

SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICO-ECONÓMICA DEL DINERO Y EL DEPÓSITO BANCARIO

[On the legal-economic nature of money and bank deposit]

JOSÉ IGNACIO KING

RESUMEN

El propósito de la memoria es poner en evidencia una realidad escasamente comentada en doctrina: el dinero, en su forma contemporánea, constituye un bien inmaterial. Gracias a un análisis económico previo que permitirá entender el funcionamiento y creación del dinero, se redefinirá su naturaleza jurídica. Lo anterior cambiará nuestra concepción sobre un depósito bancario de dinero, sometiéndose a examen las diversas soluciones que la doctrina ha propuesto para definir la naturaleza jurídica de una relación bancaria.

PALABRAS CLAVE

Dinero - depósito bancario - relación bancaria.

ABSTRACT

The purpose of this work is to expose a reality that had barely been commented by doctrine: money, in its contemporary form, is an intangible good. Thanks to a previous economic analysis that will allow us to understand the mechanics on the creation of money, its legal nature will be redefined. This will change our understanding of a bank deposit of money, studying the various solutions that doctrine has proposed to define the legal nature of a bank relationship.

KEY WORDS

Money - bank deposit - bank relationship.

I. INTRODUCCIÓN

En tiempos contemporáneos pocos podrían cuestionar el crucial rol que la industria bancaria juega en la economía mundial. En efecto, es imposible imaginar el nivel de desarrollo que la sociedad y los mercados han alcanzado sin la existencia del giro principal del sistema bancario: el crédito¹. Es tan evidente la importancia de esta institución en nuestras vidas, que igual

¹ En tal sentido, MCMILLAN señala que “(e)l propósito del sistema financiero es sostener una economía descentralizada y de capital intensivo. Sin dinero y sin crédito (...) la gente se vería obligada a vivir de la producción

relevancia debería otorgársele al cabal entendimiento de la misma. Así, bien vale cuestionarse: ¿realmente sabemos cómo funciona la creación del crédito por la banca?

Esa es la pregunta que históricamente, y ya en el olvido de la discusión académica actual, se han realizado los economistas, y que radica en una interrogante más específica: ¿la banca crea dinero?; y, de ser afirmativa la respuesta, ¿lo genera utilizando recursos pre-existentes, o bien, crea el dinero “*ex-nihilo*”² ?.

Como veremos, tres teorías han dado luz en este respecto: la de la intermediación, acorde a la cual la banca es mera intermediadora de recursos en la economía, y no creadora de dinero; la de reservas fraccionales, que entiende que un banco individualmente no es capaz de crear dinero, sino sólo el sistema en su conjunto; y la de creación de crédito, según la cual la banca crea dinero sin necesidad de depósitos previos³. Mientras que por años la discusión sobre cuál teoría se encontraba en lo correcto quedaba relegada al mero plano doctrinal, recientemente estudios empíricos han evidenciado que la teoría que más se acerca a la realidad es la de creación del crédito⁴, lo que implica asimilar que la banca crea dinero que antes no tenía existencia⁵.

Este descubrimiento está lejos de servir de utilidad exclusivamente para un economista: sobre la teoría del crédito y sus implicancias, es latente la necesidad de la interdisciplinariedad para abordarlos, en este caso, desde la economía y el derecho. En efecto, al observar las instituciones jurídico-bancarias bajo el prisma de dicha teoría nos llevan a cuestionarnos varios elementos sobre los cuales la banca desarrolla su actividad día a día.

Así, esta teoría confirma que existen varias clases de dinero —y no solo el efectivo, pensamiento comúnmente arraigado en la sociedad— y con ello, de que la mayor clase de dinero presente en las economías tiene un carácter inmaterial. De tal manera, valdrá el esfuerzo de analizar la naturaleza jurídica particular de cada una de dichas clases, lo que será tarea del primer capítulo de este trabajo.

Las conclusiones de nuestro primer apartado, junto con lo aprendido gracias a la teoría de la creación del crédito, nos llevarán a cuestionar el contrato base de toda relación bancaria en la actualidad: el depósito bancario. Así, analizaremos las diversas teorías que han intentado explicar la naturaleza jurídica del depósito bancario —que aquí denominaremos como relación bancaria—, con el objeto de verificar si lo aprendido en el primer acápite logra explicar de

de subsistencia y el trueque. Además, el uso del dinero y del crédito permiten que se formen los precios”. MCMILLAN, Jonathan. *El fin de la banca*. (Barcelona, Penguin Random House, 2018), p. 19.

² Locución en latín, que significa “de la nada”.

³ Sobre esta clasificación de teorías, por todos: ALEXANDER, Kern. *Principles of banking regulation*, (Cambridge, Cambridge University Press, 2019), pp. 18-19.

⁴ WERNER, Richard. Can banks individually create money out of nothing? — The theories and the empirical evidence, en *International Review of Financial Analysis*. 36 (2014), pp. 1-19. [Visible en internet: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1057521914001070?via%3Dihub>].

⁵ Esta teoría ha tenido acogida, entre otros sectores de la doctrina económica, por el Banco de Inglaterra, en: MCLEAY, Michael.; RADIA, Amar; THOMAS, Ryland. “La creación de dinero en la economía moderna”, en *Revista de Economía Institucional*. 17 (2015), 33, pp. 355-383. [Visible en internet: <http://dx.doi.org/10.18601/01245996.v17n33.16>].

una forma distinta a lo que mayoritariamente se entiende que es un depósito irregular. Finalmente, se culminará con ciertas propuestas terminológicas.

II. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICO-ECONÓMICA DEL DINERO EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO

Corresponde en nuestro primer capítulo dar cuenta de la naturaleza del dinero en el mundo contemporáneo. Para tal efecto, y como antecedente, será menester tener presentes dos hechos que nos muestra la realidad bancaria: el que la gran mayoría del dinero en la economía es inmaterial, como también que la banca, de forma individual, es capaz de crear dinero sin captaciones previas. Respecto a lo primero, se mencionará la manera en que los economistas entienden al dinero, para luego categorizar las distintas especies del mismo en la actualidad. En cuanto a la creación de dinero por la banca, se estudiará dicho proceso, junto con un análisis crítico a las teorías que han intentado fundamentar el giro bancario.

Sin este esfuerzo previo, que nos permite identificar las distintas especies de dinero que existen, así como también su origen, no sería posible interpretar correctamente la naturaleza jurídica del dinero en sede nacional, tarea con la cual culminará la primera parte de este trabajo.

1. *El dinero en la economía contemporánea: una perspectiva económica*

a) *Historia y concepto económico del dinero*

En toda sociedad, desde la económicamente más básica hasta la más moderna y compleja, surge la necesidad de realizar intercambios. Para lograr dicho objetivo, existen una serie de mecanismos que permiten que dichas transacciones se lleven a cabo. El más simple de ellos es el crédito mismo de cada individuo: en centros urbanos de pequeña concentración demográfica, en los cuales todos se conocen, la materialización del comercio se puede dar por la *f i d u c i a* de sus habitantes. Estudios antropológicos en la última década han demostrado que esta era la forma en que las sociedades más antiguas realizaban el comercio⁶: así, si se quiere, en el génesis de la humanidad el “ ‘dinero’ es sinónimo de crédito”⁷.

Conforme avanza el desarrollo de las civilizaciones, dicho sistema de intercambios se hace insostenible, por la sencilla razón de que a medida que un centro urbano es mayor, es menos probable que sus habitantes se conozcan. De tal forma, cae la confianza necesaria para que opere un mecanismo de crédito personal, por lo que una forma alternativa para lograr la materialización de intercambios es la aparición del trueque. La utilización de este mecanismo podría traer, al menos, dos inconvenientes para el correcto funcionamiento de las transacciones.

⁶ GRAEBER, DAVID. *Debt: The firsts 5.000 years*. (Nueva York, Melville House, 2011), pp. 21 y ss.. La reflexión final de este autor respecto al punto en comento es que “(n)o comenzamos con el trueque, para después descubrir el dinero, y luego eventualmente desarrollar sistemas crediticios. La cuestión ocurrió precisamente de la forma contraria. Lo que ahora llamamos dinero virtual en realidad existió primero”. GRAEBER, DAVID, cit. (n. 6), p. 40, traducción libre.

⁷ MICHAIL, Nektarios. *Money, Credit and Crises: Understanding the modern banking system*. (Cham, Palgrave Macmillan, 2021), p. 4, traducción libre.

En primer término, podría darse el problema de la no coincidencia de necesidades. Así, el productor del bien “X” desea el bien “Y”, mientras el productor del bien “Y” desea el bien “Z” —v. gr. como si el panadero deseara carne, y el carnicero deseara aceite. Una segunda problemática podría darse por la indivisibilidad de ciertos bienes: si el giro económico de un individuo fuese la crianza y posterior venta de vacuno para su explotación en la industria de los lácteos, le sería complejo adquirir el pan de la semana mediante el intercambio de un animal —que evidentemente valdrá mucho más que unos cuantos kilos de pan—; y este último no se puede dividir sin alterar su substancia —en este caso, al dividir al vacuno, éste ya no podrá producir leche.

Así, para solucionar los inconvenientes del sistema de crédito personal y del trueque, a lo largo de la historia las sociedades han tendido a elegir, de forma natural, a determinados bienes para su utilización extendida en la sociedad. A tales bienes, por consenso en doctrina económica, se les concibe como dinero.

Por lo señalado, no será novedad señalar que los economistas entienden al dinero como un bien que reúne las siguientes características: ser un a) medio de cambio; servir como b) unidad de cuenta; c) servir como depósito de valor; y d) ser un bien ampliamente aceptado por una determinada comunidad ⁸.

La primera característica dice relación con la posibilidad de un determinado bien de ser entregado a cambio de otro bien en el contexto de una transacción económica; en segundo término, el servir como unidad de cuenta implica que el empleo de determinado bien debe permitir el registro uniforme de precios, saldos y deudas. En tercer lugar, la característica del depósito de valor significa que el bien en cuestión debe tener la habilidad de conservar valor con el transcurso del tiempo. Finalmente, un determinado bien puede satisfacer todas las funciones antes mencionadas, sin embargo, para el economista no será calificado como dinero mientras el mismo no sea aceptado por un número razonable de individuos en determinada sociedad.

De tal forma, estas características que los economistas han formulado para entender al dinero desde una perspectiva económica —y que, como se advertirá, son ampliamente conocidas por el mundo académico en general— nos serán de utilidad para identificar a las especies de dinero en la economía contemporánea y, de forma posterior, someter a análisis su naturaleza jurídica. Sin embargo, antes de efectuar dicho análisis, conviene tener presente la relevancia que adquiere la última de las características del dinero antes apuntada: un bien puede mostrar las tres primeras funciones de alguna u otra forma, pero de no emplearse por la sociedad como medio de cambio en transacciones de forma generalizada, no será posible calificar el bien en cuestión como dinero.

Por ejemplo, el lector advertirá que el ganado en tiempos actuales difícilmente será catalogado como moneda, no obstante, en realidad dicho bien —en el corto plazo— sí es susceptible de cumplir con las 4 funciones antes descritas: i) es posible imaginar la entrega de una vaca como parte de pago; como también ii) el registro de precios en función de ganado —v. gr. “esta bicicleta vale 2 vacas”—; luego iii) una vez recibido el ganado en parte de pago, el mismo —de conservarse con la debida diligencia— puede mantener a través del tiempo su valor; y finalmente iv) puede ser utilizado ampliamente por una

⁸ Por todos: Ibid, p. 3.

sociedad. Esto explica que, de hecho, el ganado haya cumplido el rol de dinero durante varios siglos atrás⁹.

Misma lógica sirve para explicar el hecho de que bienes —como el ganado— hayan sido reemplazados en el transcurso de la historia por otros bienes para ocupar la función de moneda. Por ejemplo, contrastemos el nivel de satisfacción de las funciones antes descritas que puede brindar el empleo del ganado, y las que pueden observarse de emplearse metales preciosos. Ambas pueden emplearse como medio de cambio, no obstante, es fácil imaginar que la guarda y el transporte del oro o la plata —bienes inertes—, revestirá menos costos y complejidades que la de una vaca —ser viviente. Luego, mientras que los metales preciosos se pueden separar en varias unidades, una vaca no se puede dividir, presentándose el problema de la indivisibilidad —por ejemplo, no es fácil imaginar que una bicicleta pueda tener como precio “vaca y media”; además, bienes como el ganado sufren del problema de la heterogeneidad —en principio, pareciera más fácil el que la sociedad determine que dos unidades de oro tienen igual valor, a emitir similar juicio entre dos vacas. En tercer término, si bien el ganado puede mantener su valor a través del tiempo, dicha condición no es absoluta, pues, al tratarse de un ser vivo, en determinado momento este llegará a perecer, disminuyendo considerablemente su valor de cambio —problema que, como es lógico, no ocurre con especies inertes como el oro o la plata.

Así, no es novedad señalar que un sinnúmero de bienes que reúnen las características antes apuntadas fueron elegidos en distintos momentos históricos y diversos lugares para ocupar la función de dinero. Una de estas primeras formas fue el denominado dinero mercancía, que se caracterizaba por tener valor intrínseco —v. gr. la sal en Roma, o el ganado. Luego dicha clase de dinero, por razones antes comentadas, fue desplazada por el dinero metálico, cuyo rasgo diferenciador era el consistir en un metal precioso —v. gr. el oro, la plata, el cobre, o alguna acuñación de moneda que combinara alguno de estos metales. Conforme ciertas entidades que actuaban como custodios de dichos metales comenzaron a dar en préstamo más metal del dado en depósito —dando paso al sistema de reservas fraccionarias—, se dio lugar al nacimiento del dinero bancario, y en concreto, a la emisión del dinero fiduciario o papel moneda¹⁰, que básicamente consiste en una promesa de pago al portador del instrumento —de allí su nombre, que en latín significa confianza. Lo anterior dio lugar a la banca moderna como la conocemos.

Luego, el avance tecnológico ha dado paso a la invención del denominado dinero electrónico, cuya proliferación se ha cimentado gracias a la evolución de los medios de pago y que se traduce en modalidades tales como el *digicash*, las tarjetas *chips* o *Smart cards*, y sistemas de pago por teléfono celular¹¹. En último término, se ha conformado el fenómeno de las criptomonedas,

⁹ Respecto a este punto, SELGIN señala que su “contribución principal a la evolución del dinero parece haber sido la de utilizarse, más bien, como unidad de cuenta”. SELGIN, George. *La libertad de emisión del dinero bancario: crítica del monopolio del banco emisor central*. (Madrid, Ediciones Aosta, 2011), p. 27. En efecto, “...las monedas de oro más antiguas encontradas en el mundo desde Asia Central hacia el Atlántico contienen 130-135 gramos de oro. “Esta uniformidad”, nos dice RIDGEWAY, “se debe al hecho de que en los distintos países donde las encontramos, originalmente representaban el valor en oro de una vaca, que era la unidad universal para el trueque en aquellas regiones”. SELGIN, George, cit. (n. 9), p. 28, nota 4.

¹⁰ Una de las primeras entidades en emitir esta clase de dinero fue el Banco de Ámsterdam, el cual “aceptaba depósitos en metálico a cambio de emitir billetes y liquidar pagos a través de libros de contabilidad que registraban el débito y crédito de sus clientes...”. ALEXANDER, Kern, cit. (n. 3), p. 13, traducción libre.

¹¹ SANDOVAL LOPEZ, Ricardo. *Derecho Comercial. Derecho Bancario Público, Derecho Bancario Privado, banca Electrónica y Derecho Comparado*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2021), XIII, pp. 269-270.

que si bien han ganado valor y los mercados a su alrededor han crecido de forma exponencial, no resulta claro que se traten de dinero o bien de meros instrumentos financieros¹². Existen hasta la fecha doctrinas contrastadas en este punto¹³, y sólo el transcurso del tiempo y una mayor estabilidad en su valor nos señalará si realmente una sociedad aceptará a esta última categoría como su moneda.

En fin, comprendiendo tanto el rol de la característica esencial del dinero, junto con su evolución, estamos en condiciones de identificar a las especies monetarias que se presentan en la mayoría de las sociedades en la actualidad. En cualquier caso, conviene prevenir al lector de que el análisis que sigue aplica a aquellas sociedades cuyo sistema de intercambios opera gracias a la bancarización, es decir “el establecimiento de relaciones estables y amplias entre las instituciones financieras y sus usuarios, respecto de un conjunto de servicios financieros disponibles”¹⁴. Ello pues, no se puede dejar de señalar que a lo largo del mundo y a la fecha, existe un sinnúmero de comunidades que, ajenas a servicios bancarios, emplean bienes que difícilmente podríamos apuntar como dinero si éstos se emplearan en grandes centros urbanos¹⁵.

b) *Especies contemporáneas de dinero*

De la metodología anterior, bien conocida y empleada por la gran mayoría de los economistas, se pueden identificar diferentes especies de dinero en las economías modernas¹⁶. Así, pasaremos a analizar estas categorías diferenciables entre sí, que si bien difieren tanto en su emisor como en su materialidad, tienen en común el satisfacer las características o funciones del dinero elaboradas por la ciencia económica, que recién tuvimos oportunidad de comentar.

i) *Dinero Fiduciario*

Se trata de aquella parte de la masa monetaria que está compuesta por monedas y billetes con poder liberatorio, generalmente emitidos por orden de la Banca Central.

¹² En este sentido, “la falta de consenso sobre el concepto de criptomoneda ha traído respuestas disímiles por parte de los reguladores” (...) “mientras un regulador estima que las criptomonedas son asimilables a commodities como el oro o el cobre, otro estima que, por su naturaleza especulativa éstas, son asimilables a valores”. MELLA CÁCERES, Rodrigo; LARRAÍN FIERRO, Álvaro. *Derecho bancario*². (Santiago, Legal Publishing Chile, 2018), p. 306.

¹³ En contra, la gran parte de la doctrina jurídica actual, como SANDOVAL LÓPEZ, quien define a las criptomonedas como “instrumentos que facilitan la realización de intercambios de valores entre personas, prescindiendo del sistema público estatal que respalda las transacciones...”. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. *Derecho Comercial. Derecho Bancario*, cit. (n. 11), p. 271. A favor, cierta parte de la doctrina económica, como AMMOUS, quien luego de un análisis crítico a la historia del dinero, señala respecto a la criptomoneda precursora, el Bitcoin, que “(s)i (...) sigue funcionando como hasta ahora, todas las anteriores tecnologías que los humanos han empleado como dinero —conchas, sal ganado, metales preciosos y títulos del gobierno— pueden llegar a parecer extravagantes anacronismos en nuestro moderno mundo; como los ábacos respecto de nuestros actuales ordenadores”. AMMOUS, Saifedean. *El patrón Bitcoin*. (Barcelona, Ediciones Deusto, 2018), p. 175.

¹⁴ MORALES, Liliana; YÁÑEZ, Álvaro. *La Bancarización en Chile*, en *Serie de documentos de trabajo de la CMF*. (Santiago, 2006). pp. 9. [Visible en internet: <https://www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/617/w3-article-40031.html>].

¹⁵ Es el caso, por ejemplo, de sectores rurales en la República de Georgia, donde se utiliza como medio de cambio a las papas medidas por kilo. GABRICHIDZE, Tamta. *El comerciante* (2018).

¹⁶ En este punto se seguirá la clasificación efectuada por el Banco de Inglaterra. MCLEAY, Michael.; RADIA, Amar; THOMAS, Ryland. “*El dinero en la economía moderna: una introducción*”, en *Revista de Economía Institucional*. 17, (2015), 33, pp. 333-353. [Visible en internet: <http://dx.doi.org/10.18601/01245996.v17n33.15>].

Cabe señalar que, en doctrina, sobre esta categorización del dinero en las economías modernas no existe mayor discusión.

Como es posible notar, de las categorías de dinero en la economía moderna, es la más evidente de todas, por una razón muy simple: es la única de las especies que siempre se encuentra ligada con una materialidad. Es decir, en las transacciones de mercado no es posible encontrar a esta clase de dinero desligada a un objeto corporal —en el caso de los billetes, será el papel moneda; en el caso de las monedas, será el metal por el que estará compuesto aquella.

Otra nota distintiva de esta clase de dinero es que este puede ser empleado por agentes económicos sin necesidad de un tercero intermediario. Así, el portador de papel moneda, mediante la simple presentación de dicha especie monetaria, es capaz de extinguir y saldar deudas en la economía.

ii) Dinero bancario

Corresponde a aquella cuota de la masa monetaria consistente, básicamente, en depósitos que se mantienen en cuentas bancarias, y que son emitidos por entidades bancarias. Como se podrá notar, a diferencia del fiduciario, el dinero bancario no cuenta necesariamente con un elemento material:

Piénsese, por ejemplo, en el caso de una transferencia electrónica, donde, supongamos, para el pago de una transacción económica el cuentacorrentista A desea transferir la suma X al cuentacorrentista B, ambos clientes del mismo Banco. En tal evento, por medios digitales y por orden de A, el Banco simplemente hará disminuir el saldo —o crédito— de A disponible en su cuenta, y al mismo tiempo hará aumentar el saldo de B. En dicha hipótesis, claramente el depósito de A habrá satisfecho las características de dinero antes estudiadas y en tal sentido habrá operado como dinero; y como se podrá notar, en ningún caso el depósito de A habrá estado ligado a una cosa corporal para operar como tal.

Ahora bien, esta clase de dinero podrá en ciertos casos estar aparentemente ligada a una materialidad. El ejemplo más notorio de lo anterior es la emisión de un Vale Vista¹⁷, instrumento ampliamente utilizado para operaciones de una gran cuantía monetaria —como la compraventa de un inmueble, un automóvil, etc.... Si bien dicho instrumento en sí goza de una materialidad, en realidad, en tales casos dicho documento representa dinero bancario, toda vez que “generalmente representa un depósito a la vista simple”¹⁸.

Otra característica esencial de esta clase de dinero es su emisión: esta viene dada esencialmente por la banca comercial —dicho proceso de creación, del cual depende la mayor parte de la masa monetaria en las economías modernas, tendrá oportunidad de ser estudiado en el siguiente apartado del presente capítulo. Ligado a lo anterior, se da otro carácter distintivo de esta especie de dinero: este no puede ser empleado con prescindencia de un tercero intermediario —en específico, un banco comercial.

¹⁷ CAMPOS G. define al Vale Vista como un “instrumento mediante el cual el Banco acredita un depósito en efectivo y se obliga a pagar a su presentación al legítimo tenedor del documento la cantidad que señala el depositante”. CAMPOS G., Alfonso. *El Vale Vista*, en *Revista Chilena de Derecho*. 5 (1978), 1-6, p. 415. [Visible en internet: <https://www.jstor.org/stable/41605231>].

¹⁸ Ídem.

iii) Reservas del Banco Central

Se trata de aquella parte de la masa monetaria compuesta por depósitos que bancos comerciales mantienen en el Banco Central.

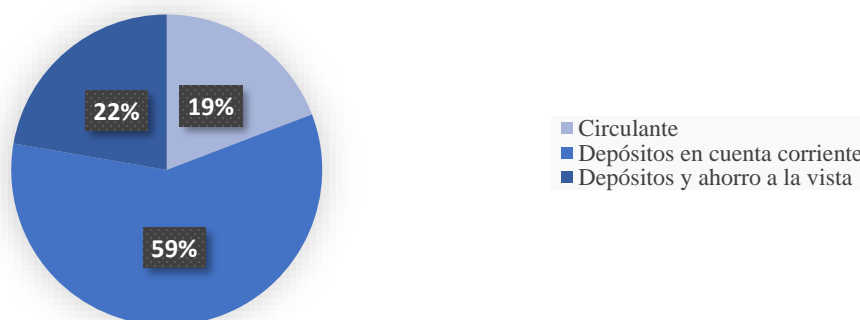
Los bancos comerciales mantienen una cuenta en el Banco Central¹⁹, y mediante la misma son capaces de tanto solicitar préstamos —ya sea a la Banca Central como también a sus competidores— como de efectuar pagos a otras instituciones financieras. En cuanto a esta última clase de operaciones, “el uso de billetes físicos para realizar el gran volumen de transacciones que (los bancos comerciales) hacen entre sí sería sumamente problemático”²⁰, y es por dicha razón que se le permite a la banca comercial mantener su dinero en la Banca Central en forma de depósitos.

Como se logra notar, en este ámbito se da una relación similar a la que recién se explicaba entre un cuentacorrentista y un banco comercial; siendo posible aplicar la misma mecánica respecto a las operaciones entre particulares por medio de una entidad bancaria. En dicho sentido, respecto a esta clase de dinero tampoco observamos un elemento material —en el caso de que un banco comercial retire parte de sus reservas en forma de circulante, estaríamos ante otra clase de dinero (fiduciario). Finalmente, al igual que en el caso del dinero bancario, este no puede ser empleado sin la existencia de un tercero —un Banco Central.

c) Desglose de las especies de dinero contemporáneo en la economía

Finalmente, conviene notar la cuantía que cada especie de dinero moderno presenta en la economía actual. Ello se puede ilustrar mediante el siguiente gráfico:

El dinero en la economía moderna



Fuente: Elaboración propia²¹.

¹⁹ En el caso chileno, dicha realidad se plasma en virtud de las siguientes normas: el legislador otorga la facultad al Banco Central de aperturar líneas de crédito a entidades bancarias, en conformidad al art. 34 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central; asimismo, aquella parte de los fondos que se destinen a satisfacer las normas de encaje bancario pueden mantenerse en una reserva técnica en el Banco Central de Chile, según lo señalado en el art. 65 del DFL N°3 del año 1997 (Ley General de Bancos).

²⁰ MCLEAY, Michael.; RADIA, Amar; THOMAS, Ryland. *El dinero en la economía moderna*, cit. (n. 16), p. 350.

²¹ Gráfico elaborado a partir de cifras oficiales del Banco Central de Chile respecto al agregado monetario “M1”, disponibles en <https://www.bcentral.cl/web/banco-central/areas/estadisticas/agregados-monetarios> [Fecha de consulta: 07 de abril de 2022].

La gráfica anterior ha sido confeccionada en base a cifras de nuestro país al mes de abril de 2022. Si bien su correlación con la categorización del dinero moderno antes desarrollada no es totalmente precisa²², sí nos puede llevar a concluir una realidad indubitada: la gran mayoría del dinero en la economía moderna está conformada por dinero inmaterial, y en concreto, por depósitos creados por la banca comercial.

Ya tenemos conocimientos sobre qué calidades puede adoptar el dinero, como también las principales características y notas diferenciadoras entre cada una de aquellas especies monetarias que tuvimos oportunidad de estudiar. En el siguiente apartado, corresponderá entender cómo opera el proceso de creación de la especie de dinero con mayor presencia en las economías: el dinero bancario.

2. *Funcionamiento del sistema bancario: La creación de dinero*

No es novedad señalar que los bancos crean dinero: hace largo tiempo ello ya es conocido en el mundo de la economía y del derecho. Así, en tiempos actuales nadie puede negar que el sistema bancario es emisor de moneda. Sin embargo, conviene plantearnos ¿cómo realmente se crea ese dinero?. La verdad es que en doctrina económica se está lejos de llegar a un consenso en la materia: distintos puntos de vista del plano académico han entregado su esfuerzo por explicar la manera en que el denominado “dinero giral”²³ cobra vida en la economía, dando pie a las teorías sobre el giro bancario²⁴.

De forma previa a dicha tarea, conviene tener a la vista una clasificación del dinero desde una óptica funcional, la cual facilitará comprender este proceso de creación del dinero. Así, hablaremos de dinero externo y de dinero interno: mientras que el primero dice relación con aquél cuya creación se da fuera del sistema bancario comercial –v. gr. dinero fiduciario, reservas del banco central, criptomonedas (si se entiende a estas últimas como dinero), etc...—, el dinero interno o dinero giral es aquél que se crea al interior del sistema bancario²⁵.

a) *La teoría de la intermediación financiera*

²² Se advierte al lector de que respecto a las cifras del agregado monetario “M1” el Banco Central de Chile se limita a señalar el término “circulante”, sin hacer referencia a si se trata en su totalidad de dinero fiduciario, o si en realidad parte de esas cifras corresponde en realidad a reservas del banco central que un banco comercial mantiene en su cuenta con el Banco Central para satisfacer parte de las reservas por concepto de encaje bancario.

²³ El *dinero giral* es aquél que se crea a partir de la actividad bancaria, esto es, a través del otorgamiento de préstamos por dichas entidades hacia sus clientes.

²⁴ En lo sucesivo se seguirá a: ALEXANDER, Kern, cit. (n. 3), pp. 18-19; RAHMATIAN, Andreas. *Credit and creed: a critical legal theory of money*. (New York, Routledge, 2020), pp. 52-61; y a WERNER, Richard. *A lost century in economics: Three theories of banking and the conclusive evidence*, en *International Review of Financial Analysis*. 46 (2015), pp. 361-379. [Visible en internet: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1057521914001434?via%3DiHub>].

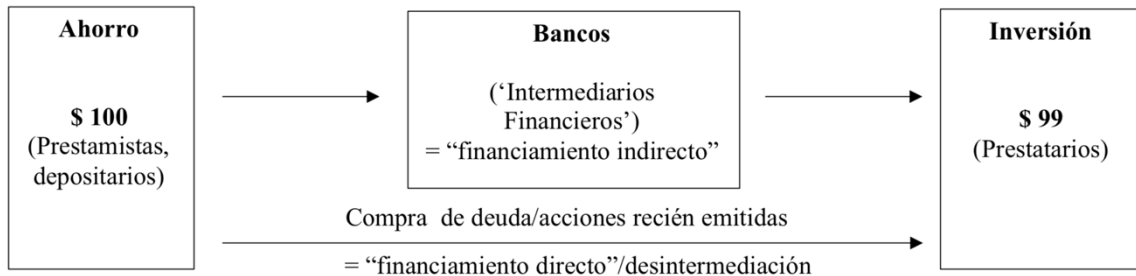
²⁵ En tal circunstancia, adoptamos en este punto la distinción que efectúa MCMILLAN, el cual define a la banca como “aquella institución que crea dinero a partir del crédito”. MCMILLAN, Jonathan, cit. (n. 1), p. 46. Como el lector podrá advertir, dicho concepto de banca opera desde un punto de vista funcional del giro bancario, apartándose, por ejemplo, de la definición de banca que el legislador consagra en el artículo 40 del DFL 3 del año 1997 (Ley General de Bancos).

Una primera respuesta doctrinal es la teoría de la intermediación financiera. Según la misma, que en opinión de algunos constituye la mayoritaria en doctrina contemporánea²⁶, “los bancos son meros intermediarios financieros cuyas actividades esenciales son efectuar préstamos al público, al tiempo de adquirir depósitos de parte de ahorradores, con lo cual se logra apoyar a la economía con una asignación más eficiente de los recursos a la vez que la banca genera utilidades a partir de la diferencia entre las tasas de interés de los respectivos préstamos y depósitos”²⁷. De esta forma, acorde a esta forma de entender el giro bancario se entiende que ni la banca privada ni el sistema bancario en su conjunto crean dinero, sino que sólo actúan como meros intermediarios a través de las actividades de la captación y colocación de unidades monetarias. Es decir, para esta teoría la esencia de la actividad bancaria radicaría en que “los bancos toman los fondos de sus depositantes en préstamos al corto plazo, los cuales extienden a otros clientes en préstamos de largo plazo”²⁸.

La verdad es que este pensamiento sobre el funcionamiento de la banca está en cierta medida inserto en la doctrina académica. Al iniciar toda cátedra relacionada con el ámbito bancario, no será novedad escuchar la idea de que el giro principal de estas instituciones consista en la intermediación financiera. Así, a modo ejemplar, MELLA CÁCERES & LARRAÍN FIERRO señalan que “el capital de los bancos proviene, en su mayor parte, de los fondos que éstos captan del público y la colocación de los mismos”²⁹. En la misma línea, el legislador concibe a la actividad bancaria bajo esta idea, consagrando en el artículo 40 de la Ley General de Bancos que las instituciones bancarias son aquellas que “*se dedique(n) a captar o recibir en forma habitual dinero o fondos del público, con el objeto de darlos en préstamo (...)*”.

Esta concepción de la mecánica bancaria se explica de la siguiente manera:

La Teoría de la Intermediación Financiera



²⁶ En este sentido, WERNER señala que la teoría de la intermediación financiera “ha sido la doctrina dominante desde fines de la década de 1960”. WERNER, Richard. *Can banks individually create money out of nothing?*, cit. (n. 4) p. 2, traducción libre. Como se podrá advertir, si bien la idea sobre la creación de dinero por parte del sistema bancario es de larga data, es una realidad el que al día de hoy en gran parte de la doctrina prima la idea de que los bancos son meros intermediarios financieros, y en consecuencia, el pensamiento de que estos en ningún caso crean dinero. ALEXANDER, Kern, cit. (n. 3), p. 19.

²⁷ ALEXANDER, Kern, cit. (n. 3), p. 18, traducción libre.

²⁸ RAHMATIAN, Andreas, cit (n. 24), p. 52, traducción libre.

²⁹ MELLA CÁCERES, Rodrigo; LARRAÍN FIERRO, Álvaro, cit (n. 12), p. 32. Se previene al lector de que estos autores, si bien explican la mecánica bancaria de la manera antes señalada, son conscientes de que el sistema bancario en su conjunto puede crear dinero, cuestión que se logra desprender de la plena lectura de su obra antes citada.

Fig. 1: La teoría de la intermediación financiera.
Fuente: WERNER (2015)³⁰.

Así, la mecánica de la intermediación financiera entiende que necesariamente debe existir, de forma anterior a un préstamo, un depósito por parte del público —recuadro izquierdo de la figura. Luego, dichas especies monetarias en depósito —que, acorde a esta teoría, necesariamente deben tratarse de dinero fiduciario o circulante, es decir, “dinero corporal”— se distribuirán proporcionalmente conforme al coeficiente de caja o encaje monetario vigente: así, si entran \$100 en forma de depósitos y la tasa de encaje es del 1%, \$1 irá a parar a las reservas que el banco comercial en cuestión mantiene con el Banco Central; en paralelo, el \$99 restante quedará a disposición para actividades de colocación —es decir, para ser entregado en préstamo. En estas circunstancias, las utilidades bancarias vendrían dadas por la diferencia entre las tasas de interés de colocación y captación, es decir, el *spread* bancario. Es relevante notar que, acorde a este modelo, la banca no ha creado dinero interno³¹.

La mecánica vista, en su versión más pura, ha sido respaldada en los últimos años por una serie de economistas —los cuales, por ende, entienden que la banca no crea dinero giral: así, KRUGMAN señala que “los bancos generan sus ganancias a través de la captación de depósitos y prestando tales fondos a una tasa de interés mayor”³². No obstante, esta visión tal como se ha presentado bien se puede considerar incompleta, al no aplicar en su argumento a la totalidad del sistema bancario, y por ende, desatender a la indiscutible realidad de que esta industria es generadora de la gran parte del dinero presente en las economías modernas.

b) La teoría de las reservas fraccionarias

Una segunda respuesta doctrinal a la interrogante que en este punto nos propusimos resolver, dice relación con la conocida teoría de las reservas fraccionarias. Esta “también presupone, en su esencia, a la banca como intermediaria financiera”, no obstante, se diferencia de la teoría anterior, toda vez que sostiene que la banca cuenta “con la habilidad de crear dinero a partir de préstamos”³³. De esta forma, se afirma, “aunque cada banco de forma individual es un intermediario que adquiere depósitos y otorga préstamos, la totalidad de los bancos actuando de forma colectiva crean dinero a través del proceso de ‘expansión múltiple de depósitos’, también conocido como multiplicador monetario”³⁴.

Como se ha mencionado en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, dicha realidad es bien conocida en el mundo del derecho. Por ejemplo, PONCES CAMANHO dice al efecto que “la función de los bancos no se limita a la intermediación del crédito. Al desempeñar esta función, los bancos actúan como creadores de moneda”³⁵. A su turno, en opinión de RAHMATIAN, “la teoría de las reservas fraccionarias (...) es una calificación considerable de la teoría de la

³⁰ WERNER, Richard. *A lost century in economics*, cit. (n. 24), p. 363, traducción libre.

³¹ Idem.

³² Ibid, p. 364, traducción libre.

³³ Ibid, p. 54, traducción libre.

³⁴ ALEXANDER, Kern, cit. (n. 3), p. 18, traducción libre.

³⁵ PONCES CAMANHO, Paula. *Do contrato de depósito bancário*². (Coimbra, Almedina, 2005), p. 24, traducción libre.

intermediación financiera³⁶, posición que compartimos. Es decir, la figura precedente sólo viene a aplicar la lógica de la teoría de la intermediación a las relaciones inter-bancarias.

En fin, la aplicación de la teoría de la intermediación al sistema bancario en su totalidad se explica mediante el ampliamente conocido multiplicador monetario:

La representación de manual del “Multiplicador Monetario”

	Depósito	–	1% reservas	=	Fondos prestables
Banco A	\$100	–	\$1	=	\$99
Banco B	\$99	–	\$0,99	=	\$98,01
Banco C	\$98,01	–	\$0,9801	=	\$97,0299

	Σ \$10.000	–	Σ \$100	=	Σ \$9.900

Fig. 2: La teoría de las reservas fraccionarias.

Fuente: WERNER (2014)³⁷.

De esta manera, el mismo depósito de \$100 que antes se ilustraba, a un coeficiente de caja ³⁸de un 1%, como se señaló, permitía la disposición de \$99 para la entidad bancaria. Ahora, esos \$99, acorde al multiplicador monetario, ingresarán en algún momento a otro banco comercial, generando el mismo efecto anterior: \$0,99 deberán ser destinados para satisfacer las normas de encaje bancario, mientras que \$98.01 podrán ser destinados a préstamos propios de actividades de colocación bancaria. Aplicando esta mecánica de forma sucesiva, se llegará a la conclusión de que con un depósito inicial de \$100 el sistema bancario podrá generar una suma de \$10.000 en depósitos bancarios (pasivos bancarios), \$100 en reservas en el Banco Central y \$ 9.900 unidades monetarias para préstamos bancarios (activos bancarios). Es decir, el sistema bancario habrá sido capaz de crear \$9.900 adicionales en forma de dinero giral o interno^{39 40}.

³⁶ RAHMATIAN, Andreas, cit. (n. 24), p. 54, traducción libre.

³⁷ WERNER, Richard. *Can banks individually create money out of nothing?*, cit. (n. 4), p. 8.

³⁸ En nuestro país, el coeficiente de reservas o de caja se denomina “tasa de encaje”, y se encuentra regulado en los artículos 63 y siguientes de la Ley General de Bancos (DFL N°3 de 1997), bajo el Título VI, “*Encaje y Reserva Técnica de los Bancos*”. Cabe señalar que, acorde al artículo 34 número 2 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, es potestad de dicho órgano la fijación de esta tasa, la cual no puede superar el 40% de los depósitos a la vista, ni el 20% de los restantes depósitos u obligaciones.

³⁹ WERNER, Richard. *Can banks individually create money out of nothing?*, cit. (n. 4), p. 8.

⁴⁰ Lo anterior se logra explicar por la aplicación de la fórmula del multiplicador monetario [*Masa monetaria = Base monetaria * Multiplicador Monetario*]. Así: \$100 * (1/0,01) = \$10.000.

A este punto se podrá haber notado que, tanto para la teoría de la intermediación financiera como para la teoría de las reservas fraccionarias, necesariamente debe mediar de forma previa a todo préstamo —actividad de colocación— un depósito bancario —actividad de captación. Esto se explica pues su lógica presupone que las especies monetarias “en custodia” serán disponibles para el titular de la cuenta, el que al disponer del préstamo, eventualmente, realizará pagos en la economía, recayendo aquél dinero en manos de un cliente de otro banco comercial.

Desde ya esta lógica despierta ciertas problemáticas. En primer término, la industria bancaria es cada día más reducida en cuanto a cantidad de participantes, aumentando a lo largo de los años la participación en el mercado de sus firmas de mayor tamaño⁴¹, por lo que es perfectamente posible que, aun cuando la mecánica antes ilustrada fuera cierta, ninguna especie monetaria abandonará la institución bancaria que se trate, pues puede suceder que ambos clientes bancarios prefieran los servicios del mismo banco⁴².

En segundo lugar, la mecánica antes ilustrada presupone que mediante los pagos entre clientes de distintas entidades bancarias existe una transferencia de dominio de dinero fiduciario o circulante, en circunstancias de que, en realidad, la práctica bancaria dista de lo anterior:

Como se señaló anteriormente, en el plano de transacciones entre clientes de la banca comercial se emplea dinero bancario; en el plano de relaciones inter-bancarias, como mencionamos, los pagos y transferencias inter-bancarios se realizan empleando reservas del banco central, como señala ALEXANDER: “en las economías desarrolladas, los Bancos Centrales operan con un sistema de liquidación en tiempo real (RTGS por sus siglas en inglés) por la cual se abonan o cargan las instrucciones de pago de un banco a través de sus cuentas en el Banco Central en tiempo real o durante el mismo día en que la instrucción es generada”⁴³. Incluso, respecto a pagos entre Bancos Centrales no existe el empleo de dinero fiduciario: en ejemplo del mismo autor, si “un inversor alemán vende un inmueble de oficinas en Atenas a un inversor inmobiliario griego por \$10 millones”, donde dicho dinero “es transferido de la cuenta bancaria en Grecia hacia una cuenta bancaria en Alemania (...) el dinero realmente no cambia de manos. El banco alemán recibe un abono de \$10 millones en su cuenta en el Banco Central Alemán (Bundesbank)”, mientras que “el banco griego ve la misma suma reducida desde su cuenta con el Banco Central de Grecia”⁴⁴.

Un tercer argumento, el cual se comentará enseguida, dice relación con que la realidad empírica se ha encargado de demostrar que cada banco comercial, de forma individual, es capaz de crear dinero “*ex-novo*”, y por ende, de emitir dinero bancario sin la necesidad de actividades

⁴¹ A modo ejemplar, en el caso inglés es posible notar esta progresiva “oligopolización” del mercado bancario: a mediados del siglo pasado, Inglaterra pasó de contar con más de una docena de entidades bancarias, a encontrar a sólo 6 a principios de la década de 2010. GODDARD, John; O. S. WILSON, John. *Banking: a very short introduction*. (Oxford, Oxford University Press, 2016), p. 30, figura 1.

⁴² En cualquier caso, se hace desde ya la prevención de que este argumento podría ser criticado, al señalarse que, dado el tráfico económico, eventualmente tales especies pecuniarias irán a parar en manos de un cliente de otro banco comercial.

⁴³ ALEXANDER, Kern, cit. (n. 3), p. 21, traducción libre.

⁴⁴ *Ibid*, p. 22.

de captación de depósitos previos realizados por el público. Tal realidad, por fuerza, nos debe llevar a formular un nuevo modelo mediante el cual explicar tanto el flujo económico del dinero fiduciario, como también, y más importante, el proceso de creación del dinero giral.

c) *La teoría de la creación del crédito*

En último término, la doctrina ha elaborado la teoría de la creación del crédito. Esta línea de entendimiento del giro bancario —que, de hecho, es la más antigua de las teorías en comento⁴⁵— “niega toda correlación entre depósitos y préstamos, enfatizando que la banca no utiliza los depósitos del público para otorgar préstamos”⁴⁶, pues, se señala, la banca crea dinero *ex-nihilo* a partir de créditos, los cuales a su vez crean un depósito⁴⁷. Doctrina reciente ha señalado que estamos ante la única teoría que presenta armonía con la ley bancaria contemporánea⁴⁸ junto con la práctica bancaria actual⁴⁹. Como se sostendrá, esta doctrina se muestra como la más adecuada para representar la realidad de la actividad bancaria.

Así, dadas las problemáticas que presenta la utilización del modelo del multiplicador monetario para explicar el funcionamiento del giro bancario, conviene tener a la vista un modelo alternativo que vendría en línea con los postulados de la teoría que ahora tenemos oportunidad de comentar. Dicho modelo viene dado de la siguiente manera:

Hoja de balance de un Banco
según la teoría de creación del crédito

Paso 1 Depósito de \$100 por un cliente del Banco

Activos	Pasivos
	\$100

Paso 2 \$100 usados para incrementar la reserva del Banco

Activos	Pasivos
\$100	\$100

Paso 3 Préstamo de \$9.900, realizado abonando en la cuenta del cliente del banco con un depósito

Activos	Pasivos
\$100	\$100
+	+
\$9.900	\$9.900

Fig. 3: La teoría de la creación del crédito.

⁴⁵ WERNER, Richard. *A lost century in economics*, cit. (n. 24), p. 361.

⁴⁶ RAHMATIAN, Andreas, cit. (n. 24), p. 58, traducción libre.

⁴⁷ En tal sentido, el Banco de Inglaterra, sosteniendo esta posición, ha señalado que “cada vez que un banco hace un préstamo, crea simultáneamente un depósito correspondiente en la cuenta bancaria del prestatario, con lo cual crea dinero nuevo”. MCLEAY, Michael; RADIA, Amar; THOMAS, Ryland. *La creación de dinero en la economía moderna*, cit. (n. 5), p. 355.

⁴⁸ En tal sentido, RAHMATIAN, Andreas, cit. (n. 24), p. 60.

⁴⁹ Como se verá, los estudios empíricos de WERNER evidencian que la única teoría que puede explicar los movimientos internos de una institución bancaria al otorgar un préstamo es la teoría de la creación del crédito. WERNER, Richard. *Can banks individually create money out of nothing?*, cit. (n. 4), p. 8.

Fuente: WERNER (2005)⁵⁰.

Así, a partir de la gráfica anterior, la creación de dinero bancario vendría dada de la siguiente forma:

En primer término, el modelo supone que existe cierta cantidad de dinero en reservas —\$ 100— e igual cantidad de depósitos del público en un banco comercial determinado. Luego, al momento de extender un préstamo, el banco ve incrementado en igual proporción sus activos y pasivos, por el monto del préstamo. Si este crédito fuese extendido por la cuantía máxima que permite el legislador, a una tasa de encaje del 1%, el monto del préstamo podría llegar a \$ 9.900 sin vulnerar las normas propias del sistema de reservas fraccionarias⁵¹.

Como se logra apreciar, el punto central de este modelo es que asume el hecho de que el dinero dado en préstamo es creado por el banco comercial emisor, es decir, en ningún caso es dinero preexistente empleado a partir de una cuenta diversa.

En este sentido, doctrina con más de un siglo de antigüedad fue la que se decantó por apoyar este modelo. Sobre el particular, MACLEOD tomó un papel crucial, siendo quien desde fines del siglo XIX influenció a que esta teoría ganara terreno en literatura económica. Este autor, en su gran obra *Theory of Credit*, explicaba el giro bancario finalizando con la siguiente frase: “Un banco no es, por ende, una entidad que presta dinero: sino que es una fábrica de dinero: (...) son los créditos del banco los que constituyen capital susceptible de préstamo, y como Bishop Berkley dice, ‘un banco es una mina de oro’”⁵².

Así le siguieron diversos autores: HAHN, economista y banquero alemán, en el año 1920 señalaba que “(...) el negocio primario de los bancos no se corresponde con sus pasivos, y en particular, sus depósitos. En su hoja de balances, cada acción en el lado de sus pasivos debe ser precedida por otra acción del banco en relación al lado de sus activos: el negocio de los depósitos es sólo un reflejo de creación de crédito”⁵³. En la misma línea, SCHUMPETER a mediados del siglo pasado daba su apoyo a la teoría en su magnum opus *Historia del análisis económico*, donde sentenciaba que “es mucho más realista decir que los bancos ‘crean crédito’, esto es, que crean depósitos en el acto del préstamo, que el señalar que los mismos prestan depósitos que antes les han sido confiados”⁵⁴. En doctrina más contemporánea, WERNER se ha encargado de revitalizar a esta doctrina, apuntando a que “contrariamente a la descripción estándar del proceso de creación del crédito en la mayoría de los textos de estudio, cada banco de forma individual crea crédito y dinero en el momento que extiende un préstamo”⁵⁵.

⁵⁰ WERNER, Richard. *New Paradigm in Macroeconomics*. (New York, Palgrave Macmillan, 2005), p. 177.

⁵¹ Idem.

⁵² MACLEOD, Henry Dunning. *The theory of Credit*, II. (Londres, Longmans, Green & Co, 1894), I, p. 594, traducción libre.

⁵³ HAHN, Albert. *Economic Theory of Bank Credit*. (1920, reimp. Oxford, Oxford University Press, 2015), p. 27, traducción libre.

⁵⁴ SCHUMPETER, Joseph. *History of economic analysis*. (1954, reimp. New York, Routhledge, 2006), p. 1080, traducción libre.

⁵⁵ WERNER, Richard. *New Paradigm in Macroeconomics*, cit. (n. 50), p. 177, traducción libre.

Fue este último autor quien en el año 2014 provocó un giro en la discusión doctrinal sobre cuál teoría —y consecuentemente, qué modelo— del giro bancario se ajusta de forma más satisfactoria a la práctica bancaria. Así, en una obra sin precedentes⁵⁶: ¿Pueden los bancos individualmente crear dinero de la nada? Las teorías y la evidencia empírica, WERNER realizó un ejercicio práctico que consistió en celebrar un acuerdo con una entidad bancaria real, la cual le certificó cada operación interna que el banco realizaba en el momento de otorgarle un préstamo de dinero. Los resultados fueron evidentes: “los fondos fueron puestos a disposición de la cuenta del prestatario de forma inmediata, sin actividad alguna de chequeo o de instrucciones para transferir fondos”⁵⁷. Así, los datos que arrojó el estudio “no pueden ser reconciliados con la hipótesis de la teoría de reservas fraccionarias, ni con la de la teoría de la intermediación financiera”⁵⁸, es decir, se mostraron “consistentes sólo con la teoría de creación del crédito”⁵⁹.

Si bien la evidencia empírica que respalda a la teoría de la creación del crédito es clara, desplazando, por fuerza, la aceptación de sus doctrinas rivales, el trabajo de WERNER no ha tenido la difusión ni se le ha dado la relevancia que un resultado académico de estas características debería ostentar. Quizás el apoyo más relevante en este sentido sea el que en su mismo año de publicación se entregó un texto académico del BANCO DE INGLATERRA, en el cual se señaló que “en vez de que los bancos presten depósitos que se colocan en ellos, el acto de prestar crea depósitos; al contrario de la secuencia que se suele describir en los manuales”⁶⁰ —más allá de que no se trate de la primera declaración ligada a un Banco Central que apoye la idea de la teoría de creación del crédito⁶¹.

d) Corolario sobre la creación del dinero

De lo estudiado previamente, la respuesta a la interrogante de cómo los bancos crean dinero resulta evidente: se encuentra empíricamente comprobado que la banca comercial crea dinero bancario en el acto de un préstamo, sin necesidad de depósitos previos.

Dicha realidad bien nos puede llevar, por lo pronto, a dos conclusiones. En primer término, se puede razonar que la gran mayoría del dinero presente en las economías en forma de depósitos bancarios ha sido creado por la banca comercial, independientemente del propietario del depósito en particular.

Evitamos referirnos en este punto en términos absolutos, pues, si bien es una práctica que va en retirada, bien puede suceder que se dé la existencia de un depósito a partir de la

⁵⁶ Se señala esto pues no existe otro trabajo similar que, de forma empírica, verifique la manera en que la banca crea dinero.

⁵⁷ WERNER, Richard. *Can banks individually create money out of nothing?*, cit. (n. 4), p. 14.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Ibid*, p. 16.

⁶⁰ MCLEAY, Michael.; RADIA, Amar; THOMAS, Ryland. *La creación de dinero en la economía moderna*, cit. (n. 5), p. 357.

⁶¹ En este sentido, Ben Bernanke, gobernador de la Reserva Federal de Estados Unidos en el periodo 2006-2014, quien en una entrevista a la BBC en el año 2009, ante la interrogante de cómo se obtenían los fondos con los que dicho Banco Central otorgaba préstamos para resguardar la estabilidad del sistema financiero luego de la *crisis sub-prime*, señaló que “los bancos tienen cuentas con la Reserva Federal, como usted puede tener una cuenta con un banco comercial. De tal forma, para conceder un préstamo a un banco, sencillamente utilizamos el ordenador para ampliar el volumen de la cuenta que tiene con la Reserva”. En PETTIFOR, Ann. *La creación de dinero*. (Barcelona, Lince ediciones, 2017), p. 42.

entrega de dinero fiduciario o circulante en una sucursal bancaria —es decir, la mecánica propia de un depósito—, donde automáticamente se genere dinero bancario en la cuenta del “depositario”⁶². Lo importante a notar es que la gran parte de los depósitos bancarios —es decir, de dinero bancario— son creados por los bancos comerciales mediante préstamos.

Así, supongamos que una empresa se constituye comercialmente y realiza sus pagos con capital propio —esto es, sin la necesidad de financiamiento externo o créditos. En el evento de que dicha entidad efectúe pagos a sus trabajadores por medio de transferencias bancarias, más allá de que esta empresa no haya tenido la necesidad de recurrir a préstamo alguno, el dinero (giral) empleado habrá sido creado, en algún sector de la economía y en determinado momento, por un préstamo de un banco comercial a un particular.

En conexión a lo anterior, es posible trazar el “camino” que el dinero fiduciario recorre en las economías. Esta clase de dinero, como comentamos, es emitido por la Banca Central, sin embargo al aplicar la lógica de la teoría de creación del crédito a este respecto encontramos que, en términos agregados, el papel moneda llega a manos del público a través de la banca comercial —y la situación no ocurre en el sentido contrario, como comúnmente se piensa.

De tal forma, la emisión de un nuevo billete⁶³ irá a parar a arcas de un banco comercial —ya como conversión de dinero que dicho ente tenía en su cuenta en el Banco Central en forma de reservas; ya como parte de un préstamo que se haya celebrado con el ente central. Luego, dicho billete, aun propiedad del banco, podrá ser girado por el cuenta-correntista, en una suerte de conversión de su dinero en forma de depósitos —dinero giral— a fiduciario.

Como se señaló, existe la hipótesis de que un particular y portador de fiduciario acuda a una sucursal bancaria y “deposite” este dinero en su cuenta —es decir, el supuesto en principio más lógico, y que se describe como el fáctico por las teorías de la intermediación y de las reservas fraccionarias. En términos agregados, la realidad es que dicha forma de operar es minoritaria, de manera que se debe entender que la regla general es que el dinero fiduciario llegue a la economía por medio de la banca comercial, y no en sentido opuesto.

Recapitulando, en este punto hemos dado cuenta de una serie de realidades: existen diversas clases de dinero, claramente diferenciables entre sí; la emisión de dinero bancario, la clase de dinero con más presencia en la economía, se da por la banca comercial en el acto de un préstamo; dicha emisión no tiene lugar a partir de depósitos previos; y la mecánica bancaria opera en sentido opuesto al comúnmente descrito —esto es, el dinero fiduciario egresa desde la banca comercial hacia la economía, y no en viceversa.

Como se mencionó, las afirmaciones antes descritas se concluyen a partir de la evidencia empírica y el análisis económico, y no se pueden desconocer si se quiere estudiar debidamente la naturaleza jurídica del dinero, tarea a la cual nos dedicaremos en lo que resta del presente capítulo.

⁶² En tal evento, el circulante entregado por el cuenta correntista pasaría a formar propiedad del banco involucrado.

⁶³ En nuestro país, ello se da por orden del Banco Central, y se practica en la *Casa de la Moneda de Chile*.

3. *El dinero en la economía contemporánea: una perspectiva jurídica*

Culminamos la primera parte de este trabajo dirigiendo nuestro esfuerzo a analizar, desde el campo de las ciencias jurídicas, en qué consiste la naturaleza jurídica del dinero en su forma moderna.

a) *Cuestiones previas*

Como cuestión inicial en este punto, no se puede dejar de señalar que la doctrina ha errado al mostrar poco interés en el estudio del dinero desde una mirada de las ciencias jurídicas. La moneda de cada sociedad —como tuvimos oportunidad de comentar— es el presupuesto inicial para su crecimiento y desarrollo económico, pues permite el nacimiento de una economía de capital intensivo⁶⁴. Al mismo tiempo, se trata de un bien que se encuentra presente en la mayor parte de las decisiones económicas de los individuos; y naturalmente así también lo es para la mayoría de los actos jurídicos y/o contratos que nacen a la vida del derecho —v.gr. piénsese en una compraventa, en un mutuo o en un arrendamiento sin la existencia del dinero. Por ello, sorprende constatar los escasos estudios existentes respecto a este tema —dilucidar la naturaleza jurídica del dinero—, que se presume, supuestamente, conocido por todos, pero que bien merece ser investigado.

La escasa doctrina en el tema que nos convoca es una realidad que escapa a las fronteras nacionales: RAHMATIAN, autor anglosajón, inicia su obra *Credit and creed: a critical legal theory of money* apuntando a que “...desde principios del siglo XX en adelante, los manuales y la investigación académica en derecho comercial son extrañamente silenciosos en relación al dinero”⁶⁵. De tal forma, “(s)e presume que el dinero es una forma de propiedad —y de hecho lo es— pero no hay discusión acerca de las propiedades peculiares de dicha propiedad...”⁶⁶. Teniendo en cuenta lo anterior, se previene al lector en la forma que sigue.

Según algunas voces en doctrina, tal como BOADA, en el mundo de la abogacía reina una concepción estatista del dinero, esto es, aquella perspectiva por la cual “solamente puede considerarse dinero aquello que ha obtenido un reconocimiento estatal, y por lo tanto constituye moneda de curso legal”⁶⁷. Dicha realidad, esto es, que se dé por sentado que el dinero sólo existe “corporalmente” —lo que se puede desprender de la concepción general que tiene la sociedad misma sobre el dinero—, si bien es una creencia extendida en la mayoría de los individuos que estiman que el dinero sólo consiste en billetes y monedas, es posible advertir que ello se ha visto extendido al pensamiento de algunos abogados. A modo ejemplar, una evidencia de lo comentado es la forma en que los tribunales de justicia han tratado al dinero, donde en ocasiones incluso se ha llegado a equiparar al dinero con una cosa corporal⁶⁸.

⁶⁴ MCMILLAN, Jonathan, cit. (n. 1), p. 19.

⁶⁵ RAHMATIAN, Andreas, cit. (n. 24), p. 1, traducción libre.

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ BOADA MORALES, Sebastián. *La naturaleza jurídica de la cuenta bancaria*, en *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*. Semestre I (2019), p. 178. [DOI: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5792>].

⁶⁸ Así, en la causa rol n° 44068/2016 de la Ex. Corte Suprema de Justicia, donde en sentencia de fecha 17 de agosto de 2016 se estipuló por el tribunal, en el considerando cuarto, que “(...) no se advierte, en el caso de autos, se haya confiado al demandado una **cosa corporal o dinero** con el encargo de guardarla o restituirla en especie”. Como el contexto del considerando se refería al contrato de depósito necesario, y dicha figura necesariamente debe tener

Una de las finalidades de este trabajo no es más que evidenciar que el dinero en su forma inmaterial —que, recordemos, corresponde a su especie de mayor cuantía en las sociedades, de la forma ya estudiada— no tiene correlato con lo que el legislador estipula como cosa corporal. Si bien, como se comentará, existen indicios de que el dinero bancario pueda tratarse propiamente de una cosa incorporal —esto es, un derecho—, no se defenderá tajantemente dicha idea, por la razón de que para llegar a la defensa de la misma se requeriría un estudio y profundidad que un trabajo de pregrado —como el que nos convoca— sencillamente no puede otorgar.

En definitiva, sólo nos bastará en esta memoria con dar cuenta académicamente de que el dinero —al menos en su forma mayoritaria— no puede ser catalogado como cosa corporal; el encasillar propiamente al dinero bancario dentro del catálogo de las cosas que el legislador estipula, deberá ser tarea de un esfuerzo intelectual mayor que sólo puede otorgar un trabajo posterior y la doctrina especializada al efecto —si bien en esta obra se intentará apuntar en la dirección correcta que dichos estudios deberían tomar.

b) *Sobre la regulación de las cosas en el ordenamiento jurídico chileno*

El punto de partida para aproximarnos a la naturaleza jurídica del dinero, dice relación con entender de qué forma el legislador ha regulado a las cosas. Al efecto, debemos acudir al Código Civil, cuyo artículo 565 señala que:

“Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas”.

Si bien caben una serie de comentarios sobre el origen⁶⁹, redacción⁷⁰ y aplicación⁷¹ de este artículo, importará notar para efectos de este trabajo lo que sigue. De la lectura del precepto,

por objeto una cosa corporal, se debe concluir unívocamente que la Ex. Corte Suprema de Justicia hacía alusión al dinero como una cosa corporal.

⁶⁹ La actual regulación de las cosas en el ordenamiento jurídico chileno tiene su origen en el jurista romano Gayo, cuya obra fue recogida por Justiniano en el Corpus Iuris Civilis, luego por el Derecho Común, y posteriormente por los Códigos Americanos —no así en la codificación europea. Sobre las raíces romanas y filosóficas de esta partición de las cosas: GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. (1995, reimp. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2019).

⁷⁰ En efecto, una crítica común en la doctrina civilista respecto al artículo en comento es que el legislador ha empleado como sinónimos bienes y cosas, en circunstancias de que se entiende que realmente entre ambos términos existe una relación de género a especie: mientras que las cosas son “todo aquello que existe a excepción del hombre”, “el concepto de bien se centra en las cosas que prestan una utilidad económica al hombre”. BARCIA LEHMANN, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil Chileno*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), IV, p. 11.

⁷¹ Así, la regulación de las cosas en nuestro ordenamiento podría calificarse como anticuada. Es posible llegar a dicho juicio al intentar encasillar en el catálogo de las cosas a las criptomonedas: sabemos que son cosas que existen, no obstante, no pueden ser percibidas por los sentidos, ni tampoco son en sí mismas un derecho o una producción del talento o el ingenio. Por ello, la doctrina no ha demorado en sentenciar que “las Criptomonedas no resisten un análisis formalista al amparo de la normativa del Código Civil toda vez que no cumplen con los requisitos para considerarlas bienes corporales muebles o bienes incorporales, esto es, derechos reales que se tienen sobre las cosas

la categoría de las cosas corporales —en esta dimensión, jurídica— coincide con el entendimiento filosófico de dicha clase de cosas, esto es, el que lo corporal es sólo lo tangible⁷²; más respecto al concepto de las incorporales, no se puede efectuar similar correlato. En palabras de GUZMÁN BRITO, lo dispuesto por el código “excluye de inmediato toda posibilidad de considerar como cosa incorporal a algún ente que, sin ser en sí mismo un derecho, se adapte sin embargo al concepto filosófico o, en general, extrajurídico de cosa incorporal”⁷³. Así, el legislador ha reducido las cosas incorporales de manera exclusiva al género de los derechos, de forma que para considerar a una cosa como incorporal esta deberá necesariamente tener su fundamento de existencia en el derecho.

Por lo pronto, lo antes dicho provocará consecuencias a la hora de la metodología aplicable para determinar la naturaleza jurídica de una cosa. No cabe duda que en el caso de que esta sea tangible bien será encasillada en el género de las cosas corporales; no obstante, no es posible emitir igual juicio respecto a los entes que muestran una intangibilidad. De tal forma, en el análisis que seguirá, se deberá determinar en primer término si la cosa en cuestión está dotada de un ser real y, por tanto, puede acaso ser percibida por los sentidos de un individuo; en caso de que dicha respuesta sea negativa, se deberá diagnosticar si dicha cosa se puede encasillar dentro de las cosas incorporales, o bien encontrarse dentro del marco de las otras cosas que regula el código —concretamente, las producciones del talento o el ingenio, en su artículo 584.

Así, un análisis sobre la naturaleza jurídica del dinero debería abordar la interrogante de si tanto el dinero bancario como el fiduciario son una cosa corporal; y en el caso eventual de que la respuesta a lo anterior fuese negativa, se debería fijar si acaso corresponden a cosas incorporales o producciones del talento y el ingenio. Como se señaló *supra*, en esta sede bastará con determinar correctamente lo primero; lo segundo requiere de un análisis y estudio posterior y avanzado.

c) *El dinero bancario como bien inmaterial.*

Ya se tuvo oportunidad de analizar al dinero giral, interno o bancario: cómo se genera o emite, su presencia en la economía y en qué consiste para los economistas.

Como punto inicial debemos distinguir a esta clase de dinero del fiduciario, con lo cual se logra determinar que los depósitos —dinero bancario— no tienen correlato con billetes y/o monedas. Lo anterior encuentra respaldo tanto en la cantidad existente de estas dos especies de dinero en la economía —donde el fiduciario es considerablemente menor al dinero bancario, por lo que contablemente no existe una cantidad de billetes que pueda igualar a la cuantía de los

o derechos personales que se tienen contra terceros. Las Criptomonedas, podríamos decir, simplemente ocurren y producen consecuencias”. EDWARDS RENARD, Javier. *Los criptoactivos, una perspectiva jurídica*. (Santiago, EDN Abogados, 2020). [Visible en internet: <https://ednabogados.cl/2020/09/30/los-criptoactivos-una-perspectiva-juridica/#:~:text=El%20problema%20de%20la%20naturaleza,tanto%2C%20objeto%20de%20comercio%20hu mano.>].

⁷² Al respecto, GUZMÁN BRITO nos informa de que en las escuelas filosóficas clásicas no existía un consenso sobre qué es lo incorporal, mas “parece haber habido coincidencia en torno a definir la separación con base a la tangibilidad de los corporales y la intangibilidad de los incorporales...”. GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, cit. (n. 69), p. 22.

⁷³ *Ibid*, p. 57.

depósitos—, como también por la forma en que es creado el dinero interno —esto es, sin necesidad de fondos previos; por lo que bien puede existir, en teoría, dinero bancario sin existir de por medio dinero fiduciario.

Luego, debemos fijar nuestro análisis en la consistencia de los depósitos bancarios o dinero giral. BOADA señala al respecto que el dinero bancario “constituye una serie de créditos y débitos ingresados electrónicamente en el sistema global de pagos, el cual es administrado por los bancos comerciales”⁷⁴. Así, cabe preguntarse, ¿esta clase de dinero tiene un ser real y puede ser percibida por los sentidos?. La lógica demanda a que la respuesta debe ser, en cualquier caso, negativa: el dinero bancario en sí mismo, esto es, entradas contables de créditos y débitos en una institución bancaria, no pueden ser captadas por alguno de nuestros sentidos, y por ende, debe negarse su pertenencia al género de lo corporal.

Ahora bien, existen manifestaciones “corporales” por las cuales se logra percibir por los sentidos al dinero giral: el papel en una hoja de balance bancario, la pantalla de un computador que refleje la página web de una institución bancaria, o incluso la corporalidad de ciertos instrumentos como el Vale Vista, antes comentado, bien nos harán percibir por la mirada que esta clase de dinero existe. Mas el dinero interno en sí mismo, esto es, la esencia de este bien, sólo puede ser percibida por el intelecto, toda vez que se trata de un registro —electrónico o en papel— de saldos y deudas.

A partir de lo expuesto, se puede evidenciar desde ya que no es posible señalar que la naturaleza jurídica del dinero bancario, la que cuenta con la mayor presencia en la economía, sea una cosa corporal.

Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando lo siguiente supera el alcance de este trabajo y a modo de no dejar instalada la interrogante sobre la naturaleza jurídica del dinero bancario, sólo cabe mencionar la opinión de ciertos autores al respecto, quienes entienden que el dinero bancario sería una especie de crédito. En efecto, parte de la doctrina se enfoca en la idea de que los depósitos bancarios son una obligación: así, RAHMATIAN expone que los depósitos sólo cobran existencia con una cuenta bancaria de por medio, en la cual existen dos partes involucradas —entidad bancaria y cliente— por la cual la primera queda obligada a la satisfacción de las órdenes de pago de la segunda, o en último término, a la restitución y entrega de los depósitos en forma de fiduciario⁷⁵. Así, “con el depósito, una deuda del banco (deudor) es creada, esto es, un derecho correlativo del cliente (acreedor) es creado. Este derecho es un crédito, que es sólo un término distinto para el mismo tipo de propiedad inmaterial”⁷⁶. Esto lleva al autor en comentario a calificar, si más, al dinero bancario como un “crédito, toda vez que se trata de una deuda para el derecho, siendo el ‘crédito’ una deuda sólo desde la perspectiva del acreedor”⁷⁷. Así, este autor llega a estar en línea, desde una perspectiva jurídica, con lo postulado por la teoría de la creación del crédito, y por ende, por economistas como MACLEOD, SCHUMPETER y WERNER, entre otros autores.

⁷⁴ BOADA MORALES, Sebastián, cit. (n. 67), p. 179.

⁷⁵ RAHMATIAN, Andreas, cit. (n. 24), pp. 23-24.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 25, traducción libre.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 51, traducción libre.

De esta forma, de seguir lo razonado por RAHMATIAN, el dinero bancario, al consistir en un crédito —es decir, en un derecho—, debería calificarse propiamente como una cosa incorporal. Ello no entraría en conflicto con la forma en que se crea esta clase de dinero⁷⁸, ni con los orígenes mismos de los mecanismos para realizar intercambios⁷⁹, y por tanto, existen indicios ciertos de que dicha teoría pueda ser cierta, por lo cual la compartimos. Sin embargo, como se ha señalado de forma reiterada, sólo un esfuerzo intelectual posterior y con mayores herramientas nos permitirá, en sede nacional, calificar con certeza la veracidad de postulados como el del autor antes mencionado. Por ahora solo cabe conformarnos con la siguiente premisa: el dinero bancario debe considerarse como un bien inmaterial.

d) *Dinero fiduciario: ¿Cosa corporal?*

Ya hicimos referencia a la naturaleza del dinero con mayor presencia en la economía. Ahora, cabe realizar ciertos comentarios sobre la naturaleza jurídica del dinero fiduciario, que si bien encuentra una cuantía reducida en las economías modernas, bien vale en esta instancia revisar su esencia desde el punto de vista del derecho. Y es que, en este respecto, cabe formular una serie de precisiones que han nacido en la doctrina.

En principio, una simple constatación de un billete o una moneda, haría dar cuenta de su ser real, y por ende, nacería una percepción por medio de los sentidos de su existencia, llevando a calificar al fiduciario como cosa corporal, sin más. Si bien la sencilla conclusión a la que hemos llegado parece ser lógica y obvia, no se trata de una solución pacífica en doctrina.

En un modelo moderno, la facultad de emisión del dinero en efectivo se encuentra bajo el alero de un Banco Central, lo cual ha llevado a calificar a dicha emisión como un pasivo por los economistas, y como una obligación por juristas, todo desde el punto de vista del ente central. Ello, sumado a la analogía que se puede ver entre la relación que lleva un Banco Central y un banco comercial, por un lado, y la que pactan estos últimos con sus clientes, por el otro, lleva a aquella parte de la doctrina que sustenta la idea de que el dinero bancario es crédito, a efectuar igual juicio respecto al papel moneda. En tal sentido, una vez más, RAHMATIAN aprecia en este punto que el “dinero bancario y el efectivo son deuda o crédito (dependiendo de la perspectiva). Cuando alguien entrega un billete, está negociando la deuda del gobierno con el Banco de Inglaterra plasmada en el billete como instrumento negociable y da derecho al cesionario y nuevo portador de esta deuda como nuevo acreedor”⁸⁰. De manera que, en palabras de BOADA MORALES, “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 a favor de cualquier persona que tenga billetes o monedas en su poder”⁸¹.

Así, lo fundamental para esta teoría es notar que la esencia del dinero fiduciario es la misma que la expuesta para el dinero bancario, esto es, un crédito. Las cosas corporales —el

⁷⁸ Esto es, la forma de creación del dinero acorde a la teoría de creación del crédito y su constatación empírica, como se tuvo oportunidad de comentar.

⁷⁹ Como se señaló en el inicio de este capítulo, se ha evidenciado por estudios antropológicos de que las primeras sociedades utilizaban su crédito personal como forma de pago en la economía. GRAEBER, DAVID, cit. (n. 6). Así, tanto en el génesis como en la actualidad, se podría sostener que el crédito se impone en los mecanismos para realizar intercambios.

⁸⁰ RAHMATIAN, Andreas, cit. (. 24), p. 26.

⁸¹ BOADA MORALES, Sebastián, cit. (n. 67), p. 180.

papel moneda, el metal— que se encuentran ligadas a este crédito sólo serían la manifestación física de lo que en realidad es, desde el punto de vista del Banco Central, una deuda. De tal forma, de seguir esta doctrina se estaría encasillando al papel moneda dentro del fenómeno que los civilistas han denominado como la *corporificación de los derechos*, esto es, “que ciertos derechos, es decir cosas incorporales, aparezcan representados por una cosa corporal...”⁸²; “con todo, estos derechos corporificados siguen siendo cosas incorporales”⁸³.

Si bien la doctrina antes expuesta goza de una notable argumentación, como también del respaldo económico de la teoría del crédito, no deja de instalar ciertas dudas. En primer término, las obligaciones nacen para extinguirse, y en este caso estaríamos ante un tipo de deuda —el dinero fiduciario— que, en principio, sólo cambia de manos y no se extingue. Además, en materia de obligaciones la regla general es que el sujeto pasivo sea claramente identificable, y en este caso resulta complejo señalar que el Banco Central —y en último término, el Fisco— adopte dicha calidad. De tal forma que sólo un trabajo posterior que estudie la posibilidad de encasillar al dinero —tanto a esta clase, el fiduciario, como al bancario— dentro del catálogo de las cosas incorporales nos permitirá calificar si, en realidad, esta doctrina se encuentra en lo correcto.

4. *Comentarios finales del capítulo*

A lo largo de nuestro primer capítulo hemos tenido la posibilidad de dar cuenta, desde lo más básico, una serie de realidades relacionadas al dinero y que tienen incidencia en la forma en que interpretamos ciertas instituciones jurídicas. Así, dimos inicio con determinar qué es el dinero, desde un punto de vista económico, para luego categorizar en sus distintas clases a dicho género; dimos cuenta de la cuantía de cada una de dichas especies en la economía, con lo cual supimos apreciar la importancia que toma el dinero bancario en los mercados modernos; luego, nos aproximamos a las teorías que han pretendido dar respuesta a cómo se crea el dinero por los bancos, donde supimos identificar que la teoría de creación del crédito aparece como la más adecuada para dicho cometido.

Ello nos permitió, sin más, desligar completamente al dinero bancario del fiduciario, para posteriormente entrar a analizar, en forma separada, la naturaleza jurídica de cada una de dichas especies de moneda. Se hizo prever al lector de que el real encasillamiento de ambas formas de dinero en la regulación de las cosas por el Código Civil requiere un estudio posterior, pero desde ya se dejó en evidencia la conclusión principal de este primer capítulo: el dinero, en su principal forma moderna —esto es, el dinero bancario—, no puede ser catalogado como cosa corporal.

Este último punto es el crucial, y es el cual servirá de punto de partida para analizar a la naturaleza jurídica del depósito bancario. En efecto, una serie de respuestas se han generado como intento de calificación de la relación entre una entidad bancaria y su cliente, no obstante, sólo un número reducido en la doctrina ha tenido en cuenta la inmaterialidad del dinero para construir su análisis, cuestión que tendrá oportunidad de revisarse en profundidad en el siguiente capítulo de esta memoria.

⁸² GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, cit. (n. 69), p. 86.

⁸³ *Ibid.*, p. 87.

III. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DEPÓSITO BANCARIO

1. *Introducción*

Calificar la relación que existe entre una entidad bancaria y sus clientes no es tarea fácil. En palabras de ALFARO BORGES, “incluso entre reconocidos juristas se han presentado dudas en cuanto a la naturaleza jurídica del depósito bancario de dinero a la vista”⁸⁴, y, en atención a que el funcionamiento de la banca es una realidad intangible y compleja, es natural que así lo sea.

Como tuvimos oportunidad de evidenciar a lo largo de nuestro primer capítulo, lo que encuentra presencia en estas relaciones contractuales es dinero inmaterial, es decir, un ente abstracto que sólo puede ser percibido por el intelecto. Es por tal motivo que, como comentamos, cobran existencia doctrinas contrapuestas tanto en cuanto a su creación como respecto a su naturaleza jurídica⁸⁵. De tal forma, con el análisis que en el presente capítulo se efectuará, más que pretender dar con una respuesta definitiva sobre la cuestión —y aun cuando se emita cierta opinión sobre el asunto—, se intentará aportar a la discusión doctrinal, toda vez que se examinarán las diversas teorías al respecto sobre la base de los aspectos económicos que giran en torno al dinero, ya estudiados.

a) *Problemáticas a las que nos enfrentamos*

Conviene, desde luego, despejar ciertas problemáticas que se presentan a la hora de efectuar este estudio, y que dice relación con la identificación del objeto de nuestro análisis.

En primer lugar, es menester determinar con claridad cuál es la relación jurídica que se estudiará en este capítulo. Y la verdad es que la cuestión no deja de ser compleja, como la actividad bancaria misma: en la práctica, la banca comercial ofrece una gran cantidad de servicios distintos a la apertura y mantención de cuentas bancarias: servicios de contabilidad y caja, cambio de divisas, servicios de caja de seguridad⁸⁶, por nombrar ciertos ejemplos, que vienen a ser prestaciones que escapan del giro principal de los bancos y por ende, de nuestro estudio. Lo que se pretende analizar en este trabajo es la categoría contractual que asume la relación jurídica entre un banco comercial y sus clientes, a partir de la cual el último mantiene dinero en una cuenta de la cual es titular y que el primero le ha aperturado, y por la cual puede disponer, en cualquier

⁸⁴ ALFARO BORGES, Jennifer. *La naturaleza jurídica del depósito bancario de cuenta corriente y el derecho a la información del depositante como consumidor*, en *Revista de derecho de la universidad de Montevideo*. 5 (2004), p. 161. [Visible en internet: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Alfaro-Borges-La-naturaleza-juridica-del-deposito-bancario-en-cuenta-corriente-y-el-derecho-a-la-informacion-del-depositante-como-consumidor.pdf>].

⁸⁵ En cuanto a su creación: la teoría de la intermediación —que en realidad supone la inexistencia de esta clase de dinero—, la teoría de las reservas fraccionarias y la teoría de creación del crédito. En cuanto a su naturaleza jurídica: la teoría estatista —según la cual, en realidad, sólo existiría dinero fiduciario— y la teoría del crédito —denominamos con este término a la propuesta de RAHMATIAN, que como vimos identifica al dinero bancario con un crédito.

⁸⁶ Las tres operaciones antes señaladas son mencionadas en: HUERTA DE SOTO BALLESTER, Jesús. *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*. (Madrid, Unión Editorial, 2019), p. 136. Este fenómeno de la diversidad de servicios bancarios ha sido calificado por la doctrina como la “*pluribanca*”; lo cual encuentra reflejo en el Art. 69 de la Ley General de Bancos, norma que dispone 27 operaciones bancarias que son permitidas por el legislador.

momento⁸⁷, de su saldo. En adelante, siguiendo la terminología empleada por BOADA, se denominará a este vínculo como la *relación bancaria*⁸⁸.

Lo anterior podrá despertar dudas en el lector: ¿cómo es posible que un capítulo que se titula “Sobre la naturaleza jurídica del depósito bancario” no haga uso de dicho término?. La verdad es que la elección de tales palabras no es baladí, pues la doctrina al tratar esta materia emplea dicha expresión⁸⁹. Utilizar la voz “depósito” tanto en el título de este capítulo como en el de esta memoria se da por una cuestión práctica: permitir a la doctrina en general comprender con un término familiar el objeto de este trabajo, más allá de que, según lo ya expuesto, su utilización para este propósito sea técnicamente erróneo.

En fin, de esta forma se descarta que en esta sede se pretenda analizar otras categorías contractuales con estrecha vinculación a la relación bancaria. Tal es el caso del contrato de cuenta corriente, que se trata de una figura contractual más amplia que la estudiada en esta sede⁹⁰; como también del depósito a plazo, el cual, dependiendo de las modalidades pactadas, bien podría asemejarse a la figura del mutuo⁹¹. A lo anterior se pueden sumar una serie de depósitos, diversos a la relación que será objeto de nuestro análisis, como lo son el depósito de valores en caja-fuerte, o el depósito de títulos⁹².

⁸⁷ Esto es, sin estar la obligación sujeta a plazo o condición, lo que significa que el dinero se encontrará “a la vista” para el cliente bancario. Esta expresión, en palabras de HUERTA DE SOTO dice relación con la “continua disponibilidad a favor del depositante” del saldo en la cuenta bancaria. *Ibid.*, p. 22.

⁸⁸ Este es el lenguaje que emplea el referido autor, en: BOADA MORALES, Sebastián, cit. (n. 67), p. 189 y ss.. Se evita emplear otras nociones que ha propuesto la doctrina —v. gr. PONCES CAMANHO utiliza el término “depósito de especies monetarias”—, para no confundir el objeto de nuestro estudio en este capítulo —que no deja de ser el dinero disponible en una cuenta bancaria— con un grupo de teorías que se ha propuesto para fijar su naturaleza jurídica —como se verá, las del depósito irregular.; cuestión que igualmente ocurre al referirnos al saldo de cuentas bancarias, como se comentará más adelante.

⁸⁹ La mera constatación de los títulos de ciertas obras utilizadas en este trabajo nos confirma la idea expuesta: “Do contrato de depósito Bancario”, de PONCES CAMANHO; “La naturaleza jurídica del depósito bancario en cuenta corriente y el derecho a la información del depositante como consumidor”, de ALFARO BORGES; “Depósitos Bancarios y Crisis Financieras” de PÉREZ-BUSTAMANTE.

⁹⁰ En relación a este punto, ALFARO BORGES, citando a VILLEGAS, señala que el contrato de cuenta corriente es claramente diferenciable del ‘contrato de depósito’, toda vez que la cuenta corriente vendría a ser el presupuesto de partida que habilita a una entidad bancaria para realizar las diversas operaciones que lleva respecto a su cliente —y que, como se podrá notar, son más que la mera guarda de las sumas disponibles en la cuenta bancaria. ALFARO BORGES, Jennifer, cit. (n. 84), p. 142.

⁹¹ Tal es la opinión de HUERTA DE SOTO, quien apunta a que las características de esta figura, “tanto económicas como jurídicas, son las de un verdadero préstamo, y no las de un depósito. Es importante resaltar que este uso terminológico induce al error y enmascara la existencia de lo que no es sino un verdadero contrato de préstamo, en el que se transfieren bienes presentes a cambio de bienes futuros, se pierde la disponibilidad del dinero durante un plazo determinado y se tiene derecho a cobrar los correspondientes intereses”. HUERTA DE SOTO BALLESTER, Jesús, cit. (n. 86), p. 22.

⁹² Analizar la esencia de estas especies de depósitos bancarios excede el propósito de este trabajo. Para nociones sobre estas clases de depósitos bancarios: PONCES CAMANHO, Paula, cit. (n. 35), p. 73-92.

En segundo término, una cuestión terminológica. Tanto en lenguaje técnico⁹³ como en el corriente⁹⁴, se denomina a los saldos en cuenta bancaria como “depósitos”, y, como se mencionaba *supra*, estos últimos —que son en esencia dinero bancario— vienen a ser la cosa sobre la cual giran estas relaciones contractuales. Probablemente por el entendimiento histórico de la figura que pretendemos estudiar —es decir, que ésta se trata de un verdadero depósito— es que se ha confundido en el lenguaje a este tipo contractual con la cosa misma “entregada en depósito”. Toda vez que se pretende estudiar la naturaleza jurídica de las relaciones bancarias, y en atención a que justamente un grupo de respuestas doctrinales en la materia son las teorías del depósito irregular, nos vemos imposibilitados de emplear esta expresión para hacer alusión al dinero bancario —de otra forma, estaríamos aceptando desde un inicio la validez de dicho grupo de teorías.

Cierto es que, de entender a la relación bancaria como una especie de depósito, y en aplicación de la parte final del artículo 2211 del Código Civil⁹⁵, técnicamente a las sumas disponibles en una cuenta bancaria deberíamos llamarles “depósitos”.

Por lo expresado anteriormente, en lo que sigue de este trabajo se empleará el término “saldos” para hacer referencia a los montos disponibles en una cuenta bancaria, con tal de eludir la confusión cosa-contrato antes aludida.

2. Teorías sobre la naturaleza jurídica de la relación bancaria

a) Una introducción a las teorías

La doctrina en general reconoce la existencia de tres grupos de teorías que intentan fijar la naturaleza jurídica de una relación bancaria⁹⁶: la teoría del mutuo, la teoría del depósito irregular, y las teorías del contrato *sui generis*.

Un aspecto que merece comentarios sobre el particular, es el hecho de que la doctrina mayoritaria adoptada depende de la tradición jurídica del ordenamiento que se trate. Así, mientras que en los sistemas continentales prima la teoría del depósito irregular⁹⁷, en el caso del *Common Law*, dado el sistema del *binding case* —y en concreto, el caso *Folley vs Hill* (1848)— es mayoritaria la teoría del mutuo⁹⁸. Lo anterior pone en evidencia el agudo disenso doctrinal sobre el tema que enseguida procederemos a abordar: el entendimiento sobre una relación jurídica que, en los hechos, funciona exactamente igual en

⁹³ Al respecto, resulta ilustrador la manera en que el BANCO CENTRAL DE CHILE denomina a esta clase de dinero en sus agregados monetarios: “depósitos en cuenta corriente” y “depósitos y ahorro a la vista”. Visto en la página web del Banco Central de Chile [Visible en internet: <https://www.bcentral.cl/web/banco-central/areas/estadisticas/agregados-monetarios>].

⁹⁴ Esto vendría a ser un hecho notorio y público: los individuos en la sociedad suelen denominar a su saldo en cuenta bancaria como sus “depósitos”.

⁹⁵ En su inciso final, la disposición mencionada estipula que “La cosa depositada se llama también depósito”.

⁹⁶ Así se contempla en la obra de: PÉREZ BUSTAMANTE, David. *Depósitos bancarios y crisis financieras*, (Madrid, Dykinson, 2009), p. 131.

⁹⁷ Así se desprende de los siguientes autores: Ibid. p. 138; PONCES CAMANHO, Paula, cit. (n. 35), p. 149. Este apoyo mayoritario en doctrina tiene fiel reflejo en sede jurisprudencial, como veremos.

⁹⁸ Así consta de las siguientes fuentes: HUERTA DE SOTO BALLESTER, Jesús, cit. (n. 86), pp. 102-104; y BOADA MORALES, Sebastián, cit. (n. 67), p. 187.

la gran parte —sino todas— las economías del planeta, varía dependiendo del sistema jurídico que se trate.

La relación se da de forma idéntica a nivel mundial pues prácticamente todas las economías han adoptado un sistema de reservas fraccionarias con banca central. De tal forma, la interacción entre la banca comercial y sus clientes es la misma; y distinto sería si en algún territorio nos encontrásemos, por ejemplo, con un sistema de coeficiente de caja de cien por cien⁹⁹.

En fin, se vuelve a recalcar que es menester tener presente la falta de armonía en la doctrina al tratar este tema, lo cual no es sorpresa, por la complejidad inherente al comprender esta relación abstracta. En seguida, procederemos a analizar a cada una de estas teorías: lo estudiado en el capítulo primero de este trabajo nos dará luces sobre cuál de ellas es admisible para efectos de calificar jurídicamente a la relación bancaria.

b) *La teoría del mutuo*

Una primera respuesta doctrinal sobre la relación bancaria dice relación con aquella que la identifica con un contrato de mutuo. Esta teoría parte de la base de que el banco, en los hechos, es dueño del dinero fiduciario que —según la forma tradicional de entender al giro de los bancos¹⁰⁰— fue entregado por sus clientes. De tal forma, lo que justificaría esta situación sería que la relación bancaria se trataría de un mutuo, toda vez que el cliente bancario sería prestamista y el banco comercial prestatario, quedando este último obligado a la restitución de los fondos, pero facultándosele para emplear y disponer de las sumas entregadas —para celebrar préstamos con otros clientes, por ejemplo. Se decantan por esta teoría autores como PINTO COEHLO, PORZIO, PUELMA ACCORSI, o GEBBIA¹⁰¹.

Mientras que, como se señaló *supra*, en sistemas de *Rule of Law* esta es la teoría asentada, en doctrina continental se le ha criticado animosamente¹⁰². Al efecto, GUZMÁN señala que si realmente estuviésemos frente a un mutuo “el que lo entregó no podría pedir su devolución cuando quisiera”, lo que en el caso chileno no se da “sino al cabo de diez días al menos, en defecto de otro plazo mayor (art. 2201 CC)”¹⁰³. En nuestra opinión, este sería el argumento de mayor peso en contra de la teoría del mutuo: mientras que en el préstamo, por esencia, no existe disponibilidad para el mutuante —en este caso, el cliente bancario—, la práctica es que en la

⁹⁹ Sobre el particular, revisar el apartado del presente capítulo sobre la “doctrina del cien por cien”, donde se recoge una explicación sobre los distintos tipos de sistemas bancarios que una sociedad puede adoptar. Por ahora solo cabe comentar que el sistema bancario de coeficiente de caja de cien por cien es aquél en el que no se le permite a la banca comercial la emisión de dinero bancario que supere la cantidad de saldos en cuentas bancarias.

¹⁰⁰ Así sería siguiendo estrictamente a la teoría de la intermediación, o bien la teoría de las reservas fraccionarias.

¹⁰¹ PONCES CAMANHO, Paula, cit. (n. 35), p. 157.

¹⁰² En tal sentido, notar el trabajo de ALFARO BORGES, en virtud del cual se logra notar la diversidad de críticas que descartan la teoría del mutuo. ALFARO BORGES, Jennifer, cit. (n. 84), p. 139. Por su parte, HUERTA DE SOTO, quien, como se comentará enseguida, aborda aspectos tanto jurídicos como económicos para descartar la posibilidad de sustento de esta posición doctrinal.

¹⁰³ GUZMÁN BRITO, Alejandro. *El depósito irregular en el derecho chileno*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*. 23, (2014), p 125.

relación bancaria este último sí tiene acceso a los saldos disponibles en su cuenta¹⁰⁴. Es decir, mientras que en estas relaciones no existe estipulación de un plazo —el contrato es “a la vista”—, en el mutuo es de la esencia de dicho contrato la existencia de dicha modalidad¹⁰⁵.

Asimismo, se han postulado argumentos económicos que diferencian ambas relaciones. HUERTA DE SOTO apunta a que en el mutuo se transfieren bienes presentes por bienes futuros; el dinero se encuentra disponible enteramente para el mutuario; y existen intereses —toda vez que hay intercambio de bienes presentes por bienes futuros. De la relación bancaria¹⁰⁶ se puede señalar lo contrario: no hay cambio de bienes presentes por futuros; tanto cliente como entidad bancaria tienen bienes disponibles a su favor; y, económicamente, no es lógico que existan intereses —pues no existe intercambio de bienes presentes por futuros¹⁰⁷.

Como se logra constatar, existen buenos argumentos para descartar esta teoría; no obstante, de la teoría del mutuo es posible rescatar ciertos aspectos de relevancia en la relación bancaria. En efecto, los partidarios de esta teoría prestan su atención en que las entidades bancarias se hacen dueñas del dinero dado en depósito —lo que vendía en contradicción con, como veremos, el depósito propiamente tal— y, como señalábamos, así ocurre en la realidad bancaria —nadie puede desconocer que, en la práctica, el dinero en depósito es disponible para la banca comercial—, motivo por el cual se ha impuesto esta concepción de la relación bancaria en el derecho anglosajón, como se señaló *supra*.

De tal forma, si bien la teoría del mutuo no tiene asidero en nuestro ordenamiento por los argumentos en su contra antes expuestos, el tenerla presente nos permite acercarnos al real problema al que se enfrentan los juristas al calificar a las relaciones bancarias: ¿cómo es posible que, al mismo tiempo, cliente y banco comercial sean dueños del dinero en depósito?

c) *Las teorías del depósito irregular*

Un segundo grupo doctrinal es aquél que califica a la relación bancaria como un contrato de depósito —irregular. Como se señalaba, en general se trata de la teoría que tiene más adherentes en derecho continental; aunque, en realidad, dentro de la misma se puedan desprender tres corrientes, excluyentes entre sí: la doctrina “clásica”, la del “cien por cien”, y la del “depósito irregular-crédito”. Ellas tienen en común el hecho de calificar a la relación bancaria como un depósito irregular, más el entendimiento sobre la esencia de esta última figura difiere acorde a la doctrina que se trate.

i) *Sobre el contrato de depósito “regular” en el ordenamiento chileno*

¹⁰⁴ En este sentido se inclina ALFARO BORGES: “...la disponibilidad en cualquier momento de los fondos y a favor del depositante es una de las características fundamentales del depósito bancario a la vista”. ALFARO BORGES, Jennifer, cit. (n. 84), p. 139.

¹⁰⁵ Respecto a este último punto: HUERTA DE SOTO BALLESTER, Jesús, cit. (n. 86), p. 21.

¹⁰⁶ El autor en comentario hace la distinción en relación al depósito irregular, que luego pretende vincular con las relaciones bancarias. Tanto porque la doctrina que impulsa este autor (doctrina del cien por cien) no es la mayoritaria, como por nuestro entender de la relación bancaria —que no se vincula con esta teoría— elegimos este punto el término “relación bancaria” y no “depósito”.

¹⁰⁷ HUERTA DE SOTO BALLESTER, Jesús, cit. (n. 86), p. 23.

Pero antes de entrar en el análisis de cada una de estas doctrinas, es pertinente entender brevemente en qué consiste un depósito propiamente tal, el cual ha sido calificado por la misma con el adjetivo de “regular”¹⁰⁸, y tratándose de una materia que en doctrina no es objeto de mayor discusión.

El Código Civil define a este tipo contractual en su artículo 2211, como aquél “*en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie*”. De esta manera, en esencia, el depósito regular consiste en un contrato real por el cual una de las partes — depositante— entrega una cosa corporal, infungible e inconsumible a otra —el depositario.

Como características principales de este contrato se pueden mencionar las siguientes: este se perfecciona —en aplicación del artículo 2212 del Código¹⁰⁹— por la entrega de la cosa; esta última que necesariamente debe ser corporal —por disposición expresa del citado artículo 2211— y mueble —en virtud del artículo 2215¹¹⁰; además de los requisitos de ser inconsumible e infungible, lo cual se explica por el deber de restitución de la cosa “en especie” —como exige la norma del artículo 2211, ya citado¹¹¹. Ligado a este último punto, se puede señalar que se está ante un contrato unilateral, toda vez que existe este deber de restitución ya comentado, sumado al deber de guarda de la cosa, ambas obligaciones que recaen en el depositario¹¹².

Lo relevante para el análisis en esta sede es observar dos aspectos del depósito regular. En primer término, mediante la entrega el depositario no se hace dueño de la cosa, sino que se convierte en mero tenedor¹¹³; luego, el depositante confía la cosa con la intención o finalidad esencial de que el depositario la guarde y custodie. En palabras de HUERTA DE SOTO:

“El depósito, por tanto, siempre se celebra en interés del depositante, tiene por fin esencial la guarda o custodia de la cosa y mantiene, mientras dura, la completa disponibilidad de la cosa a favor del depositante, de manera que éste pueda pedir la restitución de la misma en cualquier momento”¹¹⁴.

El problema comienza toda vez que la obligación de guarda y custodia, esencial en el depósito regular, no se presenta —o al menos, no de forma tan clara— en el evento de que la cosa dada en depósito se trate de un consumible y fungible. Como vimos, en tal situación no se podría estar ante un depósito propiamente tal, por el deber de restitución en especie de la cosa —y en el caso de fungibles, lo entregado en depósito se confunde con las otras especies que guarda y

¹⁰⁸ Esta denominación nace dada su contraposición con el depósito “irregular”; y fue introducida a la doctrina, acorde a GUZMÁN, por el comentarista de la baja edad media Paulo de Castro. GUZMÁN BRITO, Alejandro. *El depósito irregular en el derecho chileno*. Cit. (n. 103), p. 88, nota al pie número 1.

¹⁰⁹ El artículo 2212 del Código Civil señala que “*El contrato se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario*”.

¹¹⁰ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil Chileno*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), II, p. 160.

¹¹¹ Así lo entiende GUZMÁN, en: GUZMÁN BRITO, Alejandro. *El depósito irregular en el derecho chileno*. Cit. (n. 103), p. 89.

¹¹² BARCIA LEHMANN, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil Chileno*. Cit. (n. 110), II, pp. 160-161.

¹¹³ Así lo aprecia GUZMÁN, expresando que, dogmáticamente, el depósito propiamente dicho es un “contrato no traslativo de dominio y de mera tenencia sin aprovechamiento de uso, disfrute ni disposición”. GUZMÁN BRITO, Alejandro. *El depósito irregular en el derecho chileno*. Cit. (n. 103), p. 90.

¹¹⁴ HUERTA DE SOTO BALLESTER, Jesús, cit. (n. 86), p. 11.

custodia el depositario¹¹⁵. No obstante, la doctrina y el legislador han aceptado la posibilidad del depósito de fungibles consumibles, a través de la figura del depósito irregular. Ella se encuentra recogida en el artículo 2221 del Código Civil:

“Artículo 2221. *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 que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda*”.

Sobre esta última variante del depósito, entonces, surgen dos interrogantes a resolver: primero, en qué consiste esta figura; y luego, si la misma es aplicable al caso de la relación bancaria.

ii) *La “visión clásica” del depósito irregular*

Tradicionalmente, se ha formulado que ante la hipótesis antes descrita —esto es, que lo depositado se trate de una cosa fungible y consumible— estaríamos ante una especie de depósito. Ello se justificaría, en principio, por el idéntico funcionamiento de ambas figuras —así, la diferencia entre lo irregular y lo regular simplemente radicaría en las propiedades de la cosa dada en depósito—, además de su regulación sistemática —que en el caso chileno, se encuentra justamente en el Título XXXII del Código Civil “Del depósito y del secuestro”.

Así, a la par de que existen figuras como el secuestro, el depósito necesario, o incluso formas menos estudiadas como el depósito hotelero, se encontraría el depósito irregular¹¹⁶. Todas ellas tendrían como nexo común ser especies del depósito propiamente dicho, en la forma ya explicada *supra*.

En tales términos, a los autores que se decantan por esta posición les es complejo explicar un aspecto fundamental: ¿cómo podemos entender la obligación de guarda y custodia en el depositario, esencial en el caso del depósito regular, si en su variante irregular es imposible la restitución en especie de lo entregado?. La solución, según algunas voces, es la redefinición de esta obligación.

Así, en palabras de PONCES, “toda vez que se trata de un bien fungible, el depósito deberá ser calificado como irregular, siendo el depositario obligado a restituir ningún idem corpus, tal como acontecería en un depósito regular, más solamente el tandundem”¹¹⁷. Es decir, en estos casos el deber de restitución no recaería en la especie de lo depositado, sino que en “una cantidad equivalente en cuanto a su género y calidad”, que en “latín se llama tantundem”¹¹⁸. Es preciso

¹¹⁵ Existe una excepción aparente en este punto: en el evento de que se haga entrega de consumibles fungibles, pero en cofre u arca cerrada que impida su confusión con otras especies del mismo género, estaríamos ante un depósito regular. Se trata en realidad de la aplicación de las reglas generales del depósito propiamente dicho, pues, en palabras de Guzmán, en tales casos “el continente —que es lo depositado— infungibiliza al contenido”. GUZMÁN BRITO, Alejandro. *El depósito irregular en el derecho chileno*. Cit. (n. 103), p. 89.

¹¹⁶ Esta “sistematización” de los depósitos se recoge en: CHARRIAUD, Jean. *Un testimonio del carácter proteiforme del depósito: la transmisión de la acción a los herederos*, en *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*. VIII (2017), pp. 2997-3012. [Visible en internet: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-R-2021-80299703012].

¹¹⁷ PONCES CAMANHO, Paula, cit. (n. 35), pp. 151, traducción libre.

¹¹⁸ HUERTA DE SOTO BALLESTER, Jesús, cit. (n. 86), p. 10.

notar que, bajo esta posición, el depositario se hace dueño de lo depositado, a diferencia de lo que ocurría en el depósito irregular.

Luego, esta figura, así entendida, se aplicaría a la relación bancaria. En efecto, mediante la entrega de dinero —fiduciario— por parte del cliente, el banco sería propietario de las sumas depositadas, estando correlativamente obligado a restituir el *tantundem*. Encontramos como partidarios de esta teoría, en derecho comparado, a RIPERT y ROBLOT, GARRIGUES, PONCES, y TAPIA HERMIDA¹¹⁹; mientras que en sede nacional se decantan por esta visión autores como CLARO, PUELMA¹²⁰, y SANDOVAL¹²¹. Además, esta es la doctrina que actualmente prevalece en la jurisprudencia para explicar a la relación bancaria¹²².

El principal aspecto que ha levantado inquietudes con esta solución se refiere a la obligación de custodia: como señala ALFARO BORGES, esta “se esfuma, como dice Vidari, porque el depositario no puede ser custodio de sí mismo (la propiedad fue transferida por la entrega)”¹²³, lo cual nos deja menos claridad de que se esté realmente ante una especie de depósito.

A lo anterior podemos agregar lo siguiente: si la relación bancaria es realmente un depósito irregular, y el banco se hace dueño del dinero entregado, ¿de qué es dueño el cliente bancario? La natural respuesta, a la luz de nuestro capítulo primero, sería que se hace dueño de dinero bancario. El tema radica en que, como vimos, dicha especie de dinero no se puede calificar como una cosa corporal —incluso, según algunos se trataría de un crédito¹²⁴—; y es difícil —sino imposible— imaginar un depósito cuyo objeto no sea una cosa que ni es corporal ni manifiesta una materialidad¹²⁵. Como mencionamos, la esencia del depósito recae en la guarda y custodia de una cosa, y no es posible cumplir dicha obligación —aun cuando redefinamos la misma— si no existe nada en el mundo físico que custodiar.

iii) *La doctrina del “cien por cien”*

Ante las críticas antes expuestas, aparece otra forma de entender el depósito irregular, de la mano del jurista-economista español HUERTA DE SOTO. Dicho autor, con influencias de la Escuela Austriaca de Economía¹²⁶, entiende que la obligación de guarda y custodia no pesa sobre

¹¹⁹ ALFARO BORGES, Jennifer, cit. (n. 84), p. 136.

¹²⁰ Así consta en RODRÍGUEZ DIEZ, Javier. *Depósito irregular y restitución de fondos sustraídos en Fraude bancario. Corte Suprema, 13 de marzo de 2019, rol n.º 29.635-2018*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*. 33 (2019), p. 200, nota al pie 19. [Visible en internet: <https://rchdp.udp.cl/index.php/rchdp/article/view/441>].

¹²¹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. *Derecho Comercial, I: Contratos mercantiles, reglas generales, compraventa, transporte, seguro y operaciones bancarias*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), III, pp. 271-275.

¹²² A modo ejemplar, notar las siguientes causas: Sentencia de la II. Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 18 de marzo de 2022, causa rol n° 13736-2021, considerando séptimo; Sentencia de la II. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 23 de febrero de 2022, causa rol n° 30.006-2021, considerando primero; Sentencia de la II. Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 12 de mayo de 2022, causa rol n° 1705-2022, considerando quinto.

¹²³ ALFARO BORGES, Jennifer, cit. (n. 84), p. 138.

¹²⁴ Tal es la teoría de RAHMATIAN, la cual fue mencionada *supra* en el acápite 1.3.3 del primer capítulo al analizar la naturaleza jurídica del dinero, y a la cual nos remitimos.

¹²⁵ Señalamos esto pues apuntábamos con anterioridad a que el dinero bancario no manifiesta necesariamente una corporalidad —en contraposición al dinero fiduciario, el cual se entiende como un crédito, y que por fuerza debe estar ligado a una cosa corporal para cobrar existencia. Ver acápite 1.1.2 del primer capítulo.

¹²⁶ Esta escuela económica se caracteriza por un análisis focalizado en la manera en que actúan los individuos en los mercados. Iniciada con el trabajo de MENGER titulado “*Sobre el origen del dinero*”, y teniendo como máximos

la cosa dada en depósito —pues, como vimos, ello resulta complejo, sino imposible de acontecer— sino que sobre la cantidad del género depositada. De tal forma, a la par de que en el depósito regular el depositario no puede disponer de lo entregado —pues es respecto de la cosa un mero tenedor—, en el caso del depósito de fungibles y consumibles, si bien se hace dueño de la cosa específica entregada, el depositario no podría disponer del quantum o tantundem del género en el que recae el depósito¹²⁷.

Así, el referido autor ejemplifica su teoría señalando que el “propietario del almacén de trigo o depósito de aceite podrá disponer del aceite o trigo específico que se le entregó, bien para su propio uso o bien para devolvérselo a otro depositante, siempre y cuando mantenga a disposición del depositante originario una cantidad y calidad igual a la depositada”¹²⁸.

Luego, esta figura sería aplicable a la relación bancaria, toda vez que el dinero —fiduciario— se considera como una cosa corporal fungible y consumible, por lo cual su depósito encuadraría en la hipótesis del depósito irregular. La conclusión obvia a la que nos lleva la adopción de esta teoría, es que el giro bancario tal y como lo conocemos, bajo un sistema de reservas fraccionarias, no estaría ajustado a derecho. Así, acorde a HUERTA DE SOTO, el actuar de la banca sería “fraudulento” e incluso entraría en responsabilidad penal por delito de apropiación indebida¹²⁹. En la misma línea, PÉREZ-BUSTAMANTE —alumno del primero— señala que el legislador establecería privilegios a favor de las entidades bancarias al legitimar un sistema de reserva fraccionaria —y, en tal sentido, tácitamente permitir la disposición del *tantundem* por la banca¹³⁰.

Para entender a esta teoría en su contexto, conviene hacer una breve referencia a los posibles sistemas que puede adoptar un sistema bancario. Esencialmente el funcionamiento de la banca en una economía podría distinguirse por los siguientes aspectos: *i*) en quién recae la emisión de dinero fiduciario, como también *ii*) en si se permite a la banca comercial mantener menores reservas que cuantía de depósitos —es decir, dar pie a un sistema de reservas fraccionarias.

Así, de los criterios anteriores se pueden desprender, al menos, 3 sistemas:

- i. Sistema de reservas fraccionarias con Banca Central, que es el que rige mayoritariamente en la actualidad. Se distingue por permitir la disposición del quantum de los depósitos a la banca comercial, siempre que se respete un porcentaje mínimo en reserva o “encaje”; mientras que el dinero fiduciario es emitido únicamente por un Banco Central, el cual se encarga además de regular el sistema mediante ciertos mecanismos, como lo es la tasa de interés.
- ii. Sistema de “Banca Libre”. Se trata de un sistema de reservas fraccionarias en el que, en ausencia de un banco central, “la emisión de billetes y el dinero depositado es dejado en manos de bancos privados que carecen de restricciones

exponentes a HAYEK y MISES, una de las principales preocupaciones y contribuciones de la escuela es el análisis marginalista en economía, junto con la teoría del ciclo económico, que intenta dar explicación a las recesiones económicas en general.

¹²⁷ Así consta en: HUERTA DE SOTO BALLESTER, Jesús, cit. (n. 86), pp. 12-13.

¹²⁸ Ibid., p. 14.

¹²⁹ Ibid., p. 15.

¹³⁰ Así consta en: PÉREZ BUSTAMANTE, David, cit. (n. 96), p. 15.

legales”¹³¹. Su esencia radica en que la creación de papel moneda queda entregado a las fuerzas de la oferta y la demanda, lo cual se cree por los teóricos partidarios del sistema que cimienta bases más sólidas para el funcionamiento de la economía, al evitarse de manera sistémica un exceso en la cantidad de circulante dada la regla del *clearing* interbancario¹³². Condición indispensable para la existencia de este sistema, al menos tal como se expone, es la convertibilidad de la moneda en algún bien de respaldo¹³³.

- iii. Sistema de coeficiente de caja del cien por cien. Se trata de aquel sistema en el que las entidades bancarias no pueden disponer del quantum de los saldos que el público mantiene en las cuentas bancarias. Los partidarios de este sistema —principalmente, economistas de la escuela austriaca— apuntan a la peligrosidad de la emisión monetaria, tanto de papel moneda como la resultante de la institución del crédito; a la vez de señalar que no es necesario que una entidad regule la liquidez de la moneda, pues, afirman, ninguna sociedad sufrirá escasez de dinero, tendiendo los precios a ajustarse a cualquier oferta monetaria. Como es natural, de adoptarse dicho sistema, en principio, perdería razón de existencia un ente central, pues la banca comercial se vería incapaz de crear dinero a partir del crédito.

Debe señalarse, en cualquier caso, que los tres sistemas han sido presentados a manera de una mejor comprensión, pues bien podrán en la práctica presentar matices¹³⁴.

Lo relevante al traer a colación a estos sistemas de organización bancaria, es que justamente en el último se enmarca el pensamiento de HUERTA DE SOTO. Ello explica que el referido autor, por afinidad en ciencia económica al sistema de coeficiente de caja del cien por cien, entienda al depósito irregular como una institución que no permite disponer de la cantidad entregada en depósito, como también que dicha figura sea la aplicable a la relación bancaria, pues, en ese evento, sólo el sistema bancario al cual este autor adhiere sería el jurídicamente válido.

La doctrina del cien por cien ha sido escasamente comentada en el campo de las ciencias jurídicas. Más allá de algunos trabajos, como el de CHARRIAUD, donde la cuestión no sobrepasa la mera exposición de la existencia de este pensamiento¹³⁵, al parecer el único autor que la analiza

¹³¹ WHITE, Lawrence. *Free Banking in Britain: Theory, Experience and Debate*. (Londres, Institute of Economic Affairs, 1984), cit. por COUYOUMDJIAN NETTLE, Juan *et alii*, *Economía sin banco central*. (Santiago, El Mercurio Ediciones, 2016), p. 10.

¹³² Lawrence H. White explica este fenómeno, al señalar que “...aun cuando una sobreemisión de billetes a nivel regional provoca una fuga correctiva de oro hacia el resto del mundo, cualquier banco que por sí solo emita un exceso de papel moneda verá cómo sus reservas de oro son drenadas hacia los bancos que lo rodean a través de clearings (canjes) interbancarios en su contra: un proceso correctivo mucho más rápido”. *Ibid*, p. 17.

¹³³ Los teóricos tradicionales de la banca libre han razonado a partir del clásico patrón oro o bimetálico, en virtud del cual el bien de respaldo está constituido por metales preciosos. No deja de ser interesante que el bien base de las reservas no tiene que ser necesariamente un metal: a modo ejemplar, Saifedean Ammous, después de un análisis de las propiedades del *Bitcoin* —donde destaca su emisión descentralizada— propone un sistema monetario global basado en tal criptoactivo. AMMOUS, Saifedean., cit. (n. 13).

¹³⁴ En efecto, tanto sistema de *banca libre* como el de *coeficiente de caja del cien por cien* podrían funcionar con una banca central. Al respecto, ver el cuadro VIII-1 elaborado por Huerta de Soto, en: HUERTA DE SOTO BALLESTER, Jesús, cit. (n. 86), p. 502.

¹³⁵ CHARRIAUD, Jean, cit. (n. 116), pp. 2997-2998.

críticamente es GUZMÁN¹³⁶. Este último entiende que la obligación de guarda y custodia no puede ser entendida en la forma en que es propuesta por HUERTA DE SOTO, pues, guardar no sería sinónimo de “salvaguardar” o “proteger”. Añade este autor que “si así fuere, el depositario que se comportara de modo negligente con la cosa frente a los peligros que pudieron amenazarla aunque, con todo, la restituyere en el estado que la recibió, incumpliría una obligación”¹³⁷, cuestión que no se verifica en el depósito irregular —y, según este autor, ni siquiera se presenta en el depósito propiamente dicho¹³⁸. Así, no tendría sentido constituir una obligación al depositario, previa exigencia de restitución del depósito, de mantener el tantumdem íntegramente, pues “aunque no la cumpliera (la obligación) el depositario, no habría cómo reprocharle ese incumplimiento si a última hora consigue devolverlo al depositante”¹³⁹.

A todo lo anterior, cabe agregar que el pretender aplicar a la relación bancaria la figura del depósito irregular en la forma expuesta por la doctrina del cien por cien, y sus naturales consecuencias, provocaría que una norma de derecho privado —el artículo 2221 del Código— haría inaplicable el encaje monetario —estipulado por el legislador en el artículo 63 del Decreto con Fuerza de Ley N°3 de 1997 (Ley General de Bancos). En realidad ello no es posible pues, como sabemos, las normas en derecho bancario —como en toda área del derecho— priman por sobre el derecho común por principio de especialidad.

iv) *La teoría del “depósito irregular-crédito”*

Dadas las interrogantes instaladas al analizar la aplicación de la teoría “clásica” y la del “cien por cien” a la relación bancaria, surge otra variante, la cual nace por la obra de GUZMÁN y que entiende al depósito irregular fuera del género del depósito. Así, prestando atención a que en el caso del depósito regular el depositario es mero tenedor, mientras que en el irregular este se vuelve propietario de las especies entregadas, dicho autor señala que “la lógica no resiste que resultados tan contradictorios sean producidos por una misma y única figura; así que el depósito irregular no puede ser un depósito”¹⁴⁰.

De tal forma, GUZMÁN entiende al depósito irregular, en cuanto a su naturaleza, como “un crédito, sujeto, empero, a algunas reglas del depósito por voluntad de las partes”¹⁴¹, entiendo por crédito no un derecho personal, sino que “la dación en dominio de una cosa (corporal o incorporeal, mueble o inmueble, fungible o infungible, consumible o inconsumible) que obliga a quien la recibe a restituirla después al que se la dio”¹⁴². Así, tanto el mutuo como el depósito irregular serían especies del género crédito, y en el caso de la relación bancaria las partes habrían determinado acogerse por la segunda figura¹⁴³.

¹³⁶ La crítica aparece en el siguiente trabajo: GUZMÁN BRITO, Alejandro. *El depósito irregular en el derecho chileno*. Cit. (n. 103), pp. 121-125.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 123.

¹³⁸ *Idem.*

¹³⁹ *Ibid.*, p. 124.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp. 121.

¹⁴¹ *Ibid.*, pp. 138.

¹⁴² *Idem.*

¹⁴³ Así lo entiende este autor: tanto para el depósito en cuenta corriente, depósito en cuenta de ahorro a plazo, depósito a plazo y depósito a la vista, “en todos estos casos lo que hay es un depósito irregular, en que el banco es el depositario y los clientes sus depositantes”. *Ibid.*, p. 131.

Entrar a analizar si el depósito irregular se debe entender de esta manera no es propósito de este trabajo. Lo que sí corresponde examinar es si esta figura es aplicable a la relación bancaria, en la forma expuesta por Guzmán —esto es, una especie de crédito. Y es que, en cuanto a lo jurídico, la teoría de este autor la consideramos intachable; pero su admisibilidad en la práctica no deja de despertar dudas si la relacionamos con lo aprendido en el capítulo primero.

En efecto, GUZMÁN señala que es presupuesto del depósito irregular el que “fungibles o consumibles que ‘pertenecen’ a alguien pasan a la posesión de otra persona”¹⁴⁴, en circunstancias que, como apuntamos anteriormente y acorde a la teoría del crédito, la relación bancaria perfectamente puede cobrar existencia sin un cambio en la tenencia o posesión de una cosa — esto es, en el evento de un préstamo bancario. Es decir, un cliente bancario puede observar en su cuenta un incremento en su saldo, el cual tendrá como causa un crédito que le ha extendido su entidad bancaria, y no una entrega que éste le ha efectuado en dinero fiduciario. Dicho crédito provocaría la creación de dinero bancario y se habrá emitido *ex novo*, es decir, resultará ser dinero que no tenía existencia previa. De tal forma, el presupuesto al que apunta esta teoría para que opere un depósito irregular, en la especie no se verificaría.

d) *Las Teorías del contrato sui generis*

Finalmente, existen ciertos autores que, sin identificar directamente a la relación bancaria como un mutuo o como un depósito irregular, entiende que la naturaleza de la misma sería *sui generis*¹⁴⁵.

i) *Teorías de la naturaleza mixta (doble disponibilidad)*

Una primera teoría es la de la naturaleza mixta, la cual, como nos informa su nombre, toma elementos de las teorías antes vistas: hasta este punto, podemos notar que tanto la teoría del mutuo como las del depósito irregular se enfrentan ante sólidas críticas, más al mismo tiempo no dejan de presentar argumentos razonables para explicar a la relación bancaria. Es por ello que ciertos autores han propuesto que la naturaleza de la relación es, en realidad, *sui generis*, entendiendo que en la hipótesis de la relación bancaria estaremos, atendiendo al sujeto de la relación, ante un mutuo o un depósito irregular.

De forma que desde la perspectiva del cliente bancario, se trataría de un depósito irregular — en su visión “clásica”—, toda vez que el fin perseguido por esta parte de la relación sería la guarda y custodia de la cosa; a su turno, desde la perspectiva del banco, estaríamos ante un mutuo, lo que explicaría satisfactoriamente el hecho de que la banca se adueña del dinero fiduciario entregado en depósito y se encuentra facultado para disponer del mismo. Así, la causa del contrato no sería única¹⁴⁶. Se decantan por esta teoría TRABUCCHI, LA LUMIA, MAZEUD Y MAZEUD¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Ibid., p. 116.

¹⁴⁵ La Real Academia Española de la Lengua define a este término como “*un género o especie muy singular y excepcional*”. [Visible en internet: <https://dle.rae.es/sui%20g%C3%A9neris>].

¹⁴⁶ PONCES CAMANHO, Paula, cit. (n. 35), p. 163.

¹⁴⁷ Así consta en: ALFARO BORGES, Jennifer, cit. (n. 84), pp. 139-140.

Un primer reparo a esta doctrina, siguiendo a SCORDINO, dice relación con que “no puede acogerse la idea de una ‘causa doble’¹⁴⁸, que siempre debe ser una sola. Señalar lo contrario lleva a un absurdo, el cual HUERTA DE SOTO expone de la siguiente forma: “¿cómo es posible que a través del mismo contrato cada una de las partes a la vez y simultáneamente pretenda mantener la disponibilidad sobre la misma cantidad?”¹⁴⁹. Es decir, el cumplimiento de ambas causas sería imposible de cumplirse simultáneamente, pues la verificación de una —la disposición de los fondos entregados— imposibilitaría la satisfacción de la otra —la completa disponibilidad del dinero¹⁵⁰.

Luego, llevar esta teoría a la práctica implicaría la existencia de una doble disponibilidad del dinero fiduciario, es decir, que los fondos se encontrarían a disposición tanto del banquero como del cliente. Sobre este fenómeno se ha entendido que “tanto el depositante como el depositario mantienen un derecho real que converge sobre el fondo, dando lugar a una forma peculiar de derecho real”¹⁵¹, es decir, sobre el dinero depositado existiría una especie de copropiedad entre el banco y el cliente¹⁵². En nuestra opinión, no se puede aceptar este razonamiento, pues implicaría desconocer la existencia del dinero bancario, a la vez que implicaría entender que el dinero fiduciario en poder del banco es, en parte, propiedad del cliente, lo cual en los hechos es imposible de asimilar —pues la posesión del dinero, al ser un fungible consumible, se confunde con la propiedad sobre el mismo¹⁵³.

ii) *La teoría de la “transformación”*

Una segunda teoría que enmarca a la relación bancaria con un contrato *sui generis*, es la que aquí denominamos de la transformación, la cual entiende que no estamos ni ante un depósito irregular ni ante un mutuo, y que tiene como exponentes a BOADA¹⁵⁴ y CANO RICO¹⁵⁵.

Acorde a estos autores, teniendo en consideración la naturaleza del dinero en la economía actual —es decir, diferenciar entre dinero bancario y fiduciario, en la forma vista en el capítulo primero—, en el momento en que un cliente hace entrega de dinero a una entidad bancaria “no se verifica una pérdida de la propiedad del dinero por el depositante sino una transformación del dinero legal en dinero bancario ya que el depositante sigue siendo propietario de la misma cantidad de dinero pero en lugar de efectivo lo es de dinero bancario”¹⁵⁶. Así, “el cliente tiene un derecho personal contra el banco, pues el bien que se depositó no se encuentra

¹⁴⁸ PONCES CAMANHO, Paula, cit. (n. 35), p. 163, traducción libre.

¹⁴⁹ HUERTA DE SOTO BALLESTER, Jesús, cit. (n. 86), p. 111.

¹⁵⁰ Idem.

¹⁵¹ Geva, Benjamin. *Bank Collections and Payment Transactions, Comparative Study of Legal Aspects*. (Oxford, Oxford University Press, 2001), p. 88, cit. en: BOADA MORALES, Sebastián, cit. (n. 67), p. 198.

¹⁵² Ídem.

¹⁵³ Así lo entiende GUZMÁN: “tratándose de cosas fungibles y consumibles, la tenencia se confunde con la posesión y esta con la propiedad”. GUZMÁN BRITO, Alejandro. *El depósito irregular en el derecho chileno*. Cit. (n. 103), p. 116.

¹⁵⁴ Su teoría se encuentra recogida en: BOADA MORALES, Sebastián, cit. (n. 67).

¹⁵⁵ CANO RICO, José Ramón. *Manual práctico de contratación mercantil*. (Madrid, Tecnos, 1987), II, pp. 45 y ss. Cabe señalar que se ha consultado esta fuente, citada en ALFARO BORGES, Jennifer, cit. (n. 84), pp. 140-141; mas no se ha encontrado referencia alguna a la teoría. Por ello, en lo que sigue nos basaremos en lo expuesto sobre el particular en el trabajo de ALFARO BORGES, ya mencionado.

¹⁵⁶ ALFARO BORGES, Jennifer, cit. (n. 84), pp. 140-141 (las cursivas son nuestras).

allí¹⁵⁷, derecho personal o crédito que coincidiría con la naturaleza jurídica del dinero bancario —como vimos, acorde a la teoría de RAHMATIAN.

A su turno, BOADA añade que la naturaleza jurídica de la relación debe ser capaz de explicar la constante mutación de los roles acreedor-deudor en el contexto bancario. Ello explicaría, por ejemplo, el caso de un sobregiro de saldos en una cuenta con línea de crédito, donde “la operación crediticia se revierte: el cliente originalmente prestamista, quien tenía un derecho personal contra el patrimonio del banco, ahora se vuelve prestatario, pues el banco ha otorgado una disponibilidad de recursos para transferencia o pago, a partir de una cuenta donde no existía dicha disponibilidad”¹⁵⁸. Estimamos que en este punto esta teoría soluciona la problemática que afecta a la teoría del depósito irregular-crédito: a diferencia de esta última, la teoría de la transformación sí logra explicar la existencia de una relación bancaria sin verificarse la entrega de fiduciario por parte del cliente bancario.

En fin, BOADA concluye con la siguiente propuesta: “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 cliente hacia su banco”¹⁵⁹.

Al no tener difusión extendida en doctrina, no es posible encontrar muchas críticas a la teoría de la transformación. Sólo encontramos la que en su momento efectuó ALFARO BORGES, quien apunta a que el cliente pasaría a tener un derecho de propiedad sobre una cosa “cuyo valor depende estrechamente del prestigio y suerte del banco”¹⁶⁰, de manera que si dicha entidad “entra en crisis, pocos o ninguno se lo aceptaría para cancelar deudas o a cambio de bienes o servicios”¹⁶¹.

Ante tal crítica, debemos recordar que, de no existir ciertas instituciones de derecho bancario público¹⁶², lo normal y obvio sería que, en un sistema de reservas fraccionarias con banca central, ciertas entidades bancarias quedarán sin liquidez para afrontar sus obligaciones.

Un ejemplo ilustrador se da al estudiar la existencia de la institución del seguro estatal de los depósitos. Esta medida nace producto de una reacción norteamericana a los pánicos bancarios¹⁶³ acontecidos en el contexto de la Gran Depresión¹⁶⁴. Así, al estar garantizados los saldos en las cuentas bancarias, el pánico sobre la solvencia de una entidad bancaria se logra mitigar, evitando que los clientes acudan en masa a retirar sus fondos en fiduciario —que, como sabemos, haría colapsar al sistema de

¹⁵⁷ BOADA MORALES, Sebastián, cit. (n. 67), p. 198.

¹⁵⁸ Ibid., p. 199.

¹⁵⁹ Ibid., pp. 199-200.

¹⁶⁰ ALFARO BORGES, Jennifer, cit. (n. 84), p. 141.

¹⁶¹ Idem.

¹⁶² SANDOVAL define a esta rama como aquella “normativa que concierne a la creación, el funcionamiento y la fiscalización de los bancos comerciales por la autoridad pública”. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. *Derecho Comercial. Derecho Bancario*, cit. (n. 11), p. 27.

¹⁶³ Los pánicos o “corridos” bancarios se pueden definir como “episodios donde los ahorrantes” —es decir, los clientes bancarios— “proceden a retirar sus fondos del banco debido a la pérdida de confianza de éstos hacia la entidad en cuestión”. BRUNNERMEIER, Markus *et alii*, *The Fundamental Principles of Financial Regulation*. (Genova, International Center for Monetary and Banking Studies, 2009), cit. por MELLA CÁCERES, Rodrigo; LARRAÍN FIERRO, Álvaro, cit. (n.12), p.32.

¹⁶⁴ MICHAIL, Nektarios, cit. (n. 7), p. 46.

reserva fraccionaria. Esta idea regulatoria ha sido replicada desde entonces a lo largo de las economías en el mundo¹⁶⁵, y Chile no es la excepción, encontrándose regulada en los artículos 144 y siguientes de la Ley General de Bancos.

Con lo anterior intentamos plasmar la siguiente idea: bajo la vigencia del sistema bancario actual, sin la existencia de instituciones de orden público que logren mantener el normal funcionamiento de la banca, dichas entidades efectivamente se verían expuestas al riesgo de entrar en crisis. Es decir, todo cliente en la relación bancaria es dueño de dinero giral, lo que significa que, en el fondo, somos acreedores de dicho banco y, en teoría, estamos expuestos a su salud financiera. Ahora bien, por el interés público comprometido en las relaciones bancarias a un nivel agregado, se ha decidido por el legislador dar garantía del Fisco de que, si efectivamente una entidad bancaria llegase a caer en iliquidez, los saldos en cuentas bancarias no serán una pérdida que la sociedad deba soportar. Así, en el fondo la situación es tal como apunta ALFARO BORGES, sólo que existe toda una regulación en miras a salvaguardar los intereses y bienestar de la economía en general, de manera que no se puede aceptar la crítica que ella efectúa.

3. Comentarios finales del capítulo

El presente capítulo ha servido para dar cuenta de las respuestas doctrinales que intentan explicar la naturaleza jurídica de lo que en esta memoria hemos denominado como la “relación bancaria”.

Se expuso la teoría del mutuo, la cual fue rápidamente descartada, esencialmente por el carácter “a la vista” de las relaciones bancarias, incompatible con la figura del préstamo; luego, se presentaron las doctrinas que entienden que estamos ante un depósito irregular, donde se concluyó que la visión clásica no puede ser aceptada, principalmente por no existir una cosa corporal para cumplir una obligación esencial del depósito —esto es, la guarda y custodia. Además, determinamos que la doctrina del cien por cien presenta problemáticas, tanto por los argumentos civilistas expuestos por GUZMÁN, como por la aplicación del principio de especialidad y la primacía del derecho bancario frente al derecho común. Luego, la doctrina del depósito irregular crédito fue descartada, más que por su argumentación jurídica, por su presupuesto, no logrando explicar la existencia de cuentas bancarias con saldos sin verificación alguna de una entrega de papel moneda por parte del cliente. Finalmente, descartamos la teoría de la naturaleza mixta, tanto por la imposibilidad de que un mismo contrato tenga dos causas, como por el hecho de que su aplicación implicaría el desconocimiento de la existencia del dinero bancario o giral.

De tal forma, sólo la teoría de la transformación no ha adolecido de reparos en esta sede, y consideramos que, de las expuestas, es la única doctrina que logra explicar en su esencia a la relación bancaria. En cualquier caso, hacemos prevención de que se trata de una teoría que encuentra escasa difusión, de forma que sólo un trabajo posterior, de mayor profundidad que este trabajo de memoria de grado, podrá indicarnos con propiedad si estamos ante la naturaleza genuina de la relación entre un banquero y su cliente. De todas formas, creemos que adoptar esta doctrina es ir por el camino correcto para dar solución a la calificación jurídica de la relación bancaria.

¹⁶⁵ Acorde a MICHAIL, para el año 2013 el 59% de los países tenían regulada expresamente a la institución del seguro estatal de los depósitos. Idem.

En síntesis, la admisibilidad de la teoría de la transformación bien podrá determinarse en el futuro a partir de un estudio crítico en sede doctrinal. Ahora bien, el capítulo que aquí concluimos encuentra utilidad en el siguiente sentido: gracias a lo estudiado se puede concluir que, a lo que comúnmente se le llama depósito, en realidad no lo es. Y es posible llegar a dicha idea por la sencilla razón de que en este trabajo se ha evidenciado que el depósito irregular no logra explicar a la relación bancaria. Descartadas la visión clásica y la doctrina del cien por cien, aun si se aceptara la teoría de GUZMÁN, es este mismo autor quien reconoce que no es posible identificar al depósito irregular con el género del depósito propiamente dicho, y que en realidad estaríamos analizando la especie de un crédito.

Tener presente la idea anterior es del todo relevante, más aún teniendo en consideración que la gran parte de la doctrina nacional, como la jurisprudencia, entienden que estamos ante un depósito irregular, cuestión que, como vimos, no es posible sostener.

Por lo esgrimido, la propuesta de esta memoria es que no se utilice el término depósito. Ello aplica para denominar tanto a la relación bancaria —que, de paso, sugerimos emplear—, como a el dinero propiedad del cliente bancario —donde se recomienda el uso del término saldos, tal como se ha empleado a lo largo de este capítulo.

CONCLUSIONES

El esfuerzo dedicado en la presente memoria ha servido para entrar en el análisis de materias de gran importancia, tanto para la ciencia económica como para el derecho económico y, en particular el derecho bancario, pero que al mismo tiempo han sido poco desarrolladas en el ámbito jurídico.

En efecto, nuestro trabajo sirvió para presentar una mirada alternativa a las que clásicamente se presentan para explicar el funcionamiento del giro bancario, como lo es la teoría del crédito. Una vez comprendido que dicha teoría es la única que tiene validez con las pruebas empíricas llevadas a cabo al respecto, se ha entrado en el análisis de la naturaleza jurídica de las diversas especies de dinero.

Concluimos nuestro primer capítulo dando cuenta de que no es posible catalogar al dinero bancario como una cosa corporal, a la par de que, sin aventurarnos en aceptarla la idea del todo en esta sede, se expuso que cierto sector de la doctrina entiende que su real naturaleza es la de un derecho personal o crédito.

Ambas conclusiones fueron de utilidad para nuestra tarea del segundo capítulo, que fue analizar las teorías que intentar dar con la naturaleza jurídica de la relación bancaria. Se examinaron los postulados de la teoría del mutuo, las del depósito irregular, y las del contrato sui generis, donde la única que no mostró críticas de nuestra parte fue la teoría de la transformación. Así, concluimos que se debe rechazar el término depósito para catalogar tanto a la relación bancaria como al dinero disponible en una cuenta bancaria.

Si bien se deja abierta la puerta para que la doctrina en un futuro pueda calificar con propiedad tanto la admisibilidad de la teoría de la transformación como la identificación del dinero bancario con un crédito, sostenemos que en el presente análisis se han expuesto fundamentos económicos, teorías y comentarios que no se pueden eludir si se quiere entrar en dicha tarea.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXANDER, Kern. *Principles of banking regulation*, (Cambridge, Cambridge University Press, 2019).

ALFARO BORGES, Jennifer. *La naturaleza jurídica del depósito bancario de cuenta corriente y el derecho a la información del depositante como consumidor*, en *Revista de derecho de la universidad de Montevideo*. 5 (2004). [Visible en internet: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Alfaro-Borges-La-naturaleza-juridica-del-deposito-bancario-en-cuenta-corriente-y-el-derecho-a-la-informacion-del-depositante-como-consumidor.pdf>].

AMMOUS, Saifedean. *El patrón Bitcoin*. (Barcelona, Ediciones Deusto, 2018).

BARCIA LEHMANN, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil Chileno*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), II.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil Chileno*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), IV.

BOADA MORALES, Sebastián. *La naturaleza jurídica de la cuenta bancaria*, en *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*. Semestre I (2019). [DOI: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5792>].

CANO RICO, José Ramón. *Manual práctico de contratación mercantil*. (Madrid, Tecnos, 1987), II.

CAMPOS G., Alfonso. *El Vale Vista*, en *Revista Chilena de Derecho*. 5 (1978), 1-6. [Visible en internet: <https://www.jstor.org/stable/41605231>].

CHARRIAUD, Jean. *Un testimonio del carácter proteiforme del depósito: la transmisión de la acción a los herederos*, en *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*. VIII (2017). [Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-R-2021-80299703012].

COUYOUMDJIAN NETTLE, Juan *et alii*, *Economía sin banco central*. (Santiago, El Mercurio Ediciones, 2016).

GODDARD, John; O. S. WILSON, John. *Banking: a very short introduction*. (Oxford, Oxford University Press, 2016).

GRAEBER, DAVID. *Debt: The firsts 5.000 years*. (Nueva York, Melville House, 2011).

GUZMÁN BRITO, Alejandro. *El depósito irregular en el derecho chileno*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*. 23, (2014).

GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. (1995, reimp. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2019).

HAHN, Albert. *Economic Theory of Bank Credit*. (1920, reimp. Oxford, Oxford University Press, 2015).

HUERTA DE SOTO BALLESTER, Jesús. *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*⁶. (Madrid, Unión Editorial, 2019).

MACLEOD, Henry Dunning. *The theory of Credit*², II. (Londres, Longmans, Green & Co, 1894), I.

MCLEAY, Michael.; RADIA, Amar; THOMAS, Ryland. “La creación de dinero en la economía moderna”, en *Revista de Economía Institucional*. 17 (2015). [Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18601/01245996.v17n33.16>].

MCLEAY, Michael.; RADIA, Amar; THOMAS, Ryland. “El dinero en la economía moderna: una introducción”, en *Revista de Economía Institucional*. 17, (2015). [Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18601/01245996.v17n33.15>].

MCMILLAN, Jonathan. *El fin de la banca*. (Barcelona, Penguin Random House, 2018).

MICHAIL, Nektarios. *Money, Credit and Crises: Understanding the modern banking system*. (Cham, Palgrave Macmillan, 2021)

MELLA CÁCERES, Rodrigo; LARRAÍN FIERRO, Álvaro. *Derecho bancario*². (Santiago, Legal Publishing Chile, 2018).

MORALES, Liliana; YÁÑEZ, Álvaro. *La Bancarización en Chile*, en *Serie de documentos de trabajo de la CMF*. (Santiago, 2006). [Visible en internet: <https://www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/617/w3-article-40031.html>].

PÉREZ BUSTAMANTE, David. *Depósitos bancarios y crisis financieras*, (Madrid, Dykinson, 2009).

PETTIFOR, Ann. *La creación de dinero*. (Barcelona, Lince ediciones, 2017).

PONCES CAMANHO, Paula. *Do contrato de depósito bancário*². (Coimbra, Almedina, 2005).

RAHMATIAN, Andreas. *Credit and creed: a critical legal theory of money*. (New York, Routledge, 2020).

RODRÍGUEZ DIEZ, Javier. *Depósito irregular y restitución de fondos sustraídos en Fraude bancario. Corte Suprema, 13 de marzo de 2019, rol n.º 29.635-2018*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*. 33 (2019). [Visible en internet: <https://rchdp.udp.cl/index.php/rchdp/article/view/441>].

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. *Derecho Comercial, I: Contratos mercantiles, reglas generales, compraventa, transporte, seguro y operaciones bancarias*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), III.

SANDOVAL LOPEZ, Ricardo. *Derecho Comercial. Derecho Bancario Público, Derecho Bancario Privado, banca Electrónica y Derecho Comparado*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2021), XIII.

SCHUMPETER, Joseph. *History of economic analysis*. (1954, reimp. New York, Routhledge, 2006).

SELGIN, George. *La libertad de emisión del dinero bancario: crítica del monopolio del banco emisor central*. (Madrid, Ediciones Aosta, 2011).

SMITH, Vera. *Fundamentos de la banca central y de la libertad bancaria*. (Madrid, Unión Editorial, 1993).

WERNER, Richard. *Can banks individually create money out of nothing? — The theories and the empirical evidence*, en *International Review of Financial Analysis*. 36 (2014). [Visible en internet: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1057521914001070?via%3Dihub>].

WERNER, Richard. *A lost century in economics: Three theories of banking and the conclusive evidence*, en *International Review of Financial Analysis*. 46 (2015). [Visible en internet: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1057521914001434?via%3Dihub>].

WERNER, Richard. *New Paradigm in Macroeconomics*. (New York, Palgrave Macmillan, 2005).

JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Ex. Corte Suprema de Justicia, de fecha 17 de agosto de 2016, Causa Rol n° 44068/2016.

Sentencia de la II. Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 18 de marzo de 2022, Causa Rol n° 13736-2021.

Sentencia de la II. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 23 de febrero de 2022, Causa Rol n° 30.006-2021.

Sentencia de la II. Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 12 de mayo de 2022, Causa Rol n° 1705-2022.

NORMAS LEGALES

Código Civil, artículo 565.

Código Civil, artículo 584.

Código Civil, artículo 2211.

Código Civil, artículo 2212.

Código Civil, artículo 2215.

Código Civil, artículo 2221.

Ley General de Bancos, artículo 40.

Ley General de Bancos, artículo 63.

Ley General de Bancos, artículo 65.
Ley General de Bancos, artículo 69.
Ley General de Bancos, artículo 144.

Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, artículo 34 n°2.

OTRAS FUENTES Y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Agregados monetarios, en página web del Banco Central de Chile. [Visible en internet: <https://www.bcentral.cl/web/banco-central/areas/estadisticas/agregados-monetarios>].

EDWARDS RENARD, Javier. *Los criptoactivos, una perspectiva jurídica*. (Santiago, EDN Abogados, 2020). [Visible en internet: <https://ednabogados.cl/2020/09/30/los-criptoactivos-una-perspectiva-juridica/#:~:text=El%20problema%20de%20la%20naturaleza,tanto%2C%20objeto%20de%20comercio%20humano.>]

GABRICHIDZE, Tamta. *El comerciante*. (2018).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. [Visible en internet: <https://dle.rae.es/sui%20g%C3%A9neris>].