Cuadernos de Derecho y Comercio

12

Diciembre de 1993

Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio

LA PROPUESTA MODIFICADA DE DIRECTIVA DEL CONSEJO RELATIVA A LOS SISTEMAS DE GARANTIA DE DEPOSITOS, DE 7 DE JUNIO DE 1993

CARLOS A. ESPLUGUES MOTA
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I.—INTRODUCCIÓN II.—LOS PRIMEROS INTENTOS POR ESTABLECER UN SISTEMA UNIFICADO DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS III.—LA PROPUESTA MODIFICADA DE DIRECTIVA (93/C 178/14) DEL CONSEJO, RELATIVA A LOS SISTEMAS DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS A. Objetivos de la propuesta modificada. B. Nivel de protección de los depósitos. C. Obligación de información a los depositantes. D. Pago de las cantidades debidas. 1. Momento del pago. 2. Moneda de pago. 3. Exigencias documentales. IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCION

1. La crisis del Banco de Crédito y Comercio Internacional [1] constituye, sin duda alguna, uno de los más importantes escándalos financieros internacionales de los últimos años [2]. Un escándalo que, en el plano jurídico, ha puesto de manifiesto la absoluta falta de preparación de los distintos ordenamientos nacionales para hacer frente a las situaciones concursales con elementos de extranjería. Situaciones en las que coexisten distintos intereses, en muchos casos, contradictorios [3].

2. A nivel comunitario, la crisis ha mostrado en toda su crudeza la ausencia de normativa comunitaria alguna en la materia [4]. Situación que se demuestra totalmente contraria a la realidad de un Mercado Unico que, por su propia naturaleza, favorece decididamente la extensión de la actividad comercial de los sujetos participantes en el mismo a otros Estados de la Comunidad, y la consiguiente presencia de bienes de aquellos en éstos. Y que, en última instancia, puede acabar viciando el libre intercambio de bienes, servicios, personas y capitales en dicho Mercado [5].

---

[1] En adelante BCCI.

[2] Vid. C.A. ESPLUGUES MOTA, «La crisis del Banco de Crédito y Comercio Internacional como base para la reflexión en torno a la regulación actual de las quiebras internacionales», *Libro Homenaje en Honor del Prof. Manuel Broseta Pont*, València, (en prensa).

[3] Al respecto, vid. C.A. ESPLUGUES MOTA, *La quiebra internacional*, Barcelona, Bosch, 1993, pág. 25 y ss.

[4] A lo que debe unirse la inexistencia de un entramado, suficiente, de convenios bilaterales entre los distintos países comunitarios. Al respecto, vid. C.A. ESPLUGUES MOTA, «La actividad desarrollada por las Comunidades Europeas en el ámbito del Derecho Concursal», *Noticias C.E.E.*, Julio de 1993, pág. 57 y ss., nota 1.

[5] P.G. TOTTY, «Proposal for a Model International Bilateral Insolvency Treaty with Capability for Adoption by the E.E.C.», en I.A. FLETCHER, *Cross-Border Insolvency: Comparative Dimensions. The Aberystwyth Insolvency Papers*, Londres, UKNCCL, 1990, pág. 271.

3. En estos momentos, la única disposición de naturaleza claramente comunitaria que existe en materia concursal es la Directiva 80/937, del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la protección de los trabajadores en los casos de insolvencia del empresario [6]. Un texto que tiene como fundamento el art. 117 del Tratado de Roma, y que pretende asegurar el pago de los salarios y prestaciones sociales mediante el establecimiento de fondos de garantía con participación pública y de los propios empresarios. Sin que el impago por éstos de su cuota de participación, o de las cotizaciones sociales, pueda suponerle al trabajador la pérdida de su derecho a las prestaciones sociales y a las de la institución de garantía [7].

4. La necesidad de contar con respuestas unitarias a los problemas derivados de las situaciones concursales internacionales ha sido fundamental para la reactivación de los trabajos desarrollados por la Comunidad en este sector. De esta suerte, se han reemprendido las negociaciones tendentes a la elaboración de un Convenio en esta materia, que vincule a todos los Estados miembros. Esfuerzos que han concluido, por ahora, en la redacción del proyecto de Convenio sobre los procedimentos de insolvencia de 2 de agosto de 1993 [8]. Al mismo tiempo, y en un plano estrictamente comunitario, se han abordado, de forma aislada, alguno de los problemas derivados de las situaciones concursales. En concreto, se ha planteado la unificación de las disposiciones nacionales en relación a los sistemas de garantía de depósitos. Un tema que se demostró clave tras la quiebra del grupo BCCI [9].

[6] *J.O.C.E.* L 283, de 28 de octubre de 1980. Vid. R. GARCIA VILLAVERDE, «El Derecho concursal comunitario», *Rev.Fac.Derecho Univ.Compl.*, Monográfico núm. 8 (Estudios sobre el anteproyecto de Ley Concursal), 1985, pág. 237 nota 1. También, L. IDOT, «Perspectives communautaires du droit des "faillites"», *Gaz.Pal.*, 1991.1, Doctr. 282.

[7] En otros textos, en los que podía haberse intentado aportar una solución uniforme en esta materia, se formaliza —sin más— una remisión a los ordenamientos internos. Así ocurre en el vigente Reglamento (CEE) n. 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985 (*J.O.C.E.* L 199, de 31 de julio de 1985), sobre la institución de una Agrupación Europea de Interés Económico, cuyo art. 36 apunta que «Las agrupaciones ... se someten a las disposiciones de Derecho nacional reguladoras de la insolvencia o la suspensión de pagos.» (art. 36).

La situación no difiere, por su parte, a nivel de propuestas. En este sentido, el actual proyecto de sociedad europea (Propuesta de Reglamento de la Comisión, de 25 de agosto de 1989, *Bull C.E.*, Supp. 5/89) reenvía, en su art. 129, a la ley de la sede de la sociedad europea. Y, las Propuestas de Reglamento del Consejo por el que se establece el Estatuto de la Asociación europea, el Estatuto de la sociedad cooperativa europea y por el que se establece el Estatuto de la mutualidad europea (respectivamente, 92/C 99/01, 92/C 99/03 y 92/C 99/05, recogidos en el *D.O.C.E.* C 99, de 21 de abril de 1992) lo hacen a la «legislación del Estado del domicilio relativa a la insolvencia y suspensión de pagos» (Arts. 45.1, 65.1 y 49.1, de cada una de las anteriores).

[8] Documento 5419/91 DRS 12 (CFC). Con nota complementaria (Doc 7161/91 DRS 28 (CFC)) en la que se incluye la Exposición de motivos.

Este proyecto sustituye al Proyecto de Convenio CEE sobre quiebra, concordatos y procedimientos análogos, cuya última redacción oficial se remonta a 1982 («Faillites, concordats et procédures analogues. Projet de convention et rapport», en *Bulletin des Communautés Européennes*, 1982, Suplemento 2. Nótese que existía una versión revisada del mismo de 30 de julio de 1984 (El texto de la misma se encuentra en J. THIEME, *Vorschläge und Gutachten zum Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1988, pág. 417 y ss.) y que no tuvo mañana debido, fundamentalmente, a la oposición alemana.

II. LOS PRIMEROS INTENTOS DE ESTABLECER UN SISTEMA UNIFICADO DE GARANTIA DE DEPOSITOS

5. Las situaciones de angustia y desigualdad que sufrieron los impositores tras el colapso del Banco de Crédito y Comercio internacional sirvieron para sacar de su letargo a las autoridades comunitarias, y forzarles a adoptar medidas en la materia. Mas, estas situaciones en modo alguno constituyen el origen de las actuaciones emprendidas por la Comunidad en este sector temático.

Así, los primeros trabajos se remontan a 1985, con la propuesta de Directiva del Consejo relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito [10]. El artículo 16.1 de esta propuesta precisaba, como principio general, el compromiso de todos los Estados miembros en el sentido de que los sistemas de garantía de depósitos existentes en el territorio de un Estado miembro debían cubrir los depósitos de las sucursales de establecimientos con sede social en otro Estado miembro. El párrafo 2 de este precepto contenía una disposición transitoria según la cual, hasta la entrada en vigor del sistema de garantía de depósitos en cada Estado miembro, los sistemas de protección a los que se hubieran adherido las entidades de crédito deberían permitir la cobertura de los depósitos recibidos en las sucursales abiertas en aquellos países en los que no existiera ningún sistema de garantía, en las mismas condiciones que las previstas para garantizar los depósitos existentes en el país del domicilio social [11].

6. Un año más tarde, la Comisión elaboró una Recomendación, la 87/63/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa al establecimiento de sistemas de garantía de depósitos en la Comunidad [12], a través de la cual y, obviamente sin carácter vincu-

[9] Como afirma el Dictamen (92/C 332/07) del Comité Económico y Social sobre la propuesta de Directiva (En adelante «Dictamen», *D.O.C.E.* C 332, de 16 de diciembre de 1992, pág. 13), «una entidad crediticia, aún estando sujeta a una normativa muy estricta y a un serio control cautelar, puede sufrir una crisis financiera, máxime cuando en el mercado interior la competencia se incrementará aún en mayor medida como consecuencia de la ampliación de la actividad bancaria a escala comunitaria y de la libertad de movimiento a la hora de fijar las condiciones y los tipos de interés» (número, 1.3.).

[10] (85/C 356/10) *J.O.C.E.* C 356, de 31 de diciembre de 1985, pág. 55 y ss..

[11] Con posterioridad, en 1988, se hizo pública la Propuesta modificada de Directiva (88/C 36/01) del Consejo relativa al saneamiento y la liquidación de las entidades de crédito y los sistemas de garantía de depósitos (*D.O.C.E.* C 36, de 8 de febrero de 1988, pág. 1) que contenía exactamente el mismo tenor, en el artículo 17.

[12] *D.O.C.E.* L 33, de 4 de febrero de 1987.

lante, se intentaban fijar condiciones mínimas armonizadas en aquellos países que contasen con un sistema de garantía de depósitos [13], y fomentar la introducción de dichos sistemas en aquellos países miembros que careciesen de ellos [14].

En la misma, la Comisión diferenciaba entre 1) los países que contaran ya con un sistema de garantía de depósitos, 2) aquellos otros que no lo tenían pero que hubieran preparado un proyecto al respecto y, 3) los que careciendo del mismo, no contaran con proyecto alguno sobre la futura instauración.

1) Con relación a los primeros [15], se les recomendaba que, cuando en la liquidación de una entidad de crédito se presentase un insuficiencia de activo, fueran comprobados cuatro factores:

   a) Si sus sistemas garantizan una indemnización a los depositantes que no dispusieran de medios para valorar convenientemente la política financiera de las entidades a las que confiaban sus depósitos.

   b) Si cubren a los depositantes de todas las entidades de crédito, incluidos los depositantes de las sucursales de aquellas entidades cuyas sedes sociales se encuentren en otros Estados miembros.

   c) Si distinguen con suficiente precisión entre los mecanismos de intervención previos a la liquidación, y los mecanismos de indemnización posteriores a la misma.

   d) Si establecen claramente los criterios de indemnización y las formalidades que deberán cumplirse para beneficios de ella.

2) Con respecto a los países incluidos en el segundo grupo [16] se les pedía que, amén de comprobar los anteriores extremos, adoptasen las medidas oportunas para que los sistemas de garantías de depósitos estuvieran en funcionamiento antes del 31 de diciembre de 1988.

3) Por último, en relación con el tercer grupo [17], se pedía que diseñasen un sistema de garantía que reuniese las condiciones enunciadas anteriormente. Y que tal sistema estuviera en vigor, a más tardar, el 1 de enero de 1990.

[13] Alemania, Bélgica, España, Francia, Países Bajos y Reino Unido.

[14] En el momento de elaborarse la Recomendación, Irlanda, Italia y Portugal tenían prevista la introducción del sistema, careciendo de cualquier plan al respecto, Dinamarca, Grecia y Luxemburgo.

[15] Vid. numeral 1.

[16] Vid. numeral 2.

[17] Vid. numeral 3.

III. LA PROPUESTA MODIFICADA DE DIRECTIVA (93/C 178/14) DEL CONSEJO RELATIVA A LOS SISTEMAS DE GARANTIA DE DEPOSITOS

A. OBJETIVOS DE LA PROPUESTA MODIFICADA

7. La Exposición de motivos de la mencionada Recomendación 87/63/CEE hablaba, en alguno de sus puntos, de la conveniencia de elaborar una propuesta de Directiva sobre sistemas de garantías de depósitos. Hubo, sin embargo, que esperar a la quiebra del BCCI, entidad bancaria con sucursales en varios Estados comunitarios, para que tal propuesta fuese articulada [18]. Así, el 14 de abril de 1992, se presentó por la Comisión la Propuesta de Directiva (92/C 163/05) del Consejo relativa a los sistemas de garantía de depósitos [19], propuesta que fue dictaminada por el Comité Económico y Social el 22 de octubre de 1992 [20]. Recientemente, sin embargo, la Comisión ha presentado una propuesta modificada de Directiva (93/C 178/14) que reforma el texto inicial en algunos puntos importantes [21]. Con relación a la misma, el Consejo —con fecha 17 de septiembre de 1993— llegó a un acuerdo político respecto a una posición común, que fue adoptada formalmente el 25 de octubre siguiente [22].

8. El objetivo último de la propuesta es doble. De un lado, «mantener la confianza del público en la economía crediticia y protegerla frente al riesgo de que los depositantes retiren sus fondos, no ya únicamente de una entidad en dificultades, sino también de otras entidades de crédito [23] sobre las que corran rumores» [24]. De

[18] La propuesta debe de englobarse dentro de un paquete de disposiciones normativas que pretenden sentar las bases de un mercado interior europeo de entidades de crédito. En concreto, puede hablarse de la Segunda Directiva 89/646/CEE del Consejo, para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio y por la que se modifica la Directiva 77/780/CEE (*D.O.C.E.* L 386, de 30 de diciembre de 1989, pág. 1); la Directiva 92/16/CEE del Consejo, de 16 de marzo de 1992, por la que se modifica la Directiva 89/299/CEE relativa a los fondos propios de las entidades de crédito. (*D.O.C.E.* L 75, de 21 de marzo de 1992, pág. 48); la Directiva 89/647/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1989, sobre el coeficiente de solvencia de las entidades de crédito (*D.O.C.E.* L 386, de 30 de diciembre de 1989, pág. 14) y la Directiva sobre la consolidación (*D.O.C.E.* L 317, de 16 de noviembre de 1990, pág. 60).

[19] *D.O.C.E.* C 136, de 30 de junio de 1992, pág. 6.

[20] Vid. «Dictamen», cit. en nota 9.

[21] *D.O.C.E.* C 178, de 30 de junio de 1993, pág. 14. Propuesta modificada que se encuentra en fase de ser definitivamente dictaminada por el Parlamento Europeo. De hecho, con fecha 4 de enero de 1994, el banco de datos EUROB tras adelantarse una de las Comunidades señala que «el Parlamento aprobó la propuesta de la Comisión con determinadas enmiendas. La Comisión aceptó parte de estas enmiendas... (El) dictamen aún no se ha publicado» (página 6 de 7, INFO92). Tras alcanzarse una posición común, el Parlamento comenzó una segunda lectura de la propuesta; fase en la que se encuentra actualmente.

[22] Información facilitada el 4 de enero de 1994, por el banco de datos EUROB de las Comunidades (página 6 de 7, INFO92).

[23] Téngase en consideración que el art. 1.1 de la propuesta modificada considera como entidad de crédito, «una empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia».

[24] «Dictamen», cit., número 2.1.2.

otro, hacer posible que, ante una crisis financiera similar a la del BCCI, se asegure un nivel mínimo armonizado de garantía de los depósitos, independientemente del lugar de la Comunidad en que éstos estén ubicados, considerando que la protección de los depósitos [25] es tan esencial como las normas cautelares para la plena realización del mercado único bancario [26], amén de constituir un complemento imprescindible del sistema de supervisión de las entidades de crédito [27]. El umbral de efectividad de la propuesta es el 1 de enero de 1994 [28].

9. Centrándonos en el concreto articulado, la propuesta de Directiva no regula la constitución y organización de los fondos de garantías de depósitos [29], limitándose a incorporar la exigencia de que se implante, en el territorio de los distintos Estados miembros, uno o varios sistemas de garantías a los que deberán adherirse,

1) Obligatoriamente, todas las entidades de crédito autorizadas en tales Estados, con arreglo al artículo 3 de la Directiva 77/780/CEE [30], hasta el punto de que, de no hacerlo así, no «podrá(n) aceptar depósitos [31]».

[25] El art. 1.1 considera como depósito, «los saldos acreedores que procedan de fondos que se hayan mantenido en cuenta o de situaciones transitorias generadas por operaciones bancarias normales, que la entidad de crédito deba restituir en las condiciones legales y contractuales aplicables, así como los créditos representados por títulos transmisibles emitidos por la entidad de crédito, salvo las obligaciones que cumplan las condiciones enunciadas en el apartado 4 del artículo 22 de la Directiva 88/220/CEE relativa a los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM)». (Vid., «Dictamen», cit., número 4.1.1.).

[26] Vid. segundo considerando. Considérese que en estos momentos, y tal como apunta la Propuesta, sólo diez de los doce Estados comunitarios cuentan con tal sistema.

En España, este mecanismo de protección se articula en torno a dos Fondos de Garantías de Depósitos, uno dedicado a Bancos privados y, el otro, a Cajas de Ahorro y cooperativas de crédito. El primero encuentra sus orígenes en el D. 3048/77, de 11 de noviembre de 1977 (R. 2476). Posteriormente, en 1980, se le otorga personalidad jurídica propia a través del R.D.-L. 4/80, de 28 de marzo (R. 728) y se regula de forma más pormenorizada por el R.D. n. 567/80 de 28 de marzo que perfecciona y amplía el Fondo de Garantía de Depósitos (R. 730. Téngase en cuenta que este R.D. deroga el D. 3048/77 antes mencionado).

Con relación al segundo de estos Fondos, su antecedente se halla en el D. 3047/77 de 11 de noviembre de 1977 (R. 2475), derogado por el R.D. 2860/80, de 4 de diciembre de 1980, que regula el Fondo de Garantías de depósitos en Cajas de Ahorro (R. 1981, 42). La regulación actual, sin embargo, se encuentra en el R.D.-L. 18/82, de 24 de septiembre de régimen de los Fondos de Garantía de Depósitos (R. 2604).

[27] «Por la solidaridad que crea entre todas las entidades de un mismo centro financiero, en el caso de que una de ellas se encuentre en dificultades» (Considerando diecinueve).

[28] Art. 8.1.

[29] Máxime cuando hay diferentes formas de financiarlos. Algunos lo hacen a través de las contribuciones anuales de las entidades de crédito afiliadas (oscilan entre el 0.3 y 0.5 por mil del pasivo bancario. Esta es la situación en España, en la que la aportación ha sido fijada recientemente por el Banco de España en el 1.5 por mil de los depósitos bancarios. Circular 2/93 de 29 de enero. BOE de 2 de febrero). Otros, imponen una contribución a las entidades de crédito en el momento de su adhesión e, incluso, los hay que imponen una cuota *ad hoc* en los supuestos de siniestro. Vid. «Dictamen», cit., número 2.1.3..

[30] Art. 2.1, en versión de la propuesta inicial.

[31] Añadido contenido en la propuesta modificada (art. 2.1 párrafo primero).

Esta rígida obligación, empero, puede ser eximida si dicha entidad de crédito pertenece a un sistema que garantiza su propia protección —y, más en concreto, su liquidez y solvencia—, siempre que dicha protección sea reconocida como equivalente a la ofrecida por los sistemas autorizados, y no se trate de protección otorgada a una entidad pública por los propios Estados miembros o sus autoridades regionales o locales [32].

2) Los depósitos de las sucursales [33] que puedan tener las entidades de crédito autorizadas por los distintos Estados miembros [34]. En este sentido, se diferencia entre a) las sucursales que puedan tener las entidades locales en otros países comunitarios y b) las sucursales que en el concreto país puedan tener las entidades constituidas en otros Estados de la Comunidad.

   a) Con relación al primer nivel, el párrafo primero *in fine* del art. 2.1 precisa que los sistemas de garantías de depósitos del Estado de origen cubren, a su vez, «a los depositantes de las sucursales creadas por dichas entidades en otros Estados miembros de la Comunidad». Con ello se alcanza una solución diferente a la mantenida en la Recomendación de 1986, en la que se refería al sistema del país de acogida [35]. La opción realizada responde a diversos motivos: primeramente, la mención al país de origen constituye uno de los fundamentos de la armonización de la legislación bancaria en la Comunidad Europea [36]. Amén

[32] Tal como concreta el apartado segundo del art. 2.1.. Apartado añadido en la propuesta modificada y que no existía en la inicial.

[33] El art. 1.1. de la propuesta modificada entiende por sucursal, «una sede de explotación que constituye una parte desprovista de personalidad jurídica de una entidad de crédito y que efectúa directamente, total o parcialmente, las operaciones inherentes a la actividad de entidad de crédito». Nótese que según el mismo precepto, «varias sedes de explotación creadas en el mismo Estado miembro por una entidad de crédito que tenga su domicilio social en otro Estado miembro serán consideradas como una sola sucursal».

[34] La Directiva aborda, también, el supuesto de las sucursales de entidades de crédito constituidas fuera de la Comunidad Europea. En este sentido, el art. 3.1 precisa la obligación que tienen los Estados miembros de —sin perjuicio de los dispuesto en el apartado 1 del artículo 9 de la Directiva 77/780/CEE— velar «por que las sucursales establecidas por entidades de crédito cuya sede social se encuentre fuera de la Comunidad gocen de una cobertura equivalente a la vigente en el Estado miembro considerado, en virtud de un sistema de garantía al que esté adherida la entidad de la que dependan... Cuando ello no sea así (podrán prever que) ... se adhieran a un sistema de garantía de depósitos en su territorio» (texto de la propuesta modificada, mucho más rígido y compulsorio que el existente en la propuesta inicial, como consecuencia de las dudas planteadas por el «Dictamen» (cit., número 4.4.), que acababa abogando por la desaparición del precepto —número 4.4.1.3.).

En todo caso, los directivos de las sucursales extranjeras facilitarán a los depositantes la información necesaria para que éstos puedan tener conocimiento de que no existe garantía o, caso de existir, determinar el concreto sistema de garantía del parte la sucursal y averiguar que restricciones o límites máximos comporta el sistema (art. 3.2). Esta información estará disponible en la lengua o lenguas nacionales del Estado comunitario en el que esté establecida la sucursal y se redactará de manera clara y comprensible (art. 3.3).

[35] Art. 2.1.

[36] «Dictamen», cit., número 3.2.1. y 3.2.2..

de ello, la supresión de la autorización de las sucursales en los Estados miembros de acogida, como consecuencia de la concesión de una única autorización válida en toda la Comunidad, así como el control de su solvencia por las autoridades competentes del Estado miembro de origen, justifican que todas las sucursales creadas por una misma entidad de crédito en la Comunidad se adhieran, también, a un único sistema de garantías. En concreto, al existente, para la categoría de entidades consideradas, en el Estado de la sede social, debido, en particular, a la relación que hay entre la supervisión de la solvencia de una sucursal y su pertenencia a un sistema de garantía de depósitos [37 y 38].

b) Respecto del segundo nivel, la solución es distinta, optándose por una solución de carácter voluntario y no obligatorio como la anterior. Así, la propuesta modificada precisa —en su art. 2.2— que las sucursales de una entidad de crédito autorizada en otro Estado comunitario podrán, también, adherirse voluntariamente [39] al sistema que cubra la categoría de entidades a la que pertenezcan en el Estado en que estén establecidas, con el fin de completar la garantía de que ya disfruten sus depositantes con arreglo a la cobertura obligatoria ofrecida por el mencionado sistema de garantía [40]. Con ello se pretende evitar los problemas derivados del mantenimiento en la Comunidad de sistemas que ofrecen un cobertura de los depósitos superior al mínimo organizado, lo que puede dar lugar, en un mismo territorio, a diferencias de indemnización perjudiciales para los depositantes, y a condiciones desiguales de competencia entre las entidades nacionales y las sucursales de entidades en otros Estados miembros [41].

10. Caso de que unas u otras —las entidades de crédito cuya adhesión es obligatoria según el art. 2.1 o las sucursales acogidas a la adhesión facultativa prevista

[37] Considerando séptimo.

[38] Nótese, empero, como el «Dictamen» apunta que el principio de la aplicación del sistema de garantía del país de origen «parece dificilmente conciliable con el principio de la leal competencia dentro de un mercado único entre bancos de diferentes Estados» (cit., número 3.2.3.), por lo que sugiere que, «por una parte, todos los Estados miembros deberán gozar de la libertad de prever un nivel de protección de los depósitos superior al nivel mínimo establecido en la Directiva; sin embargo, esta protección cubriría únicamente los depósitos efectuados en el territorio del Estado miembro de que se trate; por otra parte, el nivel de protección ofrecido por el sistema del país de origen a los depositantes de las sucursales de sus bancos establecidas en el territorio de otro Estado miembro no debería superar el nivel de protección ofrecido en el Estado miembro de que se trate» (número 3.2.3.).

[39] «podrán solicitar su adhesión voluntaria» (Art. 2.2 párrafo primero).

[40] Vid. «Dictamen», cit., número 2.2.5. Nótese que en el precepto, *in fine*, se apunta que los Estados velarán por que, en todos los sistemas de garantía, se prevean condiciones objetivas aplicables a la adhesión de dichas sucursales.

[41] Considerando doce. Para una valoración de la solución propuesta, vid. «Dictamen», cit., número 4.2..

en el art. 2.2— incumplan las obligaciones que les incumben en su condición de miembros de un sistema de garantía, podrán ser sancionadas [42] e incluso, llegado el caso, podrá decidirse su exclusión del mismo [43]. En tal supuesto, la garantía de que disfruten los depósitos [44] efectuados en dicha entidad o sucursal en un plazo máximo de un mes a contar desde la fecha de la exclusión [45], se mantendrá durante doce meses a partir de la mencionada fecha [46].

B. NIVEL DE PROTECCION DE LOS DEPOSITOS

11. Al plantearse esta cuestión, el legislador comunitario comienza por concretar los depósitos que quedan fuera del sistema de garantía, y así, en el art. 1.2 se refiere a:

1) los compromisos contraídos con otras entidades de crédito[47], sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del art. 5, y

2) los préstamos subordinados, considerando como tales aquellos que sean objeto de acuerdos vinculantes en virtud de los cuales no deban ser reembolsados, en tanto no se hayan saldado las demás deudas en caso de quiebras o liquidación de entidades de crédito.

12. Una vez especificado este dato se aborda, en concreto, la cuestión del nivel de protección de los depósitos. En este sentido, el legislador considera que no resulta oportuno generalizar, a escala comunitaria, un nivel excesivamente elevado que pueda, por ende, incitar a una gestión arriesgada de las entidades; siendo, además, las contribuciones a la financiación del sistema demasiado gravosas para las entidades afiliadas [48]. Tampoco cabe, empero, concretar un nivel de garantía muy bajo, a fin de

[42] Art. 2.3 párrafo primero.

[43] Art. 2.3 párrafo segundo. El tenor del precepto es significativo, dado que existe una referencia directa al Derecho interno: «Si dichas medidas no bastaran para garantizar el cumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad de crédito o de la sucursal, los responsables del sistema de garantía, *siempre y cuando lo autorice el Derecho interno* y con el consentimiento expreso de la autoridad de supervisión, podrán decretar la exclusión» (subrayado del autor).

[44] Nótese que en la propuesta inicial —y al igual que actualmente ocurre en el art. 2.1— la garantía se refería a los depositantes («la garantía de que disfruten los depositantes»), mientras que en esta versión modificada la misma se refiere a «los depósitos efectuados».

[45] A diferencia de lo que ocurría en la versión original, donde no se introducía limitación temporal alguna, refiriéndose, sin más, a la fecha de exclusión.

[46] Art. 2.3. párrafo tercero. Vid. «Dictamen», cit., número 4.3.

[47] Solución muy favorablemente valorada por el «Dictamen» en cuanto que las entidades de crédito pueden juzgar mejor que otros depositantes la situación de un banco determinado en una situación de crisis financiera (cit., número 4.1.2.). El Consejo Económico y Social, empero, se cuestiona acerca de la posible ampliación de esta exclusión a otras entidades de financiación y a los seguros que mantienen relaciones comerciales igualmente estrechas con las entidades de crédito (*ibid*).

[48] Noveno considerando.

no dejar un número excesivo de depósitos fuera del umbral mínimo de protección [49]. Asumiendo estos factores, el artículo 4 de la propuesta de Directiva propone:

1) Como regla general, se prevé —en su apartado 1— que en los supuestos de crisis financiera de la entidad de crédito que haga indisponibles los depósitos, se asegure una cobertura de hasta 20.000 [50] ecus para el conjunto de depósitos de un mismo depositante. Se concreta así, un nivel de protección mínimo [51] que, según el Dictamen del Comité Económico y Social, no debería de ser permanente «sino adaptarse progresivamente al desarrollo posterior de los ingresos y a los saldos en general más elevados» [52].

   El hecho de constituir una cuantía mínima permite a los diversos Estados miembros —como precisa el apartado 3— el mantener o adoptar determinadas disposiciones que comporten una protección más completa [53] del depositante [54].

2) Junto a lo anterior, y como excepción a la regla general, se reconoce a los Estados la posibilidad de limitar el mencionado nivel de garantía a un porcentaje del importe de los depósitos. Eso sí, se requiere que el mismo sea superior o igual al 90 por ciento del total de los depósitos, mientras que el importe a abonar en concepto de garantía no alcance los 20.000 ecus [55].

[49] Décimo considerando.

[50] Vid. Considerando décimo. Téngase en cuenta que en la propuesta inicial, esta protección se cifraba en 15.000 ecus, tomando para ello, como criterio de referencia, la mediana de garantía que ofrecen los sistemas nacionales. El «Dictamen» precisa que, con fecha 1 de septiembre de 1992, ésto es, antes de las tres devaluaciones que ha sufrido la peseta en los últimos meses, la cobertura máxima se situaba en 11.700 ecus, en España; 11.900 ecus en Luxemburgo y Bélgica; 13.200, en Irlanda; 17.400 en los Países Bajos; 21.400 en el Reino Unido, 31.500 en Dinamarca; 57.500 en Francia, y más de 500.000 ecus en Italia. En Alemania, por su parte, los depositantes gozan de una protección prácticamente total dado que, en el caso de los bancos, todo depositante tiene garantizado hasta el 30 por ciento del capital propio correspondiente del banco en cuestión, mientras que las Cajas de Ahorros y bancos cooperativos disponen de una garantía de la entidad (cit. números 2.2.2. y 3.3.2).

[51] Así, esta solución es aplaudida en el «Dictamen», en cuanto supone la adopción de «requisitos mínimos uniformes» (cit., número 3.1.4.)

[52] «Dictamen», cit., número 3.3.3.. Vid, también, 3.3.2.. Téngase en cuenta, en este sentido, como el nuevo apartado 5 de este art. 4 (inexistente en la versión anterior) prevé que la Comisión, a más tardar cinco años después de la fecha mencionada en el apartado 1 del artículo 8, presentará al Consejo un informe sobre la aplicación del precepto, acompañado, cuando proceda, de propuestas que atiendan, en particular, a la evolución del sector bancario y a la situación económica y monetaria de la Comunidad.

[53] Nótese que en la versión originaria de la Propuesta de Directiva se hablaba, meramente, de un aumento de la cuantía máxima de la garantía.

[54] En especial, apunta el apartado 3 del precepto, en lo que se refiere a la ampliación de las categorías de depositantes cubiertos por la garantía o a la elevación de la garantía máxima. Así, tampoco impide la adopción de disposiciones con arreglo a las cuales determinadas categorías de depósitos de importancia vital, tales como los planes de jubilación, estén íntegramente garantizados.

[55] Art. 4.4.. Vid. «Dictamen», cit, número 2.2.3..

En todo caso, sea una u otra —regla general o excepción— la solución adoptada, los Estados tienen la facultad de excluir de tal protección —o de limitar la misma— a determinados depositantes o depósitos precisados en el Anexo de la Directiva. Fundamentalmente, se trata de los depósitos de las empresas de seguros, de los fondos de pensiones y de inversión y de los entes públicos territoriales [56].

13. Es importante tener en cuenta, por otra parte, que la protección otorgada se reputa del depositante, que no del depósito [57]: esto es, la cobertura de 20.000 ecus, o el porcentaje fijado en el art. 4.4, lo es «para el conjunto de depósitos de un mismo depositante» [58].

Incidiendo en esta expresión, conviene apuntar, en primer lugar, como el término «conjunto» engloba a los depósitos realizados en la misma entidad de crédito, con independencia de su número, divisa y localización en la Comunidad [59]. Más problemático, si cabe, es la especificación del significado de «depositante» [60]. En relación con este punto, la propuesta aborda en su artículo 5 [61] los 1) supuestos de las cuentas conjuntas [62] y 2) las situaciones en que el titular de una cuenta no sea el beneficiario económico de los importes depositados en ella.

[56] Art. 4.2. Vid., igualmente, considerando catorce. Téngase en cuenta que la lista de excepciones se incluye en el anexo. Así, con relación a los depósitos se listan los siguientes:

1. Depósitos de las entidades financieras a que se refiere el apartado 6 del artículo 1 de la Directiva 89/646/CEE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, y por la que se modifica la Directiva 77/780/CEE (*DOCE* L 386/1 de 30 de diciembre de 1989).
2. Depósitos de las empresas de seguros.
3. Depósitos del Estado y de las administraciones centrales.
4. Depósitos de los entes públicos regionales, provinciales, municipales o locales.
5. Depósitos de los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios.
6. Depósitos de los fondos de pensiones o de jubilación.
7. Depósitos de los administradores, directivos, socios con responsabilidad personal, personas que posean al menos el 5 por ciento del capital de la entidad de crédito, personas encargadas del control legal de los documentos contables y depositantes que tengan las mismas características en las filiales.
8. Depósitos de los parientes próximos y de terceros que actúen por cuenta de los depositantes señalados en el anterior numeral.
9. Depósitos no nominativos.
10. Depósitos por los que el depositante que haya obtenido de la entidad de crédito, a título personal, tipos de interés y ventajas financieras que hayan contribuido a agravar la situación financiera de la entidad.
11. Obligaciones emitidas por la entidad de crédito.

[57] Vid. Considerando dieciseis y «Dictamen» (cit., número 2.2.3), en los que se justifica la opción en favor del depositante, y no del depósito.

[58] Art. 4.1.

[59] Art. 5.1.

[60] Sobre la ausencia de una definición precisa de «depositante», vid. «Dictamen», cit., número 4.1.3..

[61] Quedando claro que las soluciones en él incorporadas no serán aplicables a las inversiones colectivas de valores mobiliarios.

[62] El art. 1.1 entiende por cuenta conjunta «(la) abierta a nombre de dos o más personas o sobre la que tengan derechos dos o más personas y que pueda funcionar con la firma de una o más de éstas».

1) Con relación al primer supuesto, el art. 5.2 precisa que para calcular los límites previstos por la propuesta de Directiva se tomará en consideración la parte correspondiente a cada depositante de una cuenta conjunta. En ausencia de disposiciones específicas, la cuenta deberá ser repartida a partes iguales entre los depositantes.

2) Respecto del segundo punto, cuando el titular de una cuenta no sea el beneficiario económico de los importes depositados en ella, la garantía cubrirá al beneficiario económico [63]. Cuando haya varios beneficiarios económicos, para calcular los límites previstos se tomará en consideración la parte correspondiente de cada beneficario.

C. OBLIGACION DE INFORMACION A LOS DEPOSITANTES

14. Una vez especificado el nivel de protección de los depositantes, la propuesta recoge la necesidad de que los Estados miembros exijan a los directivos de las distintas entidades de crédito que informen a sus depositantes de los principales elementos que permitan determinar el sistema de garantía de depósitos del que forme parte la entidad y sus sucursales dentro de la Comunidad. Especialmente, se hace hincapié en la necesidad de que se precise el importe de la cobertura prevista por el sistema de garantía, así como de las condiciones de indemnización y de las formalidades necesarias para ser indemnizado. Toda esta información, además, deberá presentarse en la lengua o lenguas oficiales del Estado miembro en que esté establecida la sucursal. Los límites y cuantías máximas de garantía, así como el importe de los pagos previstos, estarán denominados tanto en ecus como en la moneda nacional [65].

D. PAGO DE LAS CANTIDADES DEBIDAS

1. Momento del pago

15. La propuesta apunta que el pago de las cantidades previstas se efectuará en un plazo de tres meses a partir de la fecha en que el depósito pase a considerarse indisponible, o de la declaración, por parte de una autoridad administrativa o judicial del Estado de suspensión de pagos, si ésta se produce antes de dicha fecha [66]. La referencia realizada a la «indisponibilidad» [67] implica que el pago no se hace

[63] Vid. «Dictamen», cit., número 4.6..
[64] Art. 6.1. Esto último, «sin más trámite que la simple solicitud».
[65] Art. 6.2.
[66] Art. 7.1.
[67] El art. 1.1 describe al depósito indisponible como «el depósito que, por encontrarse la entidad financiera en Estado de crisis financiera, no puede restituirse en las condiciones legales y contractuales aplicables a tal reembolso». El mismo precepto señala a continuación que, «esta suspensión de pagos no

directamente dependiente de la incoación de un procedimiento concursal, bastando con que se produzca una situación de suspensión de pagos durante diez días consecutivos [68].

Esta referencia a los tres meses, sin embargo, es objeto de ciertas excepciones, de naturaleza diversa, en la propia propuesta.

1) Así, en primer lugar, el plazo de tres meses podrá, empero, ser prorrogado durante no más de tres meses por motivos justificados «que sólo se refieran a determinados depositantes o depósitos» [69]. La solicitud de tal prórroga deberá de realizarse por los directivos del sistema de garantías ante la autoridad de supervisión [70].

2) En segundo lugar, el plazo —inicial o prorrogado— no podrá ser invocado por los directivos del sistema de garantías para denegar el beneficio de la garantía a un depositante que, por su alejamiento o por cualquier otro motivo —siempre que sea justificado— no haya podido hacer valer a tiempo sus derechos a un pago en concepto de garantía [71].

2. Moneda de pago

16. Los pagos correspondientes a la garantía se efectuarán, bien en la moneda nacional del Estado miembro en que se halle el depósito garantizado o, bien en ecus, independientemente de la divisa en la que estén denominados los depósitos [72].

3. Exigencias documentales

17. Los documentos relativos a las condiciones y formalidades que deban de cumplirse para percibir los pagos mencionados se redactarán de forma detallada en la lengua o lenguas nacionales del Estado miembro en que se halle el depósito garantizado [73].

deberá necesariamente ser declarada o decidida por una autoridad judicial o administrativa, bastando con que se prolongue de forma efectiva durante diez días consecutivos. A la expiración de este plazo el depósito se condiderará indisponible». Para una valoración, positiva, de esta solución, vid. «Dictamen», cit., número 4.1.4..
[68] Vid. Considerando doce.
[69] Art. 7.2.
[70] Art. 7.2.
[71] Art. 7.3.
[72] Art. 7.5. Vid. «Dictamen», cit., número 4.5..
[73] Art. 7.4.

IV. CONCLUSIONES

18. La propuesta de Directiva que analizamos debe aproximarse como el complemento lógico de las cuatro Directivas, ya dictadas, para la realización del mercado interior europeo de las entidades de crédito. Centrándonos en ella, debe destacarse que la misma no aborda una figura desconocida en España, dado que —como ya se ha apuntado— el Fondo de Garantía de Depósitos se remonta en nuestro país a 1977. En este sentido la propuesta no es novedosa en cuanto a su objeto, aunque sí incorpora elementos positivos, al generalizar la existencia de estos sistemas de garantía en la Comunidad, y establecer unos mínimos de protección comunes a los distintos países comunitarios, algo especialmente importante en los supuestos de situaciones de insolvencia internacionales.

Refiriéndonos a su trascendencia para nuestro país, la propuesta de Directiva incorpora algunos elementos diferenciadores que pueden llegar a incidir en el actual modelo español. Así, y a modo de ejemplo pueden citarse,

1) En primer lugar, el hecho de que la propuesta se refiera globalmente a las «entidades de crédito», a diferencia de lo que ocurre en la actualidad en nuestro país, donde —ya se ha examinado— existe un Fondo para la Banca privada y otro para las Cajas de Ahorro y cooperativas de crédito.

2) En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que el mínimo de aseguramiento fijado, 20.000 ecus, duplica el actual límite de 1.500.000 pts. fijado en España desde 1989.

3) Por último, la interpretación que del término «indisponibilidad» realiza el art. 1.1, unido a lo señalado en el art. 7 de la Propuesta, difiere de la solución concretada en nuestro país.

Independientemente de estas variaciones, habrá, sin embargo, que estar al texto definitivo para calibrar la auténtica incidencia que la nueva Directiva pueda llegar a tener en España.