una confusión conceptual entre las figuras del mutuo y del depósito, debido a que el depósito bancario capta elementos esenciales de ambas instituciones. En efecto, esto constituye una desnaturalización del tipo contractual de depósito irregular.

Este error conceptual tiene implicaciones reales en la economía, lo cual genera distorsiones en las distintas etapas de la estructura de producción que, a la vez, provoca ciclos de auge y recesión. Adicionalmente, este artículo no se ha

101 Ver Huerta de Soto, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, 505.

limitado a simplemente comparar la versión del depósito civil con el depósito bancario. Por el contrario, la literatura, cuando propone un depósito genuino para el sistema bancario, no necesariamente implica redirigirse a materia civil. Tal es así que se optó por proponer un depósito mercantil —intrínsecamente oneroso— en el que el depositante mantiene plena propiedad del *tantundem* en abstracto y el depositario —el banco— se limita a custodiarlo a cambio de una comisión por el servicio prestado. Estas características se abordan desde el campo civil por razones de análisis doctrinal, pero finalmente se aplican al ámbito bancario, que por naturaleza es lucrativo.

Esta propuesta permite un marco coherente con la teoría austriaca, asegurando que la función del depósito se mantenga fiel a su esencia jurídica y económica, sin confundir la tenencia con una transferencia de propiedad o una operación de crédito. En definitiva, este trabajo se puede aplicar *mutatis mutandis* a las demás instituciones con modelo de reserva fraccionaria de depósitos del sistema financiero nacional, de modo que su alcance no se limite exclusivamente a los bancos.