

“EL DERECHO BANCARIO: CONSIDERACIONES GENERALES”

José Luis García-Pita y Lastres

Sumario:

I. INTRODUCCION. DERECHO MERCANTIL Y DERECHO BANCARIO. 1.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DERECHO BANCARIO. *a.- El Derecho bancario: definición. b.- Naturaleza del “Derecho bancario”. c.- Elementos integrantes del agregado normativo “Derecho bancario”.* 2.- CARACTERISTICAS DEL DERECHO BANCARIO. **II.- FUENTES DEL DERECHO BANCARIO: LA LEGISLACIÓN BANCARIA.** 1.- LAS LEYES Y REGLAMENTOS: LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO BANCARIO. PRINCIPALES LEYES BANCARIAS. 2.- EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.

I. INTRODUCCION. DERECHO MERCANTIL Y DERECHO BANCARIO.

I.1. Consideraciones preliminares. Concepto y contenido del derecho bancario.

El “Sistema financiero” está compuesto por un conjunto de empresarios especializados y de sectores o mercados a través de los cuales se canaliza la intermediación sobre los “*activos financieros*” y “*monetarios*”. De entre estos elementos componentes, subjetivos y funcionales, destaca -en un lugar muy principal- el “*sector bancario*”, o -por denominarlo de otro modo, sustituyendo la visión estática o estructural, por una visión *dinámica, funcional y concurrencial*- el “*mercado bancario*”, que es una noción que quiere aludir al fenómeno de la concurrencia de los *bancos* y entidades de crédito, en la intermediación financiera y monetaria, y en la colocación de capitales. Y es que, entre los sujetos que participan en la creación de activos/pasivos financieros, las relaciones pueden ser **directas** (se habla de activos financieros directos), o **indirectas** (se crean activos financieros indirectos). Ejemplo de lo primero se daría, p.e., en el caso de que un sujeto firmase un pagaré o aceptase una letra de cambio, para pago del precio de unas mercancías, servicios, etc. O también cuando una entidad emite acciones u obligaciones, para colocarlas entre el público. Por el contrario, ejemplo de los activos financieros indirectos -es decir: ejemplo “**de la intermediación financiera indirecta**”- es la actividad bancaria, por excelencia, que consiste en la **intermediación indirecta en el crédito**, a través de la captación de fondos reembolsables, recibidos del público en forma de depósitos irregulares o en otras formas análogas.

I.1.1. El Derecho “bancario”. Definición.

Diversas son las definiciones que cabría ofrecer del Derecho bancario. Una de ellas, muy completa a la par que enormemente sintética, podría ser la propuesta por el alemán Herbert SCHÖNLE.:

“Parte del Derecho objetivo que regula las relaciones jurídicas de las entidades de crédito”¹.

Aunque posiblemente esta definición peque de **excesiva**, porque **no todas** las relaciones jurídicas en las que intervienen, o en las que son “parte”, las “entidades de crédito”, **son -por ese sólo hecho- “bancarias”**. Piensese, p.e., en un arrendamiento de local del negocio, celebrado por un Banco, para la apertura de una nueva oficina: parece difícil de admitir que éllo pueda formar parte del Derecho bancario, siquiera de modo inmediato y directo.

En Francia, RIVES LANGE/CONTAMINE-RAYNAUD, a cuyo criterio se adhiere el franco-libanés Raymond FARHAT, lo definen como:

“Conjunto de normas concernientes a las operaciones de banca y a aquellos que las realizan a título profesional”².

Esta definición cuenta en su haber con un rasgo -también predicable de la definición anteriormente citada y debida al alemán Herbert SCHÖNLE-, que lo mismo puede merecer aplauso que crítica: alude a las normas que forman el Derecho bancario, pero **sin aclarar de qué normas se trata**: nada dice, ni de su origen, ni de su naturaleza, lo cual ciertamente resulta poco comprometido, reduciendo el riesgo de una limitación o restricción inadecuada y falaz del vasto y complejo contenido del Derecho bancario, aunque -al propio tiempo- hay que reconocer *resulta una mención muy poco clarificadora*.

Es -en cambio- digno de elogio el que se aluda a los dos principales elementos objetivos del Derecho bancario; a saber: las **operaciones** y los **sujetos** que las llevan a cabo, de los que se dice que las realizan *“a título profesional”*, porque -sin duda- el derecho bancario tiene por objeto la regulación del *estatuto profesional especial* de ciertos sujetos -los “bancos”, en sentido amplio-, que se caracterizan por la *actividad profesional* que desarrollan, pero -también- la regulación o la *“institucionlización”* de las *operaciones* en que se materializa esa actividad. Mas -a pesar de todo éllo- no dejan de existir algunos aspectos merecedores de reflexión: para empezar, *se silencia una cuestión esencial, cual es la de en qué consisten esas denominadas “operaciones de banca”*.

El mismo inconveniente presentaría la definición -extremadamente simple y concisa- que ofreció, entre nosotros, el Maestro GARRIGUES, cuando definió el Derecho bancario como:

“El conjunto de normas que se refiere a la actividad de los bancos”³;

definición, tal vez, excesivamente parca y de poca claridad, justificada -posiblemente- por el momento en que el Maestro GARRIGUES la formuló -hacia el año 1958, cuando la Ciencia del Derecho bancario *apenas se hallaba desarrollada en España*, y por los destinatarios de la Obra en la que apareció semejante definición. Tal vez en una

¹ Vid. SCHÖNLE,H.: **“Bank-, und Börsenrecht”**, edit. C.H.BECK'SCHE VERLAGSBUCH-HANDLUNG, 2ª ed., Munich, 1976, p. 2

² Vid. RIVES LANGE,J-L. y CONTAMINE-RAYNAUD,M.: **“Droit bancaire”**, 4ª ed., París, 1986, p. 1. FARHAT,R.: **“Le Droit bancaire. Reglementation. Instruments. Etude de Droit comparé”**, impr. ARAB PRINTING PRESS, Beirut, 1995, p. 23. Su definición ha sido **reproducida**, en la Doctrina portuguesa por SOARES DA VEIGA,V.: **“Dereito bancario”**, edit. ALMEDINA, 2ª ed. rev. y act., Coimbra, 1997, p. 29

³ Vid. GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE,J.: **“Contratos bancarios”**, 2ª ed., Madrid, 1975, p. 1. Igualmente, vid. TAPIA HERMIDA,A.J.: **“Evolución histórica, situación y perspectivas generales del Derecho público bancario español”**, en VV.AA.: **“Estudios de Derecho público bancario”**, dir. por S.Martin-Retortillo Baquer, edit. CEURA., Madrid, 1987, p. 37.

interpretación amplia de la expresión “*actividad de los bancos*”, se podría entender englobada.:

- * tanto la actividad *organizativa*
- * como la actividad *negocial/contractual*

Mas, volviendo a la definición de RIVES LANGE/CONTAMINE-RAYNAUD, hemos de señalar que, por otra parte, *olvida hacer referencia a un tercer elemento componente del Derecho bancario*, que solo en una interpretación amplia podría entenderse incluido en el segundo: nos referimos al *régimen de las relaciones administrativas*, pertenecientes al ámbito de lo que se conoce como la “*supervisión bancaria*”, que son relaciones en las que el otro polo subjetivo no son los clientes de las entidades de crédito, sino las autoridades de la administración sectorial de control bancario. En segundo lugar, debería quedar claro que el Derecho “bancario” no afecta exclusivamente a los “bancos” -en sentido amplio- como sujetos que realizan las operaciones bancarias título profesional, ya que también pueden afectar, bien que tal vez no de modo pleno, a los particulares, clientes de los bancos, que participan también en esas mismas “operaciones”, pero -como es lógico- no -o no necesariamente- a título “profesional”.

Ahora bien, a todas las definiciones expuestas se les podría imputar -como hacen SCHWINTOWSKI/SCHÄFER, respecto de las definiciones de SCHÖNLE o de KÜMPPEL- que pecan de tautológicas, ya que se limitan a sugerir que el marco del Derecho bancario es lo que los bancos hacen, mientras que se deja en el aire el aspecto “funcional”; se deja en el aire qué es lo característico de las operaciones o de la actividad bancaria; qué las diferencia -p.e.- de la actividad aseguradora, y a qué fines u objetivos sirve el “Derecho bancario”⁴

En Italia, SPINELLI/GENTILE afirman que se trata del conjunto de normas que regulan.:

“La constitución, la organización, el ejercicio de la empresa de crédito y toda relación que atiene a la actividad bancaria”⁵.

Se trata de una definición muy pormenorizada -similar, p.e., a la que ha formulado el portugués SARAIVA MATIAS⁶-, siquiera en uno sólo de los aspectos de la banca: la dimensión *organizativa/estructural*, aunque, por otra parte, puede resultar -el propio tiempo- excesivamente restringida, o excesivamente amplia, porque, o bien peca del mismo defecto que la definición de SCHÖNLE, o bien debe ser criticada por no hacer referencia suficiente al régimen de los contratos u operaciones “bancarios”.

Sí que presenta un extraordinario interés el hecho de que, por fin, se emplee una noción *no tautológica, ni icástica*, que sirva para centrar la noción de “lo bancario”; a saber: la alusión a la “*Empresa de Crédito*”, lo que nos lleva a sospechar que el Derecho bancario tiene que ver con el desarrollo del “Crédito”, organizado de forma empresarial. Sin embargo, puede plantearse una cuestión adicional, ya que -debido a la ampliación de los servicios bancarios, y, sobre todo, a la *fundamental trascendencia que tienen las cuentas corrientes*, no ya como instrumentos del depósito a la vista, sino como instrumentos de creación de “moneda escritural”- podría suscitarse la siguiente

⁴ SCHWINTOWSKI,H-P. y SCHÄFER,F.A.. “Bankrecht. Commercial Banking, Investment Banking”, edit. CERL HEYMANN'S VERLAG,K.G., Colonia/Berlin/Bonn/Munich, 1997, p. 3.

⁵ Vid. SPINELLI/GENTILE.: cit., 1ª ed., p. 13.

⁶ SARAIVA MATIAS,A.: “Dereito bancario”, edit. COIMBRA EDITORA, Lisboa, 1998, p. 8, quien lo define como “un conjunto o complejo de principios y normas jurídicas que regulan la actividad bancaria, así como la constitución y funcionamiento de las instituciones bancarias”.

cuestión: el Derecho bancario ¿se define en función de la intermediación “*en el crédito*”, o en función de la “*intermediación en el dinero*”?

Esta última postura parece que va ganando adeptos como -p.e.- GAVALDA/STOUFFLET.:

“El Derecho bancario está formado por las reglas que fijan el estatuto de las empresas que se dedican al “*comercio del dinero*” y las aplicables a su actividad”⁷,

o como SCHWINTOWSKI/SCHÄFER, cuando afirman que el Derecho bancario, en un sentido *amplio*.:

“... es el Derecho de la creación y destrucción del Dinero; de la circulación del Dinero y de la custodia e inversión del Dinero”⁸

En general, y con independencia de ciertos matices, existe una evidente coincidencia entre las distintas definiciones, cuando menos en el sentido de que el Derecho bancario posee un contenido **tripolar**:

- El **estatuto profesional**,
- Las **relaciones de supervisión y control público**,
- Los **contratos bancarios**.

A nuestro modo de ver, la definición del Derecho bancario debería ser la siguiente.:

“Parte del Derecho objetivo constituida por las **normas públicas y privadas** que, de forma **específica** y en orden a la **protección de los depositantes** y la **eficiencia del sistema bancario**, dentro del Sistema financiero, se refieren a la **constitución, la organización y el ejercicio de la empresa de intermediación crediticia y monetaria**, y de sus **actividades financieras accesorias**; a sus **relaciones con las autoridades de control sectorial**, así como a los **contratos o negocios jurídicos**, en que, precisamente, se materializa esa actividad empresarial financiera”.

La definición, así, se compone de los siguientes elementos constructivos.:

* en cuanto al **núcleo** del Derecho bancario, el mismo se polariza en torno al *elemento funcional de la actividad bancaria*: se trata de regular una profesión que consiste en el desarrollo, económicamente -empresarialmente- organizado, de la *intermediación crediticia y monetaria*, lo que es tanto como aludir a la actividad de *intermediación indirecta en el crédito* -el “*continuum*” de captación de depósitos/concesión de créditos-, sirviéndose de instrumentos económico-jurídicos que, además, *son idóneos para la creación del “Dinero bancario o escritural”* (las cuentas corrientes bancarias).

* esta actividad económica se regula, por el Derecho bancario, atendiendo a *dos objetivos fundamentales*:

- la *protección de los depositantes*
- la *garantía de la eficiencia del sistema bancario, dentro del sistema financiero*,

* la regulación afecta, materialmente, a los *sujetos profesionales* de esta actividad -las “*entidades de crédito*”-, cuya *creación, organización, estatuto profesional y relaciones con la Administración sectorial* de control, disciplina el Derecho bancario. Y a los *contratos* en los que se plasma precisamente su actividad.

⁷ GAVALDA,Ch. y STOUFFLET,J.: “Droit bancaire. Institutions, Comptes, Opérations, Services”, edit. LITEC., Paris, 1992, p. 1

⁸ SCHWINTOWSKI/SCHÄFER.: cit., p. 4.

* la naturaleza de este agregado normativo es *compleja*, ya que se integra de normas jurídico-públicas y normas jurídico-privadas.

I.1.2.- Naturaleza del “Derecho bancario”.

El Derecho bancario es verdadero Derecho objetivo que, como señala SCHÖNLE, “ordena el comportamiento de los hombres, dentro de una comunidad, con fuerza vinculante”⁹. Mas, una vez reconocido el carácter positivo y vinculante del Derecho bancario, todavía es preciso determinar a qué sector del Ordenamiento jurídico pertenece. En principio, el “Derecho bancario” es un Derecho eminentemente *profesional*, como el Derecho mercantil¹⁰, que contempla y regula el *ejercicio de una actividad* -la actividad bancaria- con un sujeto actor o agente -el “Banco”, en sentido amplio-, y que, desde el punto de vista jurídico se traduce en el establecimiento de relaciones jurídicas. De estas relaciones, unas son “**de organización**”; relaciones que, o bien son *internas*, o bien establecen un vínculo con la Administración del Estado, que interviene sobre el sector económico de la actividad bancaria. Y otras son relaciones **patrimoniales externas**, establecidas con otros sujetos mediante la conclusión de contratos: los contratos “*bancarios*” (que tienen por objeto la intermediación en el dinero y el crédito, efectuada de forma indirecta, o bien se relacionan con dicha actividad). Actor y Actividad; profesión y profesional... De ahí que en el Derecho bancario quepa diferenciar una doble dimensión:

a) La constituida por las normas que afectan **a la institución bancaria**; es decir, al Banco o Entidad de crédito como sujeto, a su creación, organización, funcionamiento y estatuto profesional (aspecto *institucional* o “*normas institucionales*”).

b) Y la representada por las normas jurídicas que afectan **a la actividad misma** que el Banco desarrolla (aspecto *operativo* o “*normas operativas*”)¹¹.

Pues bien, en una primera aproximación -eminentemente doctrinal- el *Derecho bancario* se muestra como un sector *estrechamente vinculado*, hasta el punto de que existe una *relación de inclusión*, o por lo menos de “*intersección*”, con el *Derecho mercantil*: el Derecho bancario surge como y del Derecho mercantil; el Derecho bancario es, en principio, Derecho “*mercantil*”, y -en este sentido- puede afirmarse, sin temor a equivocación- que, cualquiera que sea la concepción que se tenga del Derecho mercantil, la materia “*bancaria*” le pertenecerá por derecho: ya se considere que el Derecho mercantil es el Derecho “*del Comercio*”, o de los “*actos de comercio*”, o de los “*actos en masa*”, o “*de las empresas*” ó de los “*empresarios, en el ejercicio de su actividad profesional*”, las instituciones bancarias podrán quedar enmarcadas o incardinadas en su seno¹².

⁹ SCHÖNLE, H.: “*Bank-, und...*”, cit., 2ª ed., p. 2.

¹⁰ RIVES LANGE/CONTAMINE-RAYNAUD.: cit., 4ª ed., p.1.

¹¹ GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: “*Contratos...*”, cit., p. 2. TAPIA HERMIDA, A.J.: cit., p. 37. PENDÓN MELÉNDEZ, M.A.: “*Derecho público y derecho privado en la Ordenación del Crédito. Normativa sectorial y Crédito al Consumo*”, cit., p. 5. ARAGON REYES, M.: “*Las fuentes. En particular el problema de los Estatutos de los bancos y las Circulares del Banco de España*”, en VV.AA.: “*Contratos bancarios*”, present. E.de la Torre Saavedra, dir. R.García Villaverde, coord. R.Bonardell Lenzano, edit. CIVITAS, S.A., Madrid, 1992, p. 23. FRANCH I SAGUER, M.: “*Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorros*”, edit. CIVITAS, S.A., Madrid, 1992, p. 113.

¹² SARAIVA MATÍAS, A.: “*Derecho bancario*”, cit., p. 8 o SOARES DE VEIGA, V.: cit., p. 30, quienes señala que el Derecho bancario pertenece al Derecho comercial: los bancos son comerciantes y las operaciones que llevan a cabo son operaciones mercantiles. En relación con el **Derecho del Mercado Financiero**, en general, vid. ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: “*Derecho del Mercado financiero*”, cit., ps. 22 y ss.

Así, p.e., si se sostiene que el Derecho mercantil es el Derecho “**de los comerciantes**”, habrá que reconocer que *el Derecho bancario nació como una práctica de los comerciantes*. Así, ya en la Roma antigua una utilización -igualmente notable- de los *instrumentos contables*, que tuvo una gran trascendencia para la actividad bancaria, ampliamente desarrollada con la aparición del “*argentarius*”¹³. La Banca romana estaba inspirada en el modelo de los “*trapezitai*” griegos, que llegarían a convertirse en los “*argentarii*”. Estos últimos, junto con los “*nummularii*”, se dedicaban al cambio de monedas, por cuenta de los “*peregrini*” llegados a Roma desde tierras lejanas, para comerciar. Sin embargo, no era el cambio de monedas su única actividad: también efectuaban anticipos y préstamos -dando lugar a un nuevo tipo de banquero: el “*foenator*”-. Y, sobre todo, también recibían *depósitos regulares e irregulares* -como veremos, al tratar del Depósito bancario de efectivo-, los cuales producían intereses de pleno derecho y cuya restitución estaba garantizada por una ley especial, particularmente en caso de quiebra del banquero.

Ya en la **Edad Media**, los banqueros, convertidos -fundamentalmente- en *comerciantes cambistas*, son los artífices de la aparición de la Letra de Cambio y del mismísimo Derecho concursal. En efecto, durante los siglos XII y XIII, el desarrollo de la incipiente economía capitalista se enfrentaba con dos graves problemas: la **extraordinaria diversidad de monedas**, gravemente agudizada por el desarrollo de las operaciones de comercio y los intercambios entre ciudades soberanas diferentes. Y las **dificultades generadas por el transporte de moneda metálica**¹⁴. Para obviar estos inconvenientes, surgieron mercaderes especializados: los “**cambistas**” ó “**campsores**”¹⁵, quienes inicialmente operaban a través del simple **trueque manual** -“*Cambium minutum*”-. Este negocio servía para las operaciones desarrolladas en un ámbito geográfico reducido. Pero cuando se expande ese ámbito y el negocio de los cambistas evoluciona hacia operaciones de giro, depósito y crédito, el “Cambio manual” deja paso al “**Cambio trayecticio**”, que se efectuaba **por vía documental** (“*Cambium per litteras*”)¹⁶, lo que permitió a los “*campsores*” ampliar su actividad, desde el negocio de puro cambio manual, a operaciones cuya finalidad era la de **efectuar pagos y transferencias en interés de los clientes que les habían confiado su dinero**¹⁷.

¹³ Vid. VICENTE Y GELLA, A.: *ibidem*. BLANCO CAMPAÑA, J.: “**Régimen jurídico de la Contabilidad de los Empresarios**”, Madrid, 1980, ps. 73 y ss., quien señala cómo en las fuentes romanas se pueden encontrar expresiones como “*adversaria*” (especie de “Diario” ó borrador), “*codex accepti et expensi*” (similar al Libro Mayor o Libro de Caja) y “*tabulae accepti et expensi*”, “*liber rationum*”... Y también hace notar que se estos libros se hallaban presentes, sobre todo, en el tráfico bancario romano, hasta el punto de que la desaparición del “*argentarius*” muy bien podría haber propiciado la desaparición de los libros. La contabilidad romana era notablemente formalista y tenía reconocida una importante eficacia probatoria -cuando menos, insistimos, en el tráfico bancario-. Los “*nomina transcripticia*” servían, además, al tráfico de pagos en sin dinero (moneda escritural), merced a la creación, por anotación contable, de **obligaciones literales** (“*expensilatio*”). DE SOLA CAÑIZARES, F.: *cit.*, t. I, p. 11, llega a afirmar que **los banqueros romanos fueron los verdaderos inventores de la contabilidad comercial**.

¹⁴ RUBIO GARCIA-MINA, J.: “**Derecho cambiario**”, *ibidem*. ZÖLLNER, W.: *ibidem*.

¹⁵ Cuyo origen sitúa RUBIO en la Génova del siglo XII, y cuya actividad consistía en facilitar y valorar la compra directa de especies monetarias diferentes, le situaba en un plano similar al de los “*trapezitai*” griegos y los “*nummularii*” y “*argentarii*”, romanos (Vid. RUBIO GARCIA-MINA, J.: *cit.*, p. 77. MICHAELIS, R.: *ibidem*).

¹⁶ En efecto, ya en el siglo XIII los “*campsores*” pasan de limitarse a un intercambio de monedas por una limitada remuneración, para pasar a beneficiarse y especular con las **diferencias de valor resultantes de la diversidad de plazas**; de la diversidad interna y externa de las monedas y de la observación de las oscilaciones en los cambios (Vid. RUBIO GARCIA-MINA, J.: *ibidem*).

¹⁷ RUBIO GARCIA-MINA, J.: *ibidem*, aunque señala que, si bien las razones que originaron el cambio trayecticio no son las mismas que las que originaron el “*cambium minutum*”, **tampoco es cierto que se trate de dos instituciones que no comparten ningún vínculo, desde el punto de vista jurídico**.

Junto a estos banqueros/cambistas, existía otro tipo de banqueros -los “*banchieri*”- que desarrollaban una actividad principal consistente en **aceptar en depósito dinero ajeno, para emplearlo en inversiones especulativas de varia índole**: “*commenda*”, “*foenus nauticum*”, compras a crédito...; actividad ésta, de intercambio, que era propia de comerciantes.

Ya en la **Edad Moderna**, los bancos del Norte de Europa se dedicaban con profusión a la venta de letras de cambio, a través de corredores (“*courtiers*”), que en el futuro se convertirían en los agentes de cambio y bolsa. En este ámbito, señala SZRAMKIEWICZ¹⁸, son muy frecuentes operaciones de **arbitraje**, consistentes en tomar dinero a préstamo en una determinada plaza, para prestarlo en otra, donde el tipo de interés es más elevado. Y también se recurre a la figura del **endoso**, que surgido a fines del Renacimiento, se multiplica en el transcurso de las etapas ulteriores de la Edad Moderna, potenciando -el autor dice que dando origen a- la institución del **Descuento**¹⁹.

La Edad Moderna es tiempo de desarrollo de la actividad bancaria privada, pero es, también -y sobre todo-, la Edad del desarrollo de los Bancos centrales; de los Grandes Bancos de Estado²⁰. Así, en 1694 y a instancias de William PATTERSON, se crea en el Reino Unido, el **Banco de Inglaterra**, que -como señala ANDREADES²¹- respondía a la necesidad de crear un Banco nacional, así por razones comerciales -reducción de los tipos de interés y garantía de la moneda fiduciaria (“*paper currency*”), como por motivos políticos.

Por lo que a España se refiere, ya Peter VAN OUDEGHERSTE había propuesto al Rey Felipe II, la creación de unos llamados “Erarios públicos” y el establecimiento de una organización bancaria oficial, con objeto de facilitar la financiación de las actividades privadas y los gastos de la Corona española. Los “Erarios” eran oficinas públicas enclavadas en las ciudades y villas de la Corona, que realizarían préstamos el 6%, nutriéndose de depósitos y estimulados por exenciones tributarias.

Sin embargo, sólo a finales del siglo XVIII -por **Real Cédula de 2 de junio de 1782** e iniciativa de CABARRUS- se creó el antecedente del Banco de España: el “**Banco Nacional de San Carlos**”, con forma de sociedad por acciones, típicamente mercantilista²², aunque -ya desde su nacimiento- estuvo también marcado por una neta impronta administrativa, ya que requirió de una autorización y se hallaba bajo protección real²³.

¹⁸ SZRAMKIEWICZ, R.: cit., p. 97.

¹⁹ Sobre el origen histórico del Descuento, vinculado al desarrollo del instituto cambiario, vid. GARCIA-PITA y LASTRES, J.L.: “**El contrato bancario de Descuento**”, Madrid, 1990, ps. 36 y ss., en especial ps. 43 y ss., aunque en nuestra opinión el contrato de Descuento probablemente ya se practicaba -de forma clandestina- en la Edad Media, pero sin que apareciera en los libros de cuentas de los mercaderes, por tratarse de una operación que pugnaba con las prohibiciones canónicas de la usura. Lo que pasa es que, con el desarrollo de la Letra de Cambio y la aparición del Endoso, el Descuento se desarrolló de forma notabilísima.

²⁰ DE SOLA CAÑIZARES, F.: cit., t. I, p. 23, quien señala que los negocios de banca se desarrollaron notablemente durante la Edad Moderna, pero el acontecimiento más notable es la **fundación de los bancos “de emisión”**, según reglas que emanan del poder público. Estos bancos, junto con la emisión de billetes, practican masivamente operaciones de depósito y de descuento. HAMEL, J.: “**Banques et opérations de banque**”, t. I, París, 1933, ps. 101 y ss.

²¹ ANDREADES, A.: “**History of the Bank of England**”, trad. ingl. por Chr. Meredith, prefacio de H.S. Foxwell, Londres, 1909, ps. 45 y ss.

²² GALVARRIATO, J.A.: “**El Banco de España. Su historia en la centuria 1829-1919**”, Madrid, 1932.

²³ Autorización materializada en la aludida Real Cédula, que luego se insertaría -bien que parcialmente- en la Ley 6ª, del Título IIIª, del Libro IXº de la Novísima Recopilación, y por cuanto quedaba -según el art.1º de la Real Cédula- “bajo la Real protección”.

Si, por el contrario, el Derecho mercantil se pretende definir como Derecho “**de los actos de comercio**”, el Derecho bancario también se manifiesta como integrado en el primero, tanto por las referencias y *menciones expresas* que, a los bancos y a las actividades bancarias, *hacían los Código de comercio “objetivos”*, como por la propia esencia de la actividad bancaria. Así, en primer término, el **art. 632, Code de comm.fr.**, reputa “*actos de comercio*” todas las “*operaciones bancarias*”, incluso las de los bancos públicos, a la par que considera que la repetición de tales operaciones de banca atribuye a quien las realiza la condición de “banquero”²⁴. Y otro cuerpo legal que respondía a un sistema objetivo de acotación de la materia mercantil -el, hoy derogado, “*Codice di commercio italiano*”, de 1882-, seguía un sistema análogo, al considerar como acto de comercio, en su **art. 3º**, las “*operazioni di banca*”, habiendo llegado la doctrina que interpretó este precepto, al extremo de considerar que las operaciones de banca se consideraban actos de comercio absolutamente objetivos, sin que importase la personalidad de los intervinientes²⁵.

De hecho, en nuestro propio Ordenamiento jurídico, el **Código de comercio de 22 de julio de 1885**, cuyo **art. 2º** establece la condición de acto de comercio, y la sumisión a las normas mercantiles, de aquellos contenidos en el propio Código, incluye -como sociedades anónimas especiales- diversas clases de bancos, enumerando las operaciones que les son propias²⁶.

En otro orden de cosas, el derecho bancario tiene que ver con una actividad *esencialmente intermediaria* y que, por mucho tiempo, se manifestó revestida de un “*animus lucrandi*” que la emparentaba -de forma evidente- con la noción del “Acto de comercio”, como “*acto de interposición lucrativa*”.

Por su parte, en el HGB alemán, de 1897, que responde a un criterio **subjetivo** de delimitación del objeto del Derecho mercantil, atribuye la condición de comerciante (“*Kaufmann*”) a quien desarrolla una actividad comercial. Y, aunque en este punto ha sido objeto de una *reciente y profunda modificación*, que -sin duda- *también a afectado a este punto*, hemos de recordar que -en su *texto original*- al enumerar cuáles eran las “*actividades o empresas comerciales*”, incluía la *actividad bancaria*²⁷, rompiendo -así, parcialmente- con el criterio que normalmente empleaba, para referirse a toda una categoría de actividades²⁸.

²⁴ Vid. RIVES LANGE/CONTAMINE- RAYNAUD.: cit., p. 4, en relación con el Derecho francés

²⁵ NAVARRINI, U.: “*Trattato teorico-pratico di Diritto commerciale*”, t. I, 1ª reimp., Milán/Turín/Toma, 1920, ps. 207 y ss. MOLLE, G.: “*I contratti...*”, cit., p. 1.

²⁶ GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: “*Tratado...*”, cit., t. I, vol. 1º, ps. 81 y ss. **Idem.:** “*Contratos bancarios*”, cit., 2º ed., ps. 6 y ss.

²⁷ BRÜGGEMANN, D.: en VV.AA.: “*HGB. Grosskommentar*”, dir. por H. Staub, edit. WALTER DE GRUYTER, 4ª ed. actualizada, vol. I, Berlín/N.York, 1983, ps. 105 y s., quien, sin embargo, señala que la referencia a los “negocios de banca”, del HGB., ha quedado prácticamente vacía de contenido por la promulgación de la Ley sobre el Crédito, de 1961 (“*Kreditwesengesetz*” ó KWG.), que, como indican HEYMANN/EMMERICH.: cit., t. I, p. 83, es el cuerpo legal que, actualmente y en última instancia, determina que y cuáles son los contratos bancarios -“*Bankiergeschäfte*”-. Además, en opinión de los citados HEYMANN/EMMERICH, la circunstancia de que la KWG. excluya de su ámbito de aplicación a ciertas entidades bancarias de naturaleza pública, como el *Bundesbank* o el *Kreditanstalt für Wiederaufbau*, no impide que, con arreglo al HGB. dichas instituciones, en cuanto desarrollan el ejercicio empresarial de la actividad de Banca, puedan y deban de considerarse empresarios mercantiles. El criterio es lógico, puesto que la KWG. no es una ley que determine la “mercantilidad”, sino una Ley de control, que establece la supervisión administrativa sobre el sistema bancario y, por tanto, ha de ocuparse de quienes se encuentran sometidos a la misma.

²⁸ BRÜGGEMANN, D.: cit., ps. 105 y s. Vid., también, en relación con el criterio subjetivo del HGB. y la consideración como mercantil de la actividad bancaria o las operaciones de banca.: SCHLE-GELBERGER/HILDEBRANDT/STECKAN.: “*Handelsgesetzbuch. Kommentar*”, t. I, 5ª ed., Munich, 1973, ps. 29 y ss.

Pero -por encima de todo- la *mercantilidad* -digamos- “*nuclear*” o esencial del Derecho bancario se aprecia, en toda su amplitud, partiendo de la consideración del Derecho mercantil, como “*Derecho de los empresarios, en el ejercicio de su actividad empresarial*”. Porque, ciertamente, la banca es una *actividad sólo concebible en términos de “empresa”*, como la actividad aseguradora, ya que una y la otra comparten un rasgo común: la “*intermediación financiera*”; es decir la intermediación en el tráfico de los “*activos financieros*” -y, en el caso de la Banca, también *monetarios*-, lo que supone una *esencial exposición a los riesgos de crédito*; exposición que resultaría insoponible para cualquier sujeto que no la desarrollase en términos de “*empresa*”. Esto comporta varias consecuencias.:

- * la primera es que el propio concepto de “*Entidad de crédito*”; noción que ha venido a sustituir, por superación objetiva, al concepto de “*Banco*”, responda a la noción de “*Empresa*”
- * La segunda, que para ejercitar la actividad bancaria en condiciones de regularidad, el Ordenamiento *impone la adopción de ciertas formas de personificación jurídica* que, desde la perspectiva de la Ciencia Económica, son *manifestaciones del fenómeno empresa*.:
 - la Sociedad anónima (bancos, establecimientos financieros de crédito)
 - la Sociedad Cooperativa (cooperativas de crédito y cajas rurales)
 - la Fundación (las cajas de ahorros).

En este sentido, RIPERT/ROBLOT y otros señalan que unas operaciones tan complejas y de tanta precisión como las operaciones bancarias, que -desde una perspectiva material- recurren masivamente a los instrumentos de los *títulos-valores* y las *cuentas*, exigen que las operaciones propias de este tráfico se lleven a cabo por “*especialistas*”: el comercio necesita de “*especialistas*” y “*técnicos*” que creen los títulos, que los conserven, que se encarguen de la llevanza de las cuentas y registren las operaciones. Es de aquí de donde surge el *desarrollo de la Banca y de la Bolsa*: el banco moderno recibe los fondos del público y recibe en depósito valores, concede crédito bajo múltiples formas, lleva las cuentas de sus clientes...²⁹.

- * La tercera, que *las entidades de crédito quedan sometidas a -o afectadas por- el régimen jurídico protección de la Empresa y del mercado*. Más precisamente, se someten al Derecho de la *libre y leal Competencia*.

Así lo demuestra, p.e., el **art. 20 de la L.it. nº 287/1990, de 10 de octubre**, que regula las relaciones entre los organismos de defensa de la competencia y las autoridades de control bancario (la “*Banca d’Italia*”) o asegurador (el “*Istituto per la Vigilanza delle Assicurazioni private*” ó ISVAP.), etc...; precepto que podría remontarse al ejemplo de la “*Sherman Act*” norteamericana, de 1890, en la que el Derecho de la competencia en las llamadas “*regulated industries*” se confiaba, con ciertas adaptaciones a los entes reguladores correspondientes³⁰.

También el *Derecho Comunitario de la Competencia* -básicamente contenido en los **arts. 85 y 86, TCEE**- es susceptible de ser aplicado las entidades de crédito, cual quedó de manifiesto en diversas decisiones jurisprudenciales comunitarias, como la **Sent.TJCE. de 14 de julio de 1981**, recaída en el Caso *Züchner c. Bayerische*

²⁹ RIPERT/ROBLOT/DELEBECQUE/GERMAIN.: “*Traité...*” cit., t. II, 14ª ed., ps. 2 y s.

³⁰ BERNINI,G.: “*Attività bancaria e Diritto della Concorrenza in Italia*”, en VV.AA.: “**Estudios de Derecho bancario y bursátil homenaje a Evelio Verdura y Tuells**”, t. I, edit. “LA LEY”, Madrid, 1994, ps. 240 y ss.

Vereinsbank, donde se afirmó que las actividades de la entidad bancaria constituían “servicios”, en el sentido del **art. 60 TCEE.**, y que suscitó la cuestión prejudicial de si la percepción de una comisión bancaria por transferencia de fondos al extranjero podía constituir, o no, una *práctica concertada*, susceptible de afectar a los intercambios comerciales, en el seno de la CEE. Aunque la representación legal de la entidad bancaria pretendió sostener que el Derecho “antitrust” comunitario no era de aplicación a los bancos, la *Doctrina del Tribunal consideró* -por el contrario- que *las reglas comunitarias sobre la Competencia, en general, sin aplicables a las entidades bancarias.*

Análogo criterio mantuvo la Comisión de la CEE. en su *Decisión de 10 de diciembre de 1984*, en el llamado Caso “*Eurocheques Uniformes*”³¹.

Aunque -como certeramente ha puesto de relieve el Prof. BOTANA AGRA- se trata de entidades a las que, eventualmente -y dadas las interferencias de política monetaria y financiera-, les sería aplicable *régimen excepcional* del **art. 90, TCEE.**, bien que solamente cuando concurriesen los requisitos exigidos por dicho precepto; disposición de acuerdo con la cual las *empresas encargadas de la gestión de “servicios de interés económico general” quedarán sometidas a las normas del Tratado sobre Competencia, “en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”*³².

Sin embargo, el Derecho bancario, como parte del Derecho objetivo, *no agota su contenido en normas o instituciones estrictamente mercantiles-privadas*, sino que -bien por el contrario- constituye *un conglomerado de normas de muy diversa naturaleza; normas de Derecho privado, pero también normas de Derecho público.*

I.1.3.- Elementos integrantes del agregado normativo “Derecho bancario”.

Aunque, tradicionalmente el Derecho bancario surge del Derecho mercantil, debido al *notable intervencionismo público* en el ámbito de la Banca, es evidente -en todos los países- la creciente importancia de las normas de Derecho administrativo y, en este sentido, cabe afirmar -con el italiano Carlo FOLCO- que, si bien el Derecho bancario debe ser insertado dentro del cuadro general del Derecho privado, se destaca de él, como *rama característica, que se encuentra en los límites del Derecho público*, con el que guarda estrecha conexión, además de que contiene un complejo de normas público/administrativas, que el Estado dicta atendiendo al interés público, para disciplinar el ejercicio de la empresa bancaria. Y, así, el Crédito -como actividad empresarial-, construido sobre los más decantados esquemas del Derecho privado, gradualmente ha ido recibiendo *“una urdimbre de disposiciones administrativas”*³³.

³¹ GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “El Sistema Eurocheque y el Derecho de la Competencia en la Comunidad Económica Europea”, en “Actas de Derecho Industrial”, nº 10, 1984/1985, ps. 551 y ss.

³² BOTANA AGRA, M.: “La aplicación de las reglas comunitarias de la Competencia a las Entidades de crédito, en el marco del artículo 90.2 del Tratado CEE.”, en VV.AA.: “Estudios de Derecho bancario y bursátil homenaje a Evelio Verdura y Tuells”, t. I, edit. “LA LEY”, Madrid, 1994, ps. 349 y ss.

³³ RIVES LANGE/CONTAMINE-RAYNAUD.: cit., p. 4. FOLCO, C.: “El Sistema...”, cit., 2ª ed., t. I, p. 191. ACOSTA ROMERO, M.: “Nuevo Derecho bancario. Panorama del Sistema Financiero mexicano”, edit. PORRÚA, 6ª ed., México, 1997, p. 85, quien señala -en relación con el Derecho mexicano- que si bien hay que reconocer que los Códigos civil y de comercio todavía contienen normas que se aplican a los bancos, **la mayor parte de las normas bancarias pertenecen al Derecho público**, dejando en franca desventaja a las normas privadas. Por esta vía, el autor llega hasta el extremo de hablar de **una transformación del Derecho bancario, en Derecho público.** MARTÍN RETORTILLO, S.: “Crédito, Banca y cajas de ahorro”, edit. TECNOS, Madrid, 1975. TAPIA HERMIDA, A.J.: cit., p. 38. FRANCHI SAGUER, M.: “Intervención administrativa...”, cit., p. 113.

En realidad, lo que sucede es que el Derecho bancario es un Derecho *profesional/funcional*, que afecta a todos los aspectos del estatuto del banquero y del régimen de sus operaciones, incluyendo sus relaciones con el poder público, por lo que la incidencia de la reglamentación administrativa es muy considerable³⁴. En este sentido, el Derecho bancario español impone a las entidades de crédito la **obtención de previas autorizaciones administrativas, de índole constitutiva y “de inserción”**, así como la adopción de **especiales estructuras organizativas de conformación** - Sociedad Anónima, Cooperativa, Fundación-, y las obliga a tener cifras de capital mínimo muy elevadas, así como a respetar los coeficientes bancarios, **en orden a asegurar la liquidez y solvencia suficientes para salvaguardar el interés de los depositantes**, en que habrán de recuperar las cantidades depositadas; es decir: en que **los Bancos podrán cumplir sus obligaciones de restitución “ex deposito”**, aunque no sea éste el único aspecto problemático de la actividad bancaria.

En consecuencia, el derecho bancario es un conglomerado de diferentes normas, pertenecientes a los más diversos ámbitos del Ordenamiento; a saber.:

- **normas constitucionales**: como, p.e., el **art. 149, 1º, 11ª, Const.Esp.** de 1978³⁵.
- **normas mercantiles**: como los **arts. 175 y ss., Cdc.**, relativos a las sociedades anónimas especiales “bancarias”, o como los **arts. 311 y ss., Cdc.**, relativos al préstamo mercantil; como la **Ley Cambiaria y del Cheque**. E incluso como las normas relativas a la creación de bancos, cajas de ahorros o cooperativas de crédito, que -aun cuando insertadas en normas sedicentemente administrativas- *regulan relaciones estrictamente jurídico-privadas*, aunque reduciendo el ámbito de la autonomía negocial privada, etc.
- **normas administrativas**,
- **normas fiscales**,
- **normas penales** (p.e., las referidas a la estafa cuando se refiere a cheques en descubierto o letras de cambio colusorias).

E, igualmente, normas laborales, civiles, de Derecho internacional... Así, p.e., un prestigioso autor alemán ha hecho notar que los procesos de pago, por medio de dinero metálico o en efectivo, o por medio de dinero contable o escriturario, poseen una naturaleza jurídico-civil. Y lo mismo sucede con la Concesión de crédito, que parcialmente se encuentra regulada en el BGB. Pero, por otra parte, también es conocido y característico de las cuestiones Monetarias y crediticias -“*Geld, Kredit, und Währungswesen*”- el hecho de que existe una normativa estatal, jurídico-pública³⁶. El Derecho bancario se presenta, pues, como.:

“... un conglomerado de normas de organización jurídico-públicas y preceptos jurídico-privados”,

que, sin duda, conecta con otros ámbitos del Ordenamiento, como el Derecho civil, mercantil, cambiario y de títulos-valores, Derecho de la Organización del Estado

³⁴ GAVALDA, Ch. y STOUFFLET, J.: “*Droit de la Banque*”, edit. PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE, 1ª ed., París, 1973, p. 5.

³⁵ O, por lo que al Derecho constitucional extranjero, se refiere: como el **art. 2º, nº 5**, junto con la totalidad del **Capítulo V** -titulado: “**De la Moneda y de la Banca**”- del **Título III**, de la **Constitución política del Perú, de 31 de Octubre de 1993**.

³⁶ SCHWARK, E.: “*Einführung. Geld, Kredit, Währung*”, introducción a “*Bankrecht im DTV*”, edit. C.H.BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, Munich, s/f., loc. cit.

(“*Staatsrecht*”), procesal, administrativo, etc., aunque en la práctica se manifiesta como un todo unitario³⁷.

Mas, si nuestra concepción del Derecho bancario lo circunscribe a aquellas normas que **específicamente regulan la materia bancaria**, podríamos afirmar que, para conocer cuál es el verdadero estado de la materia en que se halla el “Derecho bancario”, sería preciso *reconocer el predominio cuantitativo del Derecho público*: las normas bancarias positivas, son -sobre todo- normas administrativas; normas de “*Derecho administrativo*”.

Ahora bien, esta circunstancia **no afecta en modo alguno a la naturaleza ontológicamente privada** del Derecho bancario, que es **cuantitativamente** Derecho **privado**, porque la actividad bancaria es una actividad económica cuyo eje fundamental -la intermediación crediticia indirecta, y la prestación de diversos servicios- *se manifiesta, en el plano del Derecho, como un conjunto de relaciones jurídicas entre sujetos privados, carentes de “potestas” ó “imperium”*.

Por expresarlo en otros términos: una cosa es que “la normativa” bancaria sea mayoritariamente pública, y otra -distinta- es que “*el Derecho bancario*”, como tal, sea -también- público: **el Derecho bancario es, en su núcleo, Derecho privado mercantil**.

Existe una cierta tendencia a considerar que las dos vertientes del Derecho bancario -la “**subjctiva**” u “**organizativa**”, por un lado, y la “**funcional**” o “**de actividad**”, por otro- **se corresponden**, de forma plena, con el tipo de **normas públicas o privadas**, que las regulan, asimilándose las **normas sobre organización** de las entidades bancarias con las normas de Derecho **administrativo**, y las normas sobre **contratación**, con las de Derecho **mercantil**³⁸. Pero este es un criterio **equivocado**. Sería falso considerar que todas las normas referentes al aspecto organizativo pertenecen a la órbita del Derecho público, pues -como certeramente señalaba el Maestro GARRIGUES- *muchas de las normas relativas a la sociedad anónima bancaria, por ejemplo, pertenecen a la órbita del Derecho mercantil*, como demuestran -respecto de la Banca privada- los preceptos del **RD. nº 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de Bancos privados e instalación en España de Entidades de crédito extranjeras**, cuya normativa permite adivinar la aplicación subsidiaria, pero muy amplia, de la Ley de sociedades anónimas, en la medida en que habla de acciones obligatoriamente nominativas, fundación simultánea, modificaciones estatutarias, etc..., que son conceptos eminentemente **jurídico-privados**)³⁹.

De igual manera, **tampoco** cabe admitir la identificación entre normas sobre la contratación bancaria y normas jurídico-privadas de Derecho mercantil. En este sentido, el Prof. Vicente SANTOS, reconocía que **en la actividad bancaria, y no sólo en la “organizativa”, confluyen normas de Derecho administrativo, constitucional, tributario, penal...** Por eso, los preceptos que regulan las operaciones bancarias: es decir, los

³⁷ SCHÖNLE,H.: cit., 2ª ed., p. 2. SCHWINTOWSKI/SCHÄFER.: cit., p. 7, quienes aluden a la estrecha relación entre el **Derecho constitucional** y el Derecho privado, lo que incluye, también, la relación entre el Derecho constitucional y el **Derecho bancario**.

³⁸ Así, en apariencia, como hemos visto: SCHÖNLE,H.: cit., 2ª ed., p. 2, y, de forma explícita, SCORDINO,F.: cit., ps. 8 y s.

³⁹ GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE,J.: “**Contratos bancarios**”, cit., 2ª ed., p. 4.

Esta circunstancia de la *pertenencia al Derecho privado (mercantil)* de las *normas sobre la “Sociedad anónima bancaria”* se hacía patente, igualmente, respecto de las *Entidades Oficiales de Crédito, que adoptaban la forma de Sociedad anónima*, cuando estaba vigente el **art. 25** de la, hoy derogada, **Ley 13/1971, de 19 de junio, sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial**, donde se establecía, de manera expresa, la *aplicación de la Ley de sociedades anónimas a los Bancos oficiales*.

contratos bancarios, que son contratos privados y se someten al Derecho privado, **no por éso quedan al abrigo de la normativa pública**⁴⁰. El ejemplo más evidente es la legislación que, desde la Ley de 27 de agosto de 1938, viene autorizando -con mayor o menor alcance- al Ministerio de Hacienda, para que intervenga en la misma contratación bancaria (siempre, como es natural, con apoyo en una disposición con rango de ley)⁴¹.

El estado actual de esta normativa permite al Ministerio de Economía y Hacienda establecer una serie de obligaciones a cargo de las entidades de crédito, con ocasión de la celebración de sus contratos con la clientela (p.e., redacción y entrega de ejemplares escritos del contrato...). Este tipo de normas y su concreción efectiva se encuentran en preceptos como el **art. 48 de la Ley nº 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito** ó en las OO.MM. de 3 de marzo de 1987, sobre liberalización de tipos de interés y comisiones y normas de actuación de las entidades de depósito, o de 16 de junio de 1988, sobre Información que las Entidades de depósito deben incluir en sus contratos con los clientes. Con referencia a estas medidas de nuestro Ordenamiento jurídico, un autor italiano ha señalado que tienden a **lograr la transparencia bancaria, como factor vinculado a la Libre Competencia**, en la medida en que esta última hace necesario ofrecer a los usuarios servicios más claros, posibilitando -de este modo- **la libertad de elección del banco que preste los mejores servicios**⁴².

En la misma línea de **intervención jurídico-pública, sobre los contratos bancarios**, hay que señalar cómo el **art. 33, Loi.banc. francesa, de 24 de enero de 1984**, atribuye al "*Comite de la Reglementation bancaire*" la potestad de emanar **disposiciones administrativas, incluso en materia de condiciones generales de los contratos bancarios**. Y, paralelamente, se confía a otro organismo de la Administración: la "*Commision bancaire*" el poder de imponer **sanciones** disciplinarias por las violaciones de tales disposiciones. De hecho, incluso cabría hacer referencia, aquí, a la oficina de reclamaciones del Banco de España⁴³.

Y en época aún más reciente, se ha dado un paso más en la línea de publicación o publicización del Derecho o del régimen jurídico de los contratos bancarios, ya que se ha venido a introducir en el ámbito de la Banca, una institución administrativa que, hasta el momento (por lo que al Derecho del Sistema financiero se refiere), solamente había encontrado cabida en la Contratación de seguros. Nos referimos a la necesidad de aprobación administrativa de los formularios o condiciones contractuales, que se produce, ahora, en materia de "*cuentas financieras*", por la Circular del Banco de España nº 13/1989.

Por último, hay que señalar que el Derecho bancario pudiera ser incardinado dentro de lo que se viene denominando "Derecho Económico" ó "**Derecho de la Economía**"; término que la ciencia jurídica emplea para designar el "*conglomerado de normas que se caracteriza por referirse, como objeto, a instituciones o materias de significado económico*". Y esa sería una de las circunstancias que justifican la coexistencia de normas jurídico-públicas y jurídico-privadas⁴⁴. A decir verdad, estamos en prese-

⁴⁰ SANTOS MARTINEZ, V.: "**El contrato bancario. Concepto funcional**", Bilbao, 1972, ps. 221 y ss. CUÑAT EDO, V.: "**Las fuentes reguladoras de la actividad contractual bancaria**", en VV.AA.: "**Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells**", t. I, cit., ps. 606 y ss.

⁴¹ Vid. MARTIN RETORTILLO, S.: "**Crédito, banca y...**", cit., ps. 297 y ss. ó GARCIA-PITA y LASTRES, J.L.: "**La cuenta corriente bancaria en descubierto y los contratos de crédito: criterios para una interpretación legal y contractual**", en RDBB., 1985, nº 18, abril/junio, ps. 437 y s.

⁴² Vid. RAGUSA-MAGGIORE, G.: "**La trasparenza e il mercato del credito**", en "**Il Diritto fallimentare e delle società commerciali**", <en adelante "Il Dir. fall.">, 1989, fasc. 2º, marzo/abril, ps. 145 y ss.

⁴³ Citada, también por RAGUSA-MAGGIORE, G.: cit., p. 147

⁴⁴ SARAIVA MATÍAS, A.: "**Direito bancario**", cit., ps. 10 y s.

cia de una de esas nuevas disciplinas jurídicas -los llamados *Derechos “informativos”* ó “*de categoría*”- de las cuales se predica que *poseen una mera especialidad didáctica o docente, que no se corresponde con una efectiva autonomía sustancial*, pero que permite comprender algunas notables características de las mismas, como la creciente indiferencia y progresiva pérdida de importancia de la caracterización de sus normas como jurídico-públicas o jurídico-privadas, en aras de la consideración que merece el aspecto técnico del sector de la realidad económica que constituye el objeto de su disciplina. Tal es, precisamente, el caso del *Derecho bancario* y el *Derecho bursátil*; simples Derecho “informativos”, que no presuponen un conjunto orgánico de normas dotado de verdadera especialidad, pero que representan **sistemas de análisis y exposición** que, a efectos **académicos y didácticos**, facilita una contemplación global, pero **desprovista de efectiva independencia**.⁴⁵

I.2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO BANCARIO.

Aunque el Derecho bancario no posea una total autonomía científica y sustantiva, sí que posee una serie de rasgos propios, como es -p.e.- *la íntima conexión del Derecho bancario privado, con el Derecho mercantil* (es decir: la pertenencia de parte de sus preceptos a este sector del derecho); conexión que pone de manifiesto algunas sensibles *analogías, pero también claras divergencias, entre ambos*. Derecho mercantil y Derecho bancario de la contratación experimentan las consecuencias de manifestarse como reguladores de *actividades que se llevan a cabo en masa*; a saber: la *standardización y uniformidad de las relaciones jurídicas*, con el consiguiente uso de contratos-tipo o contratos de formulario, que llevan incorporadas prolijas series de cláusulas o condiciones generales, que *dan lugar a una profunda erosión del factor “consentimiento”*, y que, en consecuencia, funcionan *según unos esquemas rígidos, preestablecidos por la ley o por el uso o práctica bancaria*, como lo que los juristas franceses denominan “**mecanismos jurídicos**”⁴⁶; unas instituciones creadas, no por los juristas, sino por la práctica mercantil, con el ánimo de *sustituir a los contratos, cuando las relaciones jurídicas que se van a crear y regular se hacen demasiado complejas, o involucran a demasiados sujetos*.

Sin embargo, el Maestro GARRIGUES hacía notar la presencia de **un factor** que, por el contrario, en cierta medida **vendría a diferenciar** (o quizá fuera más exacto decir que “a caracterizar”) **al Derecho bancario privado, frente al Derecho mercantil**. Mientras en el Derecho mercantil se produce una objetivización o despersonalización de las relaciones jurídicas de crédito y deuda, de tal modo que las condiciones personales del acreedor o del deudor son -salvo excepciones: p.e. en el contrato de comisión- algo secundario⁴⁷.

⁴⁵ Así lo ponen de manifiesto GARRIGUES, J.: “**Contratos bancarios**”, cit., 2ª ed., p. 7, en relación con el Derecho de los contratos bancarios. FOLCO, C.: “**Il sistema del Diritto della banca**”, t. II, edit. DOTT.A. GIUFFRÉ, 2ª ed., Milán, 1968, ps. 188 y ss., respecto del derecho bancario. Por su parte, y respecto del Derecho bursátil, SANCHEZ ANDRES, A.: “**En torno al**

concepto, evolución y fuentes del Derecho bursátil en el sistema jurídico español”, en “**Revista de Derecho mercantil**”, 1980, nº 155, ps. 8 y s.

⁴⁶ RIVES LANGE/CONTAMINE-RAYNAUD.: cit., p. 7 ó RIPERT/ROBLLOT/DELEBECQUE/GERMAIN.: “**Traité...**” cit., t. II, 14ª ed., p. 3. Sobre la trascendencia de las *condiciones generales*, en el ámbito bancario, vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: “**Consideraciones introductorias sobre la Directiva Comunitaria para regular las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la Contratación bancaria**”, en VV.AA.: “**Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells**”, t. I, cit., ps. 651 y ss.

⁴⁷ GARRIGUES DIAZ-CANABATE, J.: “**Contratos bancarios**”, cit., 2ª ed., p. 7.

Sin embargo -y por el contrario-, en el Derecho de la contratación bancaria, que se basa en el “**Crédito**”, apoyado sobre la base de la **confianza** en la otra parte contratante, se concede una gran relevancia a las condiciones **personales** de los interesados, así como a las exigencias de la “**Buena fe**”, las cuales se entiende que son incluso **mayores** que las del art. 57, Cdc. En el mismo sentido, los franceses GAVALDA/STOUFFLET hacen alusión al **carácter personal** de las operaciones de Banca, que muestra la impronta de la confianza mutua y de la trascendencia atribuida a la personalidad de los contratantes. Y esto, en el doble sentido de que el banco contrata con su cliente, en función de la apreciación de sus cualidades personales, y su situación económico-financiera. Y, por otra parte, de que también la actividad del Banco vive de la confianza que inspira a sus clientes, que le entregan su dinero en depósito y le confían la gestión de sus ahorros. Y a esta circunstancia no obsta el recurso por las entidades de crédito a la contratación estandarizada, a la que ya aludimos⁴⁸.

En definitiva, el **Derecho bancario**, que goza de cierta originalidad, aunque no de plena autonomía, se caracteriza por una serie de notas; a saber: su carácter **técnico, formalista, mecánico e internacional**⁴⁹; caracteres que impregnan, tanto la normativa pública, como las disposiciones jurídico-privadas. Por consiguiente trataremos de desbrozar y analizar estas características, señalando otras que, en cierta medida son consecuencia de las anteriores.

Permítasenos comenzar por los caracteres de “**formalista**” y “**mecánico**”, que se refieren al **recurso a negocios rigurosamente formales**, la tendencia a celebrar gran número de operaciones que, aun pudiendo perfeccionarse verbalmente, se formalizan **por escrito** en **formularios** que contienen una *minuciosa exposición de cláusulas y condiciones generales*. También hemos aludido al empleo de los denominados mecanismos jurídicos, que en ocasiones no son más que **contratos coaligados**. Ejemplo de ello sería la cuenta corriente bancaria, donde se suman -en la práctica- un verdadero contrato de cuenta corriente (de compensación escalar), un arrendamiento de servicios (el banco lleva materialmente la cuenta), la gestión de cobros y pagos del cliente (un mandato ó comisión mercantil) y el contrato de cheque.

Otro rasgo del Derecho bancario es su propensión acusada a la “internacionalidad”. En efecto, el conjunto de los mercados que componen el **Sistema financiero** de la mayoría de los países, han experimentado fenómenos de expansión, que han terminado por conducir a su “**internacionalización**”, en una u otra medida. Y, en este sentido, el mercado bancario -en el sentido de la concurrencia de las entidades de crédito, en la captación de clientes de activo o de pasivo- no ha sido una excepción; razón por la cual **también el Derecho bancario** ha debido iniciar un **proceso de internacionalización/armonización**. entre los resalta un marcado signo “**intervencionista**”, orientado hacia el objetivo primordial de la **protección de los depositantes**.

El “**carácter técnico**” del Derecho bancario es, por el contrario, una **nota más propia del Derecho público de la Banca** (lo que no quiere decir que se halle ausente del Derecho bancario privado), y se manifiesta en la circunstancia de que **las disposiciones del Derecho bancario son concretas** (en el sentido de que, con frecuencia, contemplan aspectos muy particulares, específicos y restringidos de la actividad), **coyunturales** (porque pretenden cubrir necesidades contingentes). Y, como consecuencia de esto, **las normas jurídico-públicas tienden a ser tremendamente efímeras**, pues la necesidad de adaptar continuamente la normativa a las necesidades económicas, conduce al Estado a **modificar sin cesar esta normativa**.

⁴⁸ GAVALDA/STOUFFLET.: cit., 1ª ed., ps. 11 y ss.

⁴⁹ RIVES LANGE/CONTAMINE-RAYNAUD.: cit., ps. 7 y s.

En el Derecho español esta circunstancia adquiere rasgos de especial gravedad. Los autores venían denunciando, tradicionalmente, que **nuestro Derecho bancario público** (aunque otro tanto se podría, en parte, predicar del privado) **adolecía** -y creemos que todavía adolece- de **dos graves defectos**, entre otros.:

- a.- La normativa que compone el Derecho bancario es **fragmentaria, heterogénea e innecesariamente profusa**.

De hecho, existieron verdaderos “sectores” de la actividad bancaria que **se encuentran permanentemente pendientes de ser “colonizados por el Derecho”**, y aunque este problema se ha paliado, posiblemente no se haya hecho de forma completa⁵⁰.

- b.- Existe una **grave dificultad para conocer con seguridad suficiente las normas que están vigentes, en cada momento**, y las que -por el contrario- han sido derogadas (con lo que el principio de seguridad jurídica queda en entredicho).

La heterogeneidad venía dada, en primer termino, por la circunstancia de que nuestro Derecho bancario se hallaba basculando sobre dos pivotes; sobre dos “obras magnas legislativas”, a las que se han venido a añadir otras, en época reciente, aunque aquellas dos primeras formalmente subsisten vigentes, sin embargo responden a criterios distintos, cuando no incluso contrapuestos y excluyentes. Nos referimos a la **Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946**, y a la **Ley de bases de Ordenación del Crédito y la banca, de 14 de abril de 1962**. Y, aunque esta última Ley de Bases puede considerarse, hoy por hoy, **derogada**, en cambio **continúan vigentes algunos preceptos de la Ley de 1946**, que ha de coexistir con las disposiciones más recientes, que poseen un **sentido aperturista**; mucho más, para ser exactos, que la propia Ley de Bases de 1962.

En cualquier caso, como ha señalado MARTIN RETORTILLO, el tópico de valorar negativamente el Ordenamiento bancario -y en general todo el conjunto normativo del Sistema crediticio y financiero- **estaría plenamente justificado**, por su fraccionamiento, falta de rigor, oscuridad y dificultad de hallar la norma aplicable, así como por la frecuente **contradictoriedad** de sus normas; contradictoriedad o incongruencia, derivada de la coexistencia de normas que tienden a mantener un “*statu quo*”, con otras liberalizadoras; de normas propias de periodos de crisis, con otras características de periodos de estabilidad, etc...⁵¹.

Otro factor que contribuye a la fragmentariedad y heterogeneidad de nuestro Derecho bancario reside en el “**casuismo**” de sus normas que, nacidas para regular aspectos de trascendencia **económica**, que resultan **variables en el tiempo**, ellas mismas se caracterizan por la misma variabilidad y **contingencia**. Si, en el marco del Derecho administrativo se ha llegado a hablar de la “legislación motorizada”, el Derecho público bancario es uno de los ejemplos más evidentes. La existencia de una multitud de normas reglamentarias, algunas de ellas sólo parcialmente derogadas, y esto, con frecuencia, sólo de forma implícita, hacen que el Ordenamiento bancario sea una **verdadera jungla**; un “**ordenamiento sectorial caótico**”, donde cuantas más leyes se hacen, peor se hacen. Y es de lamentar que no existiera en España una ley que, de forma sistemática, estableciera los principios básicos, fijara las características y funciones de las principales instituciones que integran, delimitase con precisión los campos

⁵⁰ TAPIA HERMIDA, A.J.: cit., ps. 53 y ss. FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: “Los poderes normativos del Banco de España”, en RDBB., 1984, nº 13, p. 31 ó MICHAVILA NUÑEZ, J.M.: “Relación especial de sujeción en el Sector crediticio y Estado de Derecho”, en “*Civitas Revista de derecho administrativo*” (en adelante: CIVITAS.REDA.), 1987, nº 54, abril-junio, p. 243

⁵¹ Vid. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.: “Reflexiones sobre la Ley de Disciplina e Intervención Bancaria”, en “*Revista de Administración pública*”, 1989, núm. 118, enero/abril, ps. 7 y s.

de actuación y responsabilidad de los órganos que han de regular y supervisar el sistema, y en el que todas sus piezas, desde el Banco de España, hasta la última cooperativa de crédito, de ámbito rural, supiera con claridad y precisión cuáles son sus obligaciones y sus derechos, sus competencias y sus limitaciones⁵².

Esta situación fue descrita con exactitud escalofriante, aunque con referencia al problema concreto de los coeficientes, por la Exposición de motivos de la **Ley nº 13/1985, de 25 de mayo, sobre Coeficientes de Inversión y Recursos propios, y Obligaciones de Información de los Intermediarios financieros** (en adelante, se citará: LCIRPOI.):

“La normativa actual de los coeficientes de inversión se había ido generando a lo largo de los últimos años mediante acumulación de una serie de medidas de muy diverso rango, inconexas, heterogéneas e incluso contradictorias; no pocas de las cuales, agotada su utilidad real, han seguido vigentes por pura inercia”.

Si sustituimos la referencia a los coeficientes por una referencia al derecho bancario, en general, podremos hacernos una idea exacta de la situación. Como **posibles soluciones** se han propuesto:

A) Elaborar un Texto Refundido, para facilitar algo tan elemental como conocer el Derecho aplicable (MARTIN RETORTILLO, S.: cit., p.) o,

B) Elaborar un Código o Ley básica -es decir: no una “Ley de bases”, sino una ley **materialmente** fundamental⁵³.

El protagonismo de la Banca en las relaciones económicas internacionales se halla, hoy, por encima de cualquier duda⁵⁴. Debido a su propia naturaleza, la actividad bancaria posee una *consustancial vocación internacional*; vocación que, por otra parte, experimenta un fenómeno de crecimiento, a medida que se intensifican las relaciones económicas entre los nacionales de distintos Estados: la Economía mundial ha revelado en las últimas décadas un *enorme crecimiento de las transacciones financieras, que superan con mucho a las comerciales*; la actividad de intermediación financiera sobrepasa notablemente al comercio de bienes y servicios, hasta el punto de que las operaciones transnacionales sobre activos financieros *son de diez a quince veces más numerosas* que las transacciones internacionales sobre bienes y servicios, y -además- crecen a una cadencia más veloz que la producción⁵⁵.

⁵² TAPIA HERMIDA, A.J.: “Evolución histórica, situación y perspectivas del Derecho público bancario español”, en VV.AA.: “**Estudios de Derecho público bancario**”, dir. por S. Martín Retortillo, edit. CEURA., Madrid, 1987, ps. 52 y ss. PEREZ DE ARMIÑAN, G.: cit., 6ª ED., p. 56, citando a CARNELUTTI, J.: “Derecho consuetudinario y Derecho legal”, en “**Revista de Occidente**”, enero de 1964. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.: “Reflexiones sobre la Ley de Disciplina...”, cit., ps. 7 y s.

⁵³ VAZQUEZ IRUZUBIETA, C.: “**Operaciones bancarias**”, edit. EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS/EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Madrid, 1985.

⁵⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “**La Banca extranjera en España. El Acceso al ejercicio de la actividad bancaria por los extranjeros en el derecho español**”, edit. SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO, Oviedo, 1981, p. 3. SARAIVA MATÍAS, A.: “**Derecho bancario**”, edit. COIMBRA EDITORA, Coimbra, 1998, p. 11, quien afirma que el derecho bancario es un “*Derecho sin fronteras*”. SOARES DE VAIGA, V.: “**Derecho bancario**”, edit. ALMEDINA, Coimbra, 1997, p. 34.

⁵⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “**La Banca extranjera en...**”, cit., p. 3. MATTOUT, J.-P.: “**Droit Bancaire International**”, edit. LA REVUE BANQUE, EDITEUR, 2ª ed., Paris, s/f., posterior a 1993, ps. 1 y ss. IFFLAND, C.: “**L'Activité bancaire internationale au carrefour des relations économiques mondiales**”, en MIKDASHI, Z.: “**Nouvelles politiques bancaires et Système financier international**”, edit. ECONOMICA, Paris, 1987, p. 5

El sistema bancario se encuentra situado en el eje y centro de este proceso de crecimiento de las transacciones financieras⁵⁶. Pero la función de la banca en el tráfico internacional es **doble** porque se realiza a través de una doble vía.:

a) En relación con el **comercio internacional**: el crecimiento y expansión de las operaciones de exportación y del comercio internacional, en general, han propiciado la financiación de dicho comercio y -como es lógico- ello condujo a un incremento en la actividad bancaria trasfronteriza, ya que el comercio con países extranjeros exige una presencia bancaria "ultramarina"⁵⁷. Así, la Banca, ha venido a convertirse en el "*sopORTE natural del mismo*" del Comercio internacional⁵⁸, en las modalidades de.:

- 1.- **Gestión**: los bancos colaboran en el comercio internacional, actuando como simples **mandatarios**. En este sentido, presenta una importancia creciente la *gestión de pagos y cobros*, sobre todo cuando los bancos *crean y ponen en funcionamiento sistemas de pago electrónico*, lo que suscita problemas derivados de la propia *internacionalización* de las operaciones de pago⁵⁹.
- 2.- **Financiación**: los bancos intervienen en el comercio internacional **financiando las operaciones, por cuenta** bien sea del **comprador**, o bien por cuenta del **vendedor**.
- 3.- **Garantía o seguridad**: los bancos intervienen en el comercio internacional proporcionando **a través de su "firma"**, seguridad a las concretas y determinadas operaciones bancarias.

b) En relación con los **movimientos internacionales de capital**, ya que los bancos representan el **cauce por donde discurren las inversiones extranjeras**⁶⁰, ya que -en efecto- al desarrollo de la banca internacional, para apoyo y financiación del comercio, le ha acompañado el desarrollo de la banca que **canaliza inversiones** a y de países extranjeros, pasando a desarrollar su actividad en ámbitos -por entonces- relativamente nuevos, como a *financiación de proyectos; la financiación de empresa y la financiación a los propios Estados*⁶¹. En la actualidad quienes canalizan las inversiones extranjeras son los denominados "*bancos de negocios*"; figura paralela a los tradicionales "bancos industriales", que se caracterizan por el hecho de que se especializan en "*la colocación de imposiciones en mercados financieros extranjeros*" y la actuación como intermediarios y agentes, *entre las empresas de su país, y las de los países de acogida*⁶², si bien, con la implantación del Derecho bancario de la CEE., nuestro país terminó por adherirse al sistema de "*Banca Universal*", de neta raigambre germánica..

De hecho, una de las técnicas más tradicionales del Control de Cambios, propia de las etapas histórico-jurídicas de *liberalización* consiste, precisamente, en *imponer*

⁵⁶ IFFLAND,C.: "L'Activité bancaire...", cit., p. 5.

⁵⁷ POLLARD,A.M., ELLIS,K.H., PASSAIC Jr.,J.G. y DALY,J.P.: "Banking law in the United States", edit. BUTTERWORTHS, Londres, 1988, p. 479. IFFLAND,C.: "L'Activité bancaire...", cit., p. 5

⁵⁸ FERNÁNDEZ ROZAS,J.C.: "La Banca extranjera en...", cit., p. 3.

⁵⁹ Vid. FAVBRE-BULLE,X.: "Le Droit Communautaire du Paiement électronique", edit. SCHULTESS POLYGRAPHISCHER VERLAG, Zürich, 1992, p. 35, quien plantea el siguiente ejemplo: un consumidor suizo paga un servicio, prestado en Grecia, por un prestatario español establecido en Italia por medio de una tarjeta de crédito emitida en Alemania federal, por una sucursal de una entidad de crédito británica. O cuando ese mismo consumidor retira, por medio de su tarjeta, una suma dineraria en un distribuidor de billetes de la sucursal francesa de un banco danés. Todo lo cual plantea problemas de **Derecho internacional privado**.

⁶⁰ FERNÁNDEZ ROZAS,J.C.: "La banca extranjera en...", cit., p. 3.

⁶¹ POLLARD/ELLIS/PASSAIC/DALY.: cit., p. 479. IFFLAND,C.: "L'Activité bancaire...", cit., p. 5.

⁶² FERNÁNDEZ ROZAS,J.C.: "La banca extranjera en...", cit., p. 3.

como obligatoria la “**canalización bancaria**” de los cobros y pagos entre residentes y no residentes, etc.⁶³

Por otra parte, la actuación de los bancos, en el tráfico privado internacional se ve incrementada por la *intervención de elementos extranjeros en las operaciones tradicionales de la banca privada*; presencia que resulta cada vez más frecuente, y que se refleja o manifiesta en fenómenos tales como el **Turismo** y la **Emigración** -fenómenos tenidos en cuenta por la *Sent. TJCE. de 31 de enero de 1984* (Sentencia *Luisi y Carbone c. Ministerio del Tesoro*), en la que se planteó la naturaleza jurídica de la *exportación de moneda* en efectivo, con motivo de *viajes turísticos*-, contribuyendo -así- a multiplicar el número de operaciones bancarias **internacionales**, e impulsando -al mismo tiempo- el *establecimiento de entidades de crédito fuera de las fronteras de sus Estados de origen*.

De este modo se ha llegado a una situación, respecto de la que cabe afirmar, sin temor a equivocación, que “*no existe transacción internacional de alguna importancia, que no se desarrolle con el concurso de uno o más establecimientos de crédito*”⁶⁴; es decir: a la “**globalización**” del sistema bancario y financiero; a la **integración** de los mercados financieros e **escala mundial**, debida a una serie de diversos factores⁶⁵; a saber.:

- @ Debido al incremento en el volumen de *transacciones comerciales internacionales*
- @ A la presencia creciente de un *número creciente* de “*inversores institucionales*”: fondos de pensiones, compañías de seguros, Instituciones de Inversión Colectiva, que tratan de disminuir el riesgo de sus miembros mediante la diversificación internacional de activos.
- @ A lo que podríamos llamar un “*forum shopping fiscal*”

Desde los años 1980 los flujos financieros transfronterizos se convirtieron en un elemento clave de la economía mundial, debido a cuatro grandes cambios decisivos.:

1.- La evolución del contexto normativo -sobre todo en forma de *eliminación de barreras a la libre circulación de capitales* y de expansión de políticas de “*desregulación*”⁶⁶-, que permitió la apertura de los mercados nacionales a la concurrencia interior y exterior, produciendo un incremento de la **interdependencia internacional**.

2.- El cambio tecnológico, que -sobre todo en materia de informática y telecomunicaciones- ha permitido poner en marcha **nuevos métodos de movilización e inversión de recursos financieros**: no hay más que pensar en el progreso en materia de *sistemas de pago electrónicos*⁶⁷.

3.- La Innovación financiera: fenómeno causado en parte por la voluntad de evitar los obstáculos legales en un contexto técnico en plena transformación, lo que ha propiciado el lanzamiento de métodos inéditos para responder a las nuevas necesidades

⁶³ VALENZUELA GARACH/PEINADO GARCÍA.: cit., ps. 573 y s. BATLLÉ SALES,G.: cit., p. 333.

⁶⁴ FERNÁNDEZ ROZAS,J.C.: “La banca extranjera en...”, cit., p. 3.

⁶⁵ LANGUETIN,P.: “*Transformation de l’activité bancaire et de l’environnement financier*”, en MIKDASHI,Z.: “Nouvelles politiques...”, cit., p. 9. HINOJOSA MARTÍNEZ,L.M.: “La regulación de los movimientos...”, cit., p. 13.

⁶⁶ ADELL,J.: cit., p. 990.

⁶⁷ Vid. FAVBRE-BULLE,X.: “Le Droit Communautaire du Paiement électronique”, edit. SCHULTESS POLYGRAPHISCHER VERLAG, Zürich, 1992.

de los clientes (particulares, empresas o estados), a las necesidades de la competencia y al deseo creciente de las entidades financieras de proteger su rentabilidad y preveir sus riesgos⁶⁸.

4.- La creciente diversificación de los sistemas financieros y el desarrollo de las **técnicas de división de riesgos**⁶⁹.

5.- La creciente importancia y protagonismo de los inversores institucionales⁷⁰.

Dentro del Derecho del Comercio Internacional surge un **Derecho bancario internacional**, que ofrece **tres rúbricas principales**; a saber:

- a) Desde la perspectiva subjetiva, problemas de "*extranjería bancaria*"; es decir: los que derivan de la actuación de las entidades de crédito fuera de los límites de su Estado nacional de origen, y que se reflejan en el tratamiento legal que les deparan los Estados nacionales de acogida.
- b) ... desde la perspectiva objetiva, problemas *conflictuales* en el plano de las *operaciones bancarias*

En efecto: la mayor parte de los problemas legales suscitados en relación con las operaciones bancarias internacionales surgen porque *esas operaciones inevitablemente inciden sobre las normas de más de un único país: como mínimo dos sistemas jurídicos nacionales serán genéricamente aplicables, asumiendo que -en verdad- la operación posea un carácter internacional*⁷¹. Pues bien, desde el momento en que esto sucede, **ha de entrar en juego el "Derecho Internacional privado" o "Derecho conflictual"** -aunque se nos antoja que esta equiparación desmerece de la verdadera entidad actual del derecho Internacional privado-, con un **triple objetivo**; a saber:

1.- Determinar la competencia de los tribunales nacionales; es decir: determinar si un determinado tribunal u órgano jurisdiccional; si un órgano perteneciente a la Jurisdicción **de un determinado estado nacional, posee, o no posee, competencia** para decidir acerca de un asunto que presenta elementos de internacionalidad,

2.- Identificar qué Ordenamiento; qué sistema de leyes nacional, **se aplicará** a los hechos del supuesto objeto de la hipotética "*litis*", y

3.- Determinar si el tribunal de un país ejecutará o reconocerá un fallo jurisdiccional extranjero⁷².

c) Y -por fin- desde lo que nos atreveríamos a denominar una "*perspectiva funcional*" ó "*dinámica*", puesto que afecta a la ejecución de las operaciones financieras y bancarias, aunque -al propio tiempo- *desde una perspectiva "estructural"*, ya que enraiza profundamente con el *régimen de intervención administrativa en el proceso de inversiones extranjeras y transacciones exteriores*, los problemas relacionados con el *régimen jurídico del Control de Cambios*, en la medida en que el Control de cambios supone una restricción o limitación a la autonomía negocial privada; a la libertad de contratación de las partes, cuando pretendan efectuar una operación bancaria que implique transferencias de dinero o de divisas al extranjero⁷³.

⁶⁸ ADELL,J.: cit., p. 990.

⁶⁹ Vid. IFFLAND,C.: "L'Activité bancaire...", cit., p. 6. ADELL,J.: cit., p. 990

⁷⁰ ADELL,J.: cit., p. 990.

⁷¹ PENN/SHEA/ARORA.: cit., t. II, "**The Law and Practice of International Banking**", p. 1.

⁷² PENN/SHEA/ARORA.: cit., t. II, "**The Law and Practice of International Banking**", p. 1.

⁷³ FERNANDEZ ROZAS,J.C.: "**La banca extranjera en...**", cit., p. 4.

La **solidez del sistema bancario y financiero mundial** se halla estrechamente vinculada a la **solidez y estabilidad de las economías nacionales**: el crecimiento económico tendrá, como es natural, un efecto beneficioso y una influencia positiva sobre los resultados del sistema bancario y financiero. Y, a la inversa, la recesión y la inflación afectarán a estos resultados de manera negativa. Por otra parte, unos mercados de capitales abiertos y competitivos constituyen un requisito previo indispensable de toda integración financiera y de todo proceso eficaz de asignación de recursos⁷⁴.

Si el Derecho bancario se hace internacional, "*pari passu*" de la propia internacionalización de las operaciones bancarias, es preciso saber **de qué modo** se produce esa internacionalización -llamémosle- **funcional u operativa**. En este sentido, básicamente podemos hacer referencia a tres grandes tipos de operaciones bancarias, a las que se irán sumando -posteriormente- otras, aunque cabe sospechar que algunas de estas otras ya fueran practicadas con carácter internacional, mucho antes. Las primeras tres operaciones a las que nos referimos son.:

- * **Operaciones de sindicación de eurocréditos**
- * **Operaciones de los mercados de eurobonos etc...** (mercados de "*Eurocommercial paper*")
- * **Operaciones de mediación en los pagos internacionales**: créditos documentarios y "*stand-by*"; garantías a primera demanda...⁷⁵

A estas operaciones hay que añadir otras *vinculadas a los desplazamientos de personas y empresas* fuera de sus países de origen; a los movimientos de mercancías transnacionales -razón de ser de los créditos documentarios-, e incluso *a las prestaciones de servicios transfronterizas*... Estos tres procesos se manifiestan, por así decirlo, en un **doble sentido**, ya que esos movimientos transfronterizos pueden ser.:

* *de los clientes* de los bancos -en sentido amplio; es decir: inclusivo tanto de particulares, como de empresarios de diversos sectores-,

* pero también puede tratarse de los movimientos transfronterizos *de los propios empresarios bancarios*.

Ciertamente las relaciones económicas internacionales han experimentado unas mutaciones considerables en las últimas décadas. Fenómenos como el de la descolonización de los países africanos; el fenómeno del crecimiento y pujanza económica de las naciones asiáticas; las crisis petrolíferas, primero, y -posteriormente- la de la Deuda, junto con la expansión de los intercambios comerciales y la interpenetración e interdependencia de las economías nacionales, con el cúlmén alcanzado como consecuencia de los cambios políticos en los países del Este de Europa, han traído a un primer plano *la importancia del desarrollo de las exportaciones, como factor esencial del crecimiento económico*⁷⁶. Estas operaciones, siempre han ido acompañadas de diversas modalidades de **financiación bancaria**, ya fuera en forma de **crédito-proveedor** o de **crédito-comprador**; modalidad esta última que parece haber ido adquiriendo creciente importancia, incluso a expensas de la otra.

⁷⁴ IFFLAND, C.: "L'Activité bancaire...", cit., p. 6. PEETERS, Th.: "Intégration financière: pour-quoi?", en VV.AA.: "Espace financier européen et coopération monétaire", dir. por P. Van den Bempt y M. Quintyn, edit. GROUPE D'ÉTUDES POLITIQUES EUROPÉENNES/ECONOMICA, París, 1989, p. 11.

⁷⁵ En este sentido, SCHWINTOWSKI/SCHÄFFER.: cit., ps. 738 y ss. mencionan, entre los negocios "de extranjero" ("*Auslandsgeschäfte*") los *créditos documentarios* ("*Akkreditivgeschäfte*"), la *orden de cobro documentaria* ("*Dokumenteninkasso*") y las *operaciones de garantía autónoma y abstracta* ("*Garantiegeschäft*").

⁷⁶ BOURDEAUX, G.: "Le crédit-acheteur international. Approche française et comparative", edit. ECONOMICA, París, s/f., p. 1. MATTOUT, J-P.: "Droit bancaire international. La loi applicable,

Por lo que se refiere a las *operaciones de sindicación de eurocréditos y a las operaciones de los mercados de eurobonos*, cabe detacter entre ambos fenómenos de internacionalización una -por así decirlo- relación de proporcionalidad inversa, ya que el desarrollo del *mercado de eurobonos* fué consecuencia de un cierto *declinar de las operaciones de sindicación de préstamos*⁷⁷.

Tradicionalmente se ha relacionado el proceso de internacionalización del Derecho bancario con el crecimiento del "*Mercado de Eurodivisas*", desde 1970, y es que -desde la perspectiva cronológica- el fenómeno de los "*eurocréditos*"; de los créditos sindicados internacionales en eurodivisas *ha precedido al desarrollo de los mercados de eurovalores negociables*. En este sentido hay que mencionar la importancia de los "**Eurocréditos**", otorgados sobre la base de sistemas de **sindicación bancaria**, que se hacen imprescindibles debido a las enormes cantidades que se ponen a disposición de los acreditados; debido -pues- a que **el gigantesco importe de la financiación a conceder sobrepasa la capacidad de cada entidad de crédito prestamista, por separado**⁷⁸.

Pero, sobre todo, hay que comenzar haciendo alusión a los llamados "**Eurodepósitos**"; es decir: los depósitos **efectuados en una divisa distinta** de la especie monetaria propia del **sistema monetario del que proviene el banco receptor** o depositario, porque -como veremos- los eurodepósitos constituyen la fuente de financiación de los -subsiguientes- "*eurocréditos*"; compartiendo unas y otras operaciones, un decidido carácter internacional.

Los "**eurodepósitos**" son, pues, operaciones **internacionales**, pero en las que esta condición de "internacionalidad" viene dada, no tanto por la condición de residentes o no residentes de las partes, **sino por la contraposición entre la divisa nacional del banco depositario y la nacionalidad de la divisa depositada**⁷⁹; fenómeno que -debido a la multiplicación de las emisiones de valores obligacionarios y a la proliferación de los "**Préstamos sindicados**", dió lugar a una **enorme expansión de las cuentas en ecus**⁸⁰.

Los llamados "**Eurocreditos**" constituyen un fenómeno que es indisociable del concepto del Mercado de eurodivisas (es decir: el Euromercado), del que constituyen la prolongación natural⁸¹, porque cuando a una moneda -fundamentalmente el dolar- se le añade el prefijo "Euro-", a lo que se quiere hacer referencia es a que esa moneda o divisa se encuentra *depositada en entidades bancarias o financieras fuera del país del que esa unidad monetaria constituye la moneda oficial*, de modo que cabe definir las "euromonedas", como haberes o activos a corto plazo de personas no residentes, por relación al país emite de la divisa en cuestión. Así, p.e., un "Eurodolar" es un dolar depositado en una institución de crédito fuera de los EE.UU.⁸².

Les opérations internationales de crédit. Les opérations sur les monnaies et les taux d'intérêt", edit. "LA REVUE BANQUE" EDITEUR, 2^a ed., París, s/f., p. 1.

⁷⁷ PENN/SHEA/ARORA.: cit., t. II, "**The Law and Practice of International Banking**", p. 197.

⁷⁸ PENN/SHEA/ARORA.: cit., t. II, "**The Law and Practice of International Banking**", p. 118. ADELL, J.: cit., ps. 991 y ss.

⁷⁹ HAMBERSIN, M.: "**Développement e perspectives du Marché des Euro-crédits**", en VV.AA.: "**Les Euro-crédits: expériences continentales**", Coloquio celebrado en Tours, los días 10, 11 y 12, de junio de 1981, coord. M. Bellis, edit. MONITEUR, París, 1982, p. 5.

⁸⁰ DESANTES REAL, M.: "**El Ecu y la contratación internacional**", edit. LA LEY, Madrid, 1991, p. 43.

⁸¹ HERRENSCHMIDT, J-L.: "**Présentation des Euro-credits**", en VV.AA.: "**Les euro-credits. Un instrument du système bancaire pour le financement international**", dir. por J-B. BLaise, Ph. Fouchard y Ph. Kahn, París, 1981, p. 20

⁸² OJEDA MARIN, A.: "**Créditos y préstamos exteriores al Sector público español**", edit. CENTRO DE DOCUMENTACION BANCARIA Y BURSÁTIL, Madrid, 1985, p. 154. VASSEUR, M.: "**Droit et...**", cit., t. II, fasc. C, p. 888.

Partiendo del concepto de “Euromonedas” o “Eurodivisas”, hay que pasar a la noción de “**Euromercado**”: los bancos que ejercen su actividad a nivel internacional, desarrollan -igual que en el ámbito interno- una actividad doble: captación de fondos y concesión de créditos. Lo característico, ahora, es que la captación se refiere a **depósitos** en “euromonedas”, porque desean ser el punto de anclaje de estas eurodivisas, **para prestarlas**. Y, como quiera que tanto los gobiernos, como las grandes empresas y sociedades suelen recurrir masivamente al crédito en los mercados de eurodivisas, suelen mostrar sus preferencias por ciertas operaciones de **crédito a medio plazo, notablemente flexibles**, que son los llamados “**Eurocréditos**” ó “**Créditos en eurodivisas**”⁸³. Se crea, de este modo un **mercado especial**: el mercado de eurodivisas o euromercado. Se trata del mercado sobre el cual estos activos pertenecientes a “no residentes” (por relación al país emisor de la referida divisa), van a ser objeto de **préstamo**. Por definición, **se trata de un mercado situado fuera del país emisor de la divisa**⁸⁴. Por cuanto se refiere al Mercado de eurodólares, que forma la parte más importante del mercado de eurodivisas, señala GABRIEL que se trata de un mercado donde los dólares son poseídos por un banco u otra persona situados fuera de los EE.UU. (incluidas las sucursales de bancos estadounidenses situadas fuera de su país)⁸⁵. Se trata de un mercado que **carece de una estructura formal o de una localización específica**, y que consta de dos partes o segmentos.:

1.- Un **Primer** mercado que trata en la **colocación de fondos a corto plazo**, por sus titulares, en las entidades de crédito: dichos titulares de los fondos **los depositan en bancos comerciales, quienes, a su vez, prestan tales fondos a sus usuarios finales**. Se trata, pues, de un mercado eminentemente “*bancario*”, ya que se basa en la *intermediación crediticia indirecta*, sobre la base de operaciones de **depósito** y de **crédito**; pasivas y activas.

2.- Un **Segundo** mercado que involucra **transacciones interbancarias**, en las que los **bancos** obtienen y prestan depósitos en eurodólares, **entre sí**. Un depósito que entra en el ámbito del Euromercado puede, de este modo, seguir una cadena de préstamos entre bancos, en el mismo o diferente país, antes de llegar al prestatario final. Por consiguiente, el Euromercado es un mercado que reúne las siguientes características.:

1> es un mercado **entre bancos**.

2> es un mercado **libre y transnacional**.

3> es un mercado, **a la vez: financiero y monetario**.

*Los capitales que se captan en el Euromercado a corto plazo son objeto de un reciclaje a través de la técnica del “Euro-credito” ó “Préstamo sindicado”*⁸⁶. Este cré-

Cuando -p.e.- un comerciante francés, que ha vendido mercancías a un importador en EE.UU., desea cobrar, puede recibir una transferencia en dólares, que será adeudada en la cuenta del importador estadounidense y abonada en otra cuenta en una entidad bancaria en los EE.UU. Hasta ese momento, solo cabe hablar de “dólares domésticos” (MATTOU, J.-P.: “**Droit bancaire international**”, París, s/f., p. 188). Pero no es frecuente que el exportador francés desee mantener una cuenta fuera de su país, sino que -por razones de comodidad- preferirá que le sean abonadas en cuenta en un Banco francés, para lo que recurrirá a una segunda transferencia. Es entonces cuando el exportador, que antes poseía un crédito contra el Banco estadounidense (en dólares), **lo posee -ahora- frente al banco francés y es un crédito en “eurodólares”** (MATTOU, J.-P.: cit., p. 189).

⁸³ PENN/SHEA/ARORA.: cit., t. II, p. 92

⁸⁴ VASSEUR, M.: “**Droit et...**”, cit., t. II, fasc. C., ps. 886 y ss.

⁸⁵ GABRIEL.: “**Legal aspects of syndicated loans**”, edit. BUTTERWORTHS, Londres, 1986, p. 1.

⁸⁶ CREMADES SANZ-PASTOR, B.M.: “**Los préstamos sindicados con interés flotante**”, en “**Conferencias sobre Derecho bancario internacional**”, edit. EDILEX, S.A. (EDITORIAL “LA LEY”), Madrid/Bilbao, s/f., p. 5.

dito **“sindicado”** ó **“consorciado”** internacional surge, determinado -primeramente- por las crecientes necesidades de financiación de las Empresas, los Estados y las Instituciones supranacionales⁸⁷. En realidad, el crédito sindicado no es un contrato bancario especial, sino que puede incardinarse, según los casos, en el ámbito de los préstamos o aperturas de crédito. Se trata, más bien, de una técnica procedimental altamente desarrollada para la realización de diversas prestaciones bancarias⁸⁸.

Este mercado de *“Eurodivisas”* -a su vez- produjo un incremento de las relaciones de **interdependencia entre los bancos** de diferentes países, convirtiendo al Mercado en un *verdadero mercado interbancario internacional*. Este fenómeno ganó en importancia cuando, a partir de 1980, se produjeron emisiones, por parte de los diversos bancos, de *“FRNs.”* (*“Floating Rate Notes”*, o Bonos de Interés Flotante), que -acto seguido- eran adquiridos por otras entidades bancarias de otros países. En este sentido, la práctica de **estas operaciones da captación de recursos**, por parte de entidades de crédito, **se correspondían con operaciones de inversión de recursos, por parte de otras entidades de crédito extranjeras o no residentes**, tiñendo de **“internacionalidad”** a la relación negocial de **emisión/suscripción** de FRNs.

Y no son éstas las únicas manifestaciones de la internacionalización del derecho bancario: la propia internacionalización de las actividades empresariales, a la que posteriormente aludiremos, con una creciente presencia de los **empresarios comerciales e industriales** -ya no bancarios-, **en el marco de unas relaciones transnacionales**, ha traído como consecuencia el que **los propios bancos hayan debido acompañar**, con sus propios servicios, **ese proceso de transnacionalización de la actividad mercantil**. No hay más que pensar en esas **modalidades específicas de crédito o de colaboración**, que son los **créditos documentarios, los créditos de prefinanciación o de movilización a los exportadores, los créditos/comprador, otorgados a los importadores...** etc.⁸⁹, y las **transferencias transfronterizas**.

Y es que, a pesar de los actuales progresos en materia de transportes y comunicaciones, **el tráfico de mercancías entre plazas o países distintos se encuentra sometido a riesgos muy considerables**. Entre estos riesgos cabe citar, fundamentalmente, el desconocimiento recíproco que afecta a exportadores e importadores sobre las respectivas condiciones de solvencia y probidad; circunstancia que se ve agravada por otros factores diversos, como el sometimiento de las operaciones de importación y exportación a las disposiciones de ordenamientos jurídicos distintos, en cada uno de los países donde residen los contratantes, o a través de los cuales circulan las mercancías.

Hay que tener en cuenta que, en las ventas entre plazas lejanas, **el pago del precio suele diferirse hasta el momento de recepción de las mercancías, y este momento se retrasa con relación a la fecha de conclusión del contrato de compraventa, supuesto que las mercancías tienen que ser transportadas** desde el domicilio del vendedor hasta el del comprador. En otras palabras, las ventas interlocales e internacionales suelen contener un elemento de **“crédito”**, en relación con el aplazamiento del pago del precio⁹⁰. Pero un vendedor no suele conceder un beneficio semejante si el comprador vive en un lugar lejano y es persona desconocida⁹¹.

⁸⁷ Vid. PÖHLER, A.: *“Der Ablauf internationaler Konsortialfinanzierungen”*, en *“Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen”* (en adelante, ZKW.), 1989, fsc. 1, p. 16

⁸⁸ PÖHLER, A.: *ibidem*, quien indica que el contrato de crédito consorcial no constituye un negocio especial y autónomo, en el sentido del art. 1º KWG.

⁸⁹ GAVALDA, Ch. y STOUFFLET, J.: *“Droit bancaire. institutions, comptes, opérations, services”*, edit. LITEC., Paris, 1992, p. 4.

⁹⁰ Vid. GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: *“Contratos bancarios”*, 2ª ed., Madrid, 1975, ps. 587 y ss.

⁹¹ En este sentido, ni el importador tiene razones suficientes para confiar o desconfiar en la solvencia, credibilidad o eficiencia del vendedor extranjero (no tiene medios para saber si éste cumplirá embarcando

Por todos estos motivos, y en su deseo de paliar las dificultades expuestas, liberándose -a la vez- de la necesidad de llevar a cabo ciertas actividades especialmente gravosas, quienes intervienen en este tráfico acuden a los servicios de entidades bancarias, cuya solvencia, seriedad y profesionalidad se hallan fuera de toda sospecha. En este ámbito se desarrollan las operaciones denominadas “documentarias”, que suponen la existencia de un previo contrato subyacente de compraventa -o suministro- de mercancías, en su variedad internacional, o “de plaza a plaza”, para cuya mejor y más segura ejecución se acude a los servicios de los bancos, que median en la ejecución de dicho contrato, incidiendo en el desarrollo concreto del “sinlagma o bilateralidad” propia de tal negocio jurídico⁹².

Para evitar estos inconvenientes, y dotar a la operación de un mayor grado de seguridad, en el contrato subyacente de compraventa se suele incorporar una cláusula especial -la Cláusula “pago por Crédito documentario”- que prevé el pago de las mercancías por un Banco, mas no como simple mediador o comisionista, sino *obligándose personal y directamente frente al vendedor/exportador*: se trata de los “créditos documentarios *irrevocables*”.

En este caso, la operación *deviene internacional*, porque el banco que contrata situado en el Estado del Importador, *asume un compromiso frente a una Contra-parte extranjera o no residente*: el Exportador. Y ésto, sin que siquiera haya llegado a intervenir un *tercer banco, como avisador, pagador o confirmador*, en cuyo caso, la operación se haría más compleja, creándose *nuevos vínculos negociales, igualmente transfronterizos e internacionales*. En consecuencia, los créditos documentarios suscitan un grave problema, en relación con las fuentes del Derecho que les son aplicables; problema encuentra agravado por la **natural internacionalidad de estas operaciones, por las divergencias entre los sistemas jurídicos** de inspiración europea/continental, y los del círculo jurídico angloamericano⁹³. Por este motivo, la respuesta al problema señalado no podía ser “nacional”, además del hecho de que la **regulación material específica de los créditos documentarios no se encuentra, ni en los códigos mercantiles, ni en leyes mercantiles especiales**, las **insuficiencias** de la unificación alcanzada por la primeras **codificaciones de prácticas consuetudinarias, de ámbito nacional**, hubieron de hallar una **vía de superación**, a través de tareas de **normalización en un nivel internacional**, merced a la inclusión de la materia entre los trabajos de la Cámara de Comercio Internacional⁹⁴.

La *consecuencia* de todos estos fenómenos es la de que *la internacionalización de la Banca* (y otros sectores financieros: como los mercados de valores y el seguro) *plantea* la cuestión de una eventual *internacionalización del “Sistema financiero”*, o -si se quiere- de la creación de un mercado financiero *económicamente* unificado, en el que se funden y quedan absorbidos los Sistemas financieros nacionales, y -ante esta situación, que, como sabemos, *trata de buscar un “delicado equilibrio”*, como decía el

las mercancías, en la cantidad y de la calidad pactadas, en el lugar y momento previstos), ni - análogamente - el vendedor extranjero tiene la seguridad de que, contra recepción de la mercancía, el comprador pagará íntegramente (Vid. SARNA, L.: “Letters of credit. The Law and current practice”, 2^a ed., Toronto/Calgary/Vancouver, 1986, p. 3. ALONSO UREBA, A.: “En torno al Crédito documentario, con particular referencia a las modalidades de créditos transferibles y subsidiarios”, en VV.AA.: “Nuevas entidades, figuras contractuales...”, cit., p. 455. VICENT CHULIA, F.: “Compendio...”, t. II, 3^a ed., p. 443).

⁹² ALONSO UREBA, A.: “En torno al Crédito documentario...”, cit., p. 455.

⁹³ En este sentido vid. KOZOLCHYK, B.: “El Crédito Documentario en el Derecho Americano. Un Estudio comparativo”, trad. esp. L. Rupilanchas Sancho, edit. MONTECORVO, S.A., Madrid, 1973, ps. 88 y ss.

⁹⁴ CHECA MARTINEZ, M.: “Medios de pago”, en FERNANDEZ ROZAS, J.C. y otros.: “Derecho del Comercio internacional”, cit., p. 409.

Prof. PEREZ DE ARMIÑAN, en orden a *canalizar el ahorro hacia la inversión, del modo más eficiente, y proporcionar al sistema económico medios de pago, en condiciones de estabilidad*- los diversos Bancos centrales de cada país específico parecen incapaces de aislar sus respectivos sistemas bancarios, frente a tales efectos, viéndose obligados a coordinar sus actividades como prestamistas “en última instancia” -función de enorme importancia como apoyo de una política monetaria que tienda a la estabilidad-, para el caso de una crisis bancaria internacional⁹⁵.

La expansión del mercado financiero plantea el problema de la *expansión subjetiva del derecho de acceder al mismo*, los profesionales que en él operan. De forma que a un mercado que es transnacional deberían concurrir bancos de diferentes países, con todos los problemas que ello acarrea. Una forma de acceso a la actividad bancaria internacional, consiste en la *propia internacionalidad del banco, en cuanto agente económico y persona jurídica*, y con esto no queremos referirnos a la transnacionalidad de aquellos bancos privados que hacen uso del derecho de establecimiento, abriendo oficinas, sucursales y agencias..., sino a la existencia de “*bancos supranacionales por su origen*”: tal es el caso del **Banco Europeo de Inversiones**: institución bancaria de la CE. creada con el fin de contribuir, sin ánimo de lucro, a la financiación a largo plazo de inversiones destinadas a fomentar el desarrollo de la CE. de forma equilibrada⁹⁶.

Pero existen otras formas de acceso, que tienen que ver, ora con el *establecimiento de bancos extranjeros*, ora bien con la *prestación, por vía negocial, de servicios fuera de las propias fronteras nacionales* del Estado donde el Banco radica.

Debido a todas estas consideraciones los franceses GAVALDA/STOUFFLET propusieron, a principios de los años 70, la elaboración de unas prácticas uniformes, análogas a las que existen en materia de crédito documentarios⁹⁷, aunque -en realidad- lo que se necesita es *la creación de un Derecho único, para un Mercado bancario, y un Sistema Financiero único*.

II. FUENTES DEL DERECHO BANCARIO: LA LEGISLACIÓN BANCARIA.

II.1. Las Leyes y Reglamentos: La Constitución como fuente del Derecho Bancario. Principales Leyes bancarias.

Habida cuenta de que la actividad y la profesión bancarias están regidas por el Derecho mercantil, el Derecho civil, el Derecho administrativo, etc..., el denominado “Derecho bancario”, sin duda, *tomará prestadas sus fuentes de aquellas diferentes ramas del Ordenamiento jurídico*, cuyas normas agrupa y “*sistematiza*”, en tanto que

⁹⁵ MULLINEUX, A.W.: “Do We need a World Central Bank?”, en “The Royal Bank of Scotland Review”, 1988, diciembre, 1988, núm. 160, ps. 23 y s.

⁹⁶ MORI GONZALEZ, J.M.: “El Banco Europeo de Inversiones”, en VV.AA.: “La Adhesión de España a la Comunidades Europeas. XXXIII Semana de Estudios de Derecho Financiero”, edit. INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES, Madrid, 1989, p. 381.

El BEI. fué creado en 1958, por el TCEE. Sus estatutos forman parte del TCEE. y está formado por los estados miembros de la CEE. y sus funciones vienen recogidas en el **art. 130, TCEE**. Sus recursos están formados por el **capital**, formado por aportaciones de los estados, pero también -y sobre todo- **se financia mediante empréstitos públicos obtenidos en los mercados de capitales, dentro y fuera de la CEE.**, siendo uno de los prestatarios más conocidos y solventes de los mercados financieros mundiales. su calificación es AAA, para el mercado USA. (MORI GONZALEZ, J.M.: “El Banco...”, cit., p. 383).

⁹⁷ Vid. GAVALDA, Ch. y STOUFFLET, J.: “Droit de la Banque”, edit. PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE, Paris, 1973, ps. 11 y ss.

Derecho de índole “profesional”. Por consiguiente, en última instancia, al Derecho bancario habría que aplicarle el régimen general de fuentes que, para cada Ordenamiento jurídico nacional, prevén sus correspondientes Códigos civiles, etc...⁹⁸.

Sin embargo, es preciso reconocer que **existen algunas especialidades**, siquiera sean de carácter secundario⁹⁹, aunque la naturaleza de tales especialidades obliga a abordar esta materia partiendo de un concepto muy amplio del término “fuentes”, de manera que la reseña analítica de las fuentes, en su más amplia acepción llevará a considerar el amplio panorama que, partiendo de las leyes estatales y regionales, encuentra continuación en las normas estatutarias y reglamentarias, en las circulares e instrucciones, en los acuerdos...¹⁰⁰. La distribución heterogénea de esta normativa, situada en una zona media entre las dos grandes categorías del Derecho objetivo, justifica el esfuerzo por clarificar la génesis y significación técnico-jurídica de ciertos fenómenos normativos complejos, **en cuyo proceso de gestación confluyen fuerzas sociales** (fuentes en sentido material), en las que **no siempre resulta sencillo separar lo que pertenece a la actuación de las potestades públicas y lo que deriva del poder autonómico atribuido a la autonomía de la voluntad privada** (p.e., los estatutos de las entidades de depósito, los usos bancarios y de bolsa, los códigos de conducta bursátiles...).

Por otra parte, la circunstancia de que tanto el Derecho bancario -como el bursátil y, eventualmente, el Derecho del mercado de capitales, e incluso el Derecho del Seguro privado-, puedan ser calificables como manifestaciones del **“Derecho de la Economía”** y que, como consecuencia de esto, incorporen y reduzcan a una unidad funcional normas jurídico-públicas y jurídico-privadas, por una parte, y normas de Derecho común (sea público o privado) y de Derecho especial (igualmente, sea público o privado), plantea -en materia de fuentes del Derecho- dos cuestiones distintas; a saber:.

En primer término, *cuál es el orden de prelación* de fuentes. Y, en segundo lugar, *cuáles son las propias fuentes*. Y -como advierte SANCHEZ CALERO, respecto del Derecho del Seguro privado- no es cierto que la cuestión a tratar en primer término sea esta última, sino al contrario. En efecto: si aquí nos ocupásemos de las fuentes de producción o de las fuentes genéricas de manifestación del Derecho bancario, tendría sentido tratar de averiguar cuáles son las mismas. Pero, en realidad, la cuestión que se plantea, ahora, es diferente ya que la determinación de las fuentes, tanto materiales (las fuerzas sociales que, en el seno de una Comunidad humana, crean el Derecho), como formales (las vías de manifestación o exteriorización del Derecho creado por las fuerzas sociales), es cuestión que corresponde a la Teoría General del Derecho, que, en nuestro Ordenamiento positivo encuentra su base tanto en la Constitución, como en el art. 1º, CC.¹⁰¹.

El problema que verdaderamente interesa, en este momento, es conocer cuál es la *prelación* de fuentes *en el Derecho bancario*, porque, aun cuando se afirma -con carácter general- que la Ley, en sentido amplio de “norma escrita” (sea parlamentaria o administrativa) precede a la costumbre (“norma no escrita”), el **art. 2º, Cdc.** establece

⁹⁸ Para el Ordenamiento jurídico italiano dispone el art. 1º de las disposiciones preliminares del “Codice civile”, de 1942. Vid. FOLCO, C.: “Il Sistema del Diritto della banca”, edit. DOTT.A.GIUFFRÈ, 2ª ed., t. I, Milán, 1968, p. 191. ARAGÓN REYES, M.: “Las fuentes. En particular el problema de los Estatutos de los Bancos y de las Circulares del Banco de España”, en VV.AA.: “Contratos bancarios”, present. por E. de la Torre Saavedra, dir. R. García Villaverde, coord. R. Bonardell Lenzano, edit. CIVITAS, S.A./CONSEJO DE COLEGIOS OFICIALES DE CORREDORES DE COMERCIO, Madrid, 1992, p. 24.

⁹⁹ MOLLE, G.: “La Banca nell’Ordinamento giuridico italiano”, edit. DOTT.A.GIUFFRÈ, 1ª ed., Milán, 1980, p. 115.

¹⁰⁰ VIGNOCCHI, G.: “Il servizio del credito nell’ordinamento publicistico italiano”, edit. DOTT.A.GIUFFRÈ, Milán, 1938, p. 179.

¹⁰¹ SANCHEZ CALERO, F.: “Curso...”, cit., t. I, p. 29.

un régimen *particular* de prelación de fuentes en el ámbito del Derecho mercantil: el uso mercantil -es decir: una norma consuetudinaria *no escrita*, que en el Código civil ocupa siempre un rango inferior a la norma escrita, vid. art. 1º CC.)- *precede a la ley escrita civil*, cuando no hubiera una norma mercantil escrita, que pudiera ser aplicada. Pero, ¿hasta que punto y dentro de que límites, es posible recurrir al uso con anterioridad a la ley, en el ámbito del Derecho bancario?.

En realidad sí, como sabemos, el Derecho bancario posee una naturaleza, por así decirlo, *mixta*, en la medida en que no es sólo Derecho mercantil *sino que se compone, además, de elementos normativos que provienen de otras ramas del Ordenamiento*; de otros sectores, *con sus propios órdenes de prelación* de fuentes, la respuesta a la interrogante suscitada será que la prelación de fuentes del art. 2º, Cdc. únicamente es aplicable a aquel sector del Derecho bancario y del Derecho del Seguro Privado que sean, propiamente, Derecho mercantil. Sin duda a las relaciones jurídicas que caen dentro del ámbito del Derecho mercantil (que es Derecho especial, respecto del Derecho civil o común) les será de aplicación las normas especiales (sean escritas o usuales/consuetudinarias) y luego se recurre a las comunes (la Ley escrita y la costumbre civiles), aunque en realidad sería inexacto afirmar que estas últimas son “fuentes” del Derecho mercantil del Seguro privado, porque el Derecho común no es “fuente” del Derecho especial, sino que - allí donde no hay norma especial- el Derecho común tiene su ámbito propio y sus fuentes propias.

Pero este proceso -continúa SANCHEZ CALERO- resulta inaplicable a esa parte del Derecho del Seguro privado -o a esa parte del Derecho bancario, añadimos-, cuyas normas son de naturaleza jurídico-pública; es decir: *no resulta aplicable al Derecho administrativo bancario, ni al Derecho administrativo del Seguro privado*, porque ni es posible atribuir al uso administrativo un papel comparable al del uso mercantil, ni tampoco se puede recurrir al Derecho civil (que es Derecho común privado), cuando se hayan agotado las normas especiales del Derecho público del Seguro Privado: de las leyes administrativas especiales (aquellas dictadas específicamente -en nuestro caso- para regular el funcionamiento de las Entidades aseguradoras, su estructura, su funcionamiento y actividad o sus relaciones con el poder público), *se pasa a las leyes administrativas generales*, antes que a los usos del comercio. Cuando ya no exista ley administrativa aplicable, se recurrirá a la costumbre y a los principios generales del Derecho, pero sin referencia alguna al Derecho privado común¹⁰². En consecuencia, si la relación jurídica es **de Derecho público**, porque involucra a un sujeto revestido de “*imperium*”, o bien es **de Derecho privado no mercantil** (p.e. Derecho civil o laboral), **ya no será posible aplicar el régimen de prelación de fuentes que establece el Código de comercio**, sino el régimen general del Código civil:

1º.- La Ley (Entendida esta noción en sentido material, como equivalente a toda norma escrita).

¹⁰² SANCHEZ CALERO, F.: “Curso...”, cit., t. I, p. 30.

Por este motivo, consideramos que no es del todo convincente el criterio, mantenido por algún autor, en el sentido de hacer una única enumeración/ordenación de fuentes, como la siguiente.:

- 1.- Leyes especiales sobre instituciones y operaciones de crédito.
- 2.- Legislación mercantil común.
- 3.- Usos bancarios y mercantiles.
- 4.- Derecho común.

(RODRIGUEZ RODRIGUEZ, J.: “Derecho bancario”, edit. PORRUA, 4ª ed., Mexico, 1976, p. 6). En este sentido, cabe sospechar que el autor parte del criterio de **considerar exclusivamente el elemento jurídico-mercantil** del Derecho bancario, o - lo que sería más grave aún -, de considerar que el Derecho “bancario”, primeramente aplicable, como especial, es -o contiene- el **Derecho administrativo**.

2º.- La costumbre (sólo a falta de ley aplicable).

3º.- Los principios generales del Derecho (a falta de las dos anteriores)¹⁰³.

Partiendo de la base de las consideraciones precedentes, cabe afirmar que no es del todo convincente el criterio, mantenido por algún autor, en el sentido de hacer una única enumeración/ordenación de fuentes, como la siguiente.:

1.- Leyes especiales sobre instituciones y operaciones de crédito.

2.- Legislación mercantil común.

3.- Usos bancarios y mercantiles.

4.- Derecho común¹⁰⁴.

En este sentido, cabe sospechar que el autor parte del criterio de **considerar exclusivamente el elemento jurídico-mercantil** del Derecho bancario, o - lo que sería más grave aún -, de considerar que el Derecho "bancario", primeramente aplicable, como especial, es -o contiene- el **Derecho administrativo**.

I.3.1.- Las leyes y reglamentos: la Constitución como fuente del Derecho bancario. Principales leyes bancarias.

En cualquier caso, la primera fuente del Derecho bancario es, como cabe imaginar, la **Ley**, entendida esta noción -como hacen nuestros Códigos, civil y de comercio- en un sentido material, como equivalente a *toda norma escrita*, cualesquiera que fueren su procedencia y rango¹⁰⁵. En este sentido, el término incluye una multiplicidad de normas, que van, desde la propia Norma de rango constitucional, hasta las disposiciones de las autoridades administrativas -incluidas las Circulares del Banco de España-, pasando por las normas emanadas del parlamento.

Por lo que al objeto de nuestro estudio interesa, nos centraremos en estas fuentes escritas, y -más precisamente- en dos de ellas, enormemente importantes: las *normas contenidas en los "tratados internacionales"* y las *normas escritas internas* -leyes y normas reglamentarias de desarrollo-, bien que no tanto desde la perspectiva de su condición de fuentes, cuanto desde la perspectiva de su contenido, y de *cómo se han visto influidas por la normativa internacional*; en este caso "*comunitaria*".

Si atendemos al rango normativo, no cabe duda de que la primera fuente formal escrita del Derecho bancario y bursátil podría ser la **Constitución española, de diciembre de 1978**, aun cuando la cuestión que todavía queda por dilucidar es si la Constitución es, o no es, una fuente instrumental del Derecho bancario y del Derecho del seguro privado¹⁰⁶.

Sin duda no faltan disposiciones sobre estos sectores, en las normas constitucionales. Así, p.e., los arts. 74 y 88, GG. ("*Grundgesetz*" ó "Ley Fundamental de Bonn",

¹⁰³ Vid. SANCHEZ CALERO, F.: "**Curso de derecho del Seguro privado**", t. I, edit. NAUTA, S.A., Bilbao, 1961, ps. 30 y 31.

¹⁰⁴ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, J.: "**Derecho bancario**", edit. PORRUA, 4ª ed., Mexico, 1976, p. 6

¹⁰⁵ Vid. GAVALDA/STOUFFLET: cit., p. 16.

¹⁰⁶ Vid. DE LA VEGA BENAYAS, C.: "**Sobre el benéfico influjo de la Constitución en el Derecho civil**", en "**La Ley**", 1984, t. III, ps. 895 y s., quien señala que.:

"En primer lugar, la Constitución, por su propia existencia, aprobación por las Cortes y su promulgación real con la fórmula del 'mando cumplir', es la Ley Suprema de España, la Norma Superior, la 'Ley de leyes'..."

de 1949) **alemana**. El primero de ambos preceptos configura la materia bancaria es materia de competencia legislativa compartida entre la Federación -"Bund"- y los "Länder" (o Estados federados). El segundo precepto establece que **el Estado Federal crea un Banco "monetario y emisor"** ("Währungs- und Notenbank") con carácter de **Banco "federal"** ("Bundesbank"). Mas existe otro aspecto mucho más importante, cual es el de la configuración de toda una trama de principios jurídicos en los que se pueda enmarcar el regimen de la organización y la actividad bancaria y bursátil.

Y otro precepto constitucional de importancia es el **art. 47 de la Constitución italiana, de 1947**, que atribuye a la República el deber de promover y tutelar el ahorro y el ejercicio del Credito (es decir: de la "actividad crediticia"), en los siguientes términos::

*"La República promueve y tutela el ahorro en todas sus formas; disciplina, coordina y controla el ejercicio del Credito, favorece el acceso del ahorro popular a la propiedad de la propia vivienda, a la propiedad agraria directa y a la inversión accionarial directa e indirecta en los grandes complejos productivos del país"*¹⁰⁷

Pero el art. 47, Const.it. extiende su ámbito más allá de la actividad bancaria, para entrar de lleno en el ámbito de la regulación de los mercados de valores, aunque sobre este tema ya hemos tratado, en su momento.

Ahora bien, la cuestión reside en determinar si fuera de estos preceptos -y, ocasionalmente, en ausencia de ellos- las normas constitucionales pueden ser fuente específica del Derecho bancario y bursátil. Como veremos, la respuesta solo puede ser afirmativa.

¹⁰⁷ La norma plantea graves dificultades de interpretación, porque concentra elementos diversos que solo adquieren significado si se descomponen e insertan en un cuadro más amplio con otras instituciones de la "Constitución económica" (MERUSI,F.: **Commentario dell'Articolo 47**, en VV.AA.: "**Commentario della Costituzione**", t. III, dir. por G.Branca, edit. IL MULINO, Bolonia/Roma, 1980, p.153). El precepto ha regulado conjuntamente el ahorro vinculado al credito, como relación expresiva del momento central de la liquidez monetaria, y el ahorro que no influye en dicha liquidez, cuando es bien cierto que ambos supuestos plantean problemas diversos. Lo cierto es que con la expresión del legislador constitucional italiano la "**República**" **asume el deber de defender, como valor en sí, el elemento en que se traduce la liquidez propia de la relación ahorro/credito**; a saber: la **Moneda** (Solo entonces cabe defender el ahorro, en su normal destino al credito>. Y no se pretende, así, gobernar fenómenos económicos con normas jurídicas, sino constitucionalizar una serie de poderes concatenados, que dinámicamente deberían concurrir para hacer de la Moneda un elemento cardinal de la constitución económica (MERUSI,F.: cit., ps. 154 y s.). Y esto significa, entre otras cosas, que **el art. 47, Const.it. sirve de título constitucional legitimador de las disposiciones de rango inferior, que propendan a desarrollar el mandato constitucional** <La Constitución como "norma fundamental", en la que se apoyan otras, que deben respetar el sentido del referido precepto>.

De esta manera es posible eludir un -aparente- problema que ya denunciaran, autores como SPINELLI/GENTILE (cit., p. 14), quienes consideran que el precepto constitucional podría tener una segunda lectura, en virtud de la cual chocaría con algunos preceptos de la Legge bancaria italiana, porque, a diferencia de esta, parece que considera la captación del ahorro y el ejercicio del credito, como dos funciones separables. Sin embargo, no parece que esta interpretación se haya de tener por concluyente, o -lo que sería más exacto-, que de ser cierta pudiera crear algun problema, en sus relaciones con cuerpos legales como la Legge bancaria. Y esto, por las razones ya apuntadas de que, si el art. 47 C. it. trata separadamente del "ahorro" y del "credito", no se puede concluir que se excluya una contemplación de los dos fenómenos unidos, como sucede en la actividad bancaria.

Sobre el art. 47 Const.it. ha señalado FEDELI ("**Profili costituzionali dell'attività bancaria**", en VV.AA.: "**I controlli bancari**", Napoles, 1978, ps. 235 y s.), que los principios intervencionistas sobre la Banca, que desde 1936 eran limitados y fragmentarios, han venido a quedar reconocidos a nivel constitucional, por el precepto reproducido, que **sanciona la advocación por parte del Estado de la dirección política del ahorro y del credito**. Y, por su parte, Giacomo MOLLE consideraba que el art. 47 Const. it. suponía el reconocimiento de la "Legge bancaria", como fuente primaria de la disciplina de la Banca. Esta circunstancia puede deducirse de lo dispuesto en el art. 41 Const. it., que establece el principio de "libertad de iniciativa económica privada", pero disponiendo que "la Ley determina los programas y los controles oportuno, para que la actividad económica, pública y privada, pueda ir dirigida y coordinada a los fines sociales" (MOLLE,G.: "**La Banca...**", cit., p. 116).

La **Constitución española, de diciembre de 1978** define, también, un **Modelo económico** que, como es lógico, habrá de tener una repercusión, sobre el régimen jurídico de la Banca y los mercados de valores, al cual únicamente cabe calificar como esencial¹⁰⁸.

Teóricamente, la cada vez más frecuente constitucionalización del Crédito y -como habremos de ver-, también de los Seguros privados -más difícil es de admitir que el criterio valiese para los Mercados de valores- podría responder a dos sistemas opuestos.:

a) El **Modelo Socialista**, donde existe (o existía) una total coherencia entre ideología y norma jurídica y donde la regulación constitucional del Crédito no planteaba mayores problemas: la nacionalización del sistema bancario va implícita en la nacionalización del resto de los sectores económicos y de los medios de producción. Esta idea aparece formulada ya, aunque de manera implícita, en la obra de Karl MARX (quien se mantenía, sin embargo, en el nivel genérico-teórico de los economistas clásicos, sin descender a instituciones concretas y englobando el Crédito y la Banca dentro del concepto de "Producción"). Pero LENIN, en 1917, ya formuló un programa de sustitución del sistema capitalista, donde se hacía una referencia concreta al sistema crediticio/bancario, propugnando (en las denominadas "Tesis de Abril") la fusión de todos los bancos en un sólo Banco nacional, bajo el control de los soviets. Y este es el principio que inspira los arts. 4ºs. de las -desaparecidas- Constituciones de la URSS. y de Yugoslavia (de 1953). Y sus arts. 14º y 5º, respectivamente, atribuyen a la Unión o a la Asamblea Federal, la competencia sobre la administración de la Banca.

b) El **Modelo de los países con Economía de Mercado** que como consecuencia de las crisis del sistema capitalista, pero desde postulados no socialistas, *intenta corregir las crisis por medio de fórmulas de intervención pública, que se articularán sobre el mercado de dinero y sobre la oferta monetaria*, como consecuencia de la aparición de la obra de KEYNES (quien, en materia de Banca, diferenciaba el sector del Crédito, respecto del reducto dominante de la libre iniciativa privada, por el hecho de que en aquel la acción estatal debe jugar de modo permanente y provista de intensos poderes naturales de dirección y control).

El Crédito desempeña un papel básico en el conjunto del Sistema económico, lo que permite suponer que ambos habrán penetrado, también, de modo pleno y sistemático, en las normas constitucionales, como el resto de los fenómenos económicos. Y, por este motivo, es precisamente en los textos constitucionales donde el sistema crediticio (y bursátil) encuentran jurídicamente su punto de arranque y su fundamento, e incluso el marco de la propia legitimación de su ordenación¹⁰⁹. Ahora bien, se suele firmar que los términos en que nuestra norma fundamental define el modelo económico y el modelo territorial son bastante ambiguos¹¹⁰. Y, con independencia de que esta afirmación pueda ser compartida con más o menos reservas, lo cierto es que los términos de la Norma constitucional pueden contribuir a acentuar la complejidad de nuestra normativa bancaria y del Seguro privado.

Pues bien, la *intervención administrativa en el ejercicio de la actividad bancaria* constituye un *ejemplo paradigmático del intervencionismo del Estado en la actividad económica*¹¹¹. Incluso en plena vigencia del Liberalismo económico se desarrollan las primeras manifestaciones de la presencia de la Administración pública en la reglamen-

¹⁰⁸ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.: "Aspectos constitucionales del Crédito", en VV.AA.: "**Ordenación jurídica del Crédito**", cit., p. 25.

¹⁰⁹ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.: "Aspectos constitucionales...", cit., ps. 26 y ss.

¹¹⁰ Así, p.e., TAPIA HERMIDA, A.J.: cit. p. 49.

¹¹¹ BASSOLS COMA, M.: "Los principios...", cit., p. 94.

tación de las actividades privadas de signo económico.

Ahora bien, respecto de los poderes de intervención que acabamos de mencionar, cabe una doble opción:

- a) La **“posibilidad”** de una **ordenación estatal** del Crédito (como, en general, del Sistema económico).
- b) La **“obligatoriedad”** de la **asunción estatal de la misma actividad** y de su disciplina.

Y según que se opte por una, o por la otra, la Actividad bancaria y aseguradora vendrían a calificarse, bien como actividades **privadas**, pero sometidas a control, o bien como verdaderos **servicios públicos**.

Por lo que al Ordenamiento jurídico alemán se refiere, con independencia de las disposiciones contenidas en los **arts. 74 y 88 GG.**, la existencia de un modelo económico, que influiría de forma más o menos directa en el régimen de las instituciones bancarias y bursátiles, se encuentra en preceptos, tanto de la referida *“Grundgesetz”*, como -de forma a veces taxativa y terminante- de las Constituciones de los distintos *“Länder”* (Estados federados de la RFA.). En la *“Grundgesetz”*, revisten especial importancia los **arts. 12º y 14º, GG.** El primero de ellos establece la **“Libertad de elección de profesión u oficio”** y el segundo, establece el **“Reconocimiento de la propiedad privada y de la Herencia”**, aunque configurándolos como derechos con límites intrínsecos. Por otra parte, la Constitución del *“Land”* de Renania/Palatinado (*“Verfassung für Rheinland-Pfalz”*, de 18 de mayo de 1947) y la Constitución del *“Land”* del Sarre (*“Verfassung des Saarlandes”*, de 15 de diciembre de 1947) contienen preceptos de notable importancia. Así, p.e., los **arts. 51 VR-P. y 43 VSL.** atribuyen al Estado la función y el deber de **supervisar la Economía**, detallando los fines a que debe orientarse dicha supervisión. Los **arts. 52 VR-P. y 44 VSL. reconocen la Libertad contractual y la Libertad de Empresa**, señalando como sus límites los derechos de los terceros y las exigencias del Bien común, o bien advirtiendo que quedan prohibidos los abusos de posición económica dominante. Pero sus normas más importantes -por lo que a nuestra materia se refiere- son las contenidas en los **arts. 62 VR-P. y 53 VSL.**, según los cuales.:

“Los Bancos, Seguros y demás Instituciones monetarias (“Geldinstitute”) están sometidos a la supervisión (“Aufsicht”) del Estado. El Estado tiene que tomar las medidas que aseguren una indispensable y necesaria inversión del patrimonio popular...”.

En otras palabras, sea de manera directa o indirecta, se trata de un sistema de Libertad de empresa, que se extiende a la actividad bancaria, pero en el que se legitima la intervención pública sobre el sector.

Muy profusa atención dedica al Sistema bancario la **Constitución política del Perú** (en adelante, se citará: **Const.pol.P.**), cuyo **Cap. Vº**, del **Tít. IIIº**, compuesto por los **arts. 83 al 87, Const.pol.P.** -número verdaderamente amplio de disposiciones, para estar contenidas en un texto constitucional-, atribuyen al Estado la **facultad de emisión**, como **facultad exclusiva del Estado**, ejercida a través del **“Banco Central de Reserva”**, el cual -a su vez- se configura como **persona jurídica de Derecho público**, dotada de **autonomía** y cuya finalidad es **preservar la estabilidad monetaria**; es decir: la configuración típica de un Banco central moderno. Además, el **art. 87, Const.pol.P.** contiene -además de una referencia indirecta de los bancos a la **libertad de empresa**- la **habilitación general a los poderes públicos, para la supervisión, ordenación y regulación del sistema bancario**, cuyas potestades -proyectadas sobre las empresas que reciban fondos del público- se atribuyen a la **“Superintendencia de banca y Seguros”**.

¿Cómo ha resuelto nuestra Constitución de 1978 el problema de la titularidad -pública o privada- y la intervención administrativa sobre estos sectores?. La respuesta es a través de la cláusula constitucional del “Estado Social”, pues hay que reconocer que el “Principio del Estado Social” subsiste, con otro significado y, sancionado o reconocido por las Constituciones, impone unos ciertos “Principios” a todo el Ordenamiento jurídico. El “Estado Social” no deroga las libertades; no las suprime, sino que las convierte en “libertades socialmente vinculadas”, y así establece un esquema jurídico que se proyecta operativamente sobre todos los derechos fundamentales¹¹².

El “Principio del Estado Social” actúa, también, como una auténtica válvula legitimadora, que permite que la aplicación de las normas constitucionales, relativas al Modelo económico, se acomode a la evolución del propio contexto económico. Pero, en último extremo, el “Principio del Estado Social” es el auténtico co-fundamento de los derechos fundamentales, cuyo propio alcance y efectividad determina. ¿De que manera?.

En primer termino, interesa aludir al art. 38, Const.Esp., que, de forma paralela a lo dispuesto en el art. 41, Const.it., establece el principio de la “Libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”, con la obligación, impuesta a cargo de los poderes públicos, de crear un marco normativo que garantice un nivel de competencia adecuado, de defender la productividad, dentro de los límites impuestos por las necesidades de la economía general y, en su caso, de la planificación. El Texto constitucional reconoce, en consecuencia, un modelo económico basado en la libertad de crear una empresa; de organizar los factores de la producción -capital y trabajo- para la prestación de bienes y de servicios destinados al Mercado.

Pues bien, la libertad de empresa en el marco de la Economía de mercado, reconocida en el art. 38, Const.Esp., constituye la base legal/constitucional sobre la que se asienta el derecho preexistente de los ciudadanos a desarrollar la actividad bancaria y aseguradora; a crear una “Entidad de crédito” con los rasgos propios del art. 1º del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio; libertad cuyo ejercicio se encuentra sometido a la necesidad de autorización operativa previa¹¹³.

Por otra parte, el eje de la cuestión está, no ya en que se reconozca la Libertad de Empresa -sea privada o pública-, sino en el hecho de que la misma se enmarque en la “Economía de mercado”. Esto supone, en un principio, que la libertad de empresa (sea pública o privada) se ejerce en y para un marco de libre competencia, lo cual legitima, en último termino toda una legislación protectora frente a las prácticas restrictivas de la competencia, o frente a su degradación por vía de los actos de competencia desleal. En este sentido, la propia Exposición de motivos de la Ley nº 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la Competencia, expresamente vincula su contenido con el art. 38 Const.Esp.¹¹⁴.

¹¹² MARTIN-RETORTILLO BAQUER,S.: “Derecho administrativo economico”, edit. “LA LEY”, t. I, Madrid, 1988, ps. 42 y ss.

¹¹³ SANCHEZ CALERO,F.: “Instituciones...”, cit., 12ª ed., p. 60. MICHAVILA NUÑEZ,J.Mª.: “Autorizaciones”, en VV.AA.: “Estudios de Derecho público bancario”, cit., ps. 229 y ss., quien resalta el hecho de que el art. 38 Const.Esp. consagra un verdadero derecho subjetivo. Y, así en la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC.) de 24 de julio de 1984, se afirma que en el art. 38 CE. predomina el carácter de garantía institucional. En el mismo sentido, CAZORLA PRIETO,L.M.: Comentario al Artículo 38 en VV.AA.: “Comentarios a la Constitución”, edit. CIVITAS,S.A., 2ª ed., actualizada y ampliada, Madrid, 1985, ps. 240 y ss.

¹¹⁴ FERNANDEZ NOVOA,C.: “Reflexiones preliminares sobre la Empresa y sus problemas jurídicos”, en RDM., 1965, nº 95, enero/marzo cit., ps. 27 y ss.

El Cap. IIº del Título Iº, Const. esp. se reconocen dos derechos de los ciudadanos, como son la propiedad privada (**art. 33, Const.Esp.**) y La libertad de empresa, en el marco de la economía de mercado (**art. 38, Const.Esp.**), respecto de los cuales se afirma que vinculan a los poderes públicos, legislativo, ejecutivo y judicial, a título de derechos inmediatamente válidos y aplicables. Pues bien, de estos dos derechos, que se configuran como *verdaderos derechos subjetivos*; como verdaderos conjuntos de facultades atribuidos a un sujeto de voluntad capaz o suplida por la representación, en atención a un interés digno de protección por el Ordenamiento - el que más nos interesa, ahora, es el de la **“Libertad de Empresa”**, reconocida en el **art. 38, Const.Esp.**; derechos que se traducen en la libertad de **acceder al mercado bancario**; de crear o establecer una empresa, y organizarlas de determinadas formas o con determinadas estructuras, para llevar a cabo la actividad de intermediación monetaria y crediticia. Y no sólo la libertad de *“acceder”* a las actividades mencionadas, sino también la libertad de *permanecer en el mercado*, desarrollando las mismas.

Ahora bien, la actividad bancaria es una actividad especialmente relevante para la economía y que comporta riesgos y peligros evidentes -fundados, sobre todo, en el *endeudamiento masivo, consustancial a la misma-*, lo cual, entre otras cosas, justifica que, cuando la doctrina jurídica ha examinado el sentido de este precepto constitucional -el **art. 38, Const.Esp.**-, y su aplicación al ámbito bancario, haya llegado a la conclusión de que en el mismo se reconoce la Libertad de Empresa como derecho dotado de unos *límites intrínsecos o esenciales*, que forman parte de su propio contenido.

El principal de esos *límites* viene dado por el hecho de que toda la Constitución española se organiza en torno al principio del *“Estado social”*, que tiene de rasgos de *solidaridad* y de *orientación hacia el interés general*, el ejercicio de los derechos. Este principio también constituye una auténtica *válvula legitimadora, que permite que la aplicación de las normas constitucionales, relativas al Modelo económico, se acomode a la evolución del propio contexto económico*. Pero, en último extremo, el *“Principio del Estado Social”* es el *auténtico co-fundamento de los derechos fundamentales, cuyo propio alcance y efectividad determina*. ¿De que manera?

Como señala TAPIA HERMIDA en el mismo **art. 38, Const.Esp.** se encuentra la base más sólida de la Ordenación administrativa del Crédito privado¹¹⁵. Y, por cuanto al Crédito “público” se refiere, sobre la base del **art. 128, Const.Esp.**, parece que cabe llegar a conclusiones análogas, sobre todo a la vista de la inclusión del *“Instituto de Crédito Oficial”*, como antaño las EOC. y antigua la Caja Postal de Ahorros en el concepto de “Entidad de Crédito” por el **Real Decreto Legislativo nº 1298/1986**, reformado por la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, nº 26/1988 de 29 de julio, y su sumisión al control del Banco de España, por imperativo de esta última ley; proceso que -con posterioridad- la **LARB. nº 2/1994, de 14 de abril**, ha exacerbado, al *reunir, bajo la denominación genérica de “bancos”; es decir, sin distinguir entre los públicos o los privados, a estos últimos, junto con las antiguas EOC*. La referida base responde, precisamente, a la necesidad de adecuar el principio de libre empresa “a las exigencias de la Economía general y, en su caso, de la planificación”.

La opinión del Prof. TAPIA nos parece sustancialmente correcta, aunque quizás conviniera matizar o hacer una apostilla, en el sentido de que el apoyo de la intervención pública no se encuentra únicamente en el art. 38, Const.Esp., sino **en el conjunto de lo que se conoce como “Constitución económica”**, o bien en el sentido de que el art. 38, Const.Esp. también se encuentra influido por el “Principio del Estado social”, que es el que fija los límites intrínsecos de los derechos económicos constitucionales.

¹¹⁵ TAPIA HERMIDA, A.J.: cit., p. 50.

Por esta razón, en el conjunto al que hacemos referencia, cabe incluir preceptos como el propio **art. 1º, Const.Esp.**, cuando establece el “*Principio del Estado social*”; principio constitucional que se encuentra también en otras Constituciones¹¹⁶. Este principio del Estado “social” comporta dos aspectos. Por una parte, que el Estado, que la organización política de la Nación (y esto incluye a sus tres poderes: legislativo, ejecutivo e, incluso, judicial), ya no puede entenderse como algo separado de la sociedad. Precisamente las constituciones que reconocen este principio parten de la idea del Estado, como conformador de la realidad social. En este sentido, señala ENTRENA CUESTA¹¹⁷ que si el “Estado de Derecho” se caracteriza por consagrar el reconocimiento de la tutela de los “derechos públicos subjetivos”, mediante el sometimiento del Poder, a la Ley, **el rasgo definitorio del “Estado social” consiste en que su centro de gravedad se halla en los “derechos públicos” de carácter “social”**; derechos que facultan a sus titulares para **dirigirse a los poderes públicos, reclamándoles la realización de determinadas prestaciones**. Y esto se traduce en la imposición a los poderes públicos -en especial, a la administración- de una actitud dinámica y no abstencionista o pasiva, en orden a la realización de esos derechos¹¹⁸.

Para HOPT, el Principio del Estado Social no es una mera declaración programática, sino una **Norma constitucional vinculante**, en la medida en que el Principio rector que debe inspirar a las leyes es la consecución de la Justicia Social. El Principio del “Estado Social” *obliga constitucionalmente al Estado a una actividad social, que abarca la **procura existencial** (“Daseinvorsorge”), pero que **también supone que el Estado debe producir y proteger la Justicia Social***. Y, con ello, la equiparación y composición de los intereses contrapuestos de los grupos sociales y la protección estatal de los económicamente débiles). Es aquí donde encuentran su fundamento preceptos como los arts. 9º y 40º, Const.Esp., que establecen el principio de que el Estado debe adoptar las medidas que aseguren la igualdad real entre los ciudadanos, entre otros aspectos, en materia económica¹¹⁹.

De este modo, los poderes públicos no pueden limitarse a una mera actividad de vigilancia y eventual sanción de conductas económicas, sino que deben adoptar una postura activa que haga que las libertades políticas formales se correspondan con una igualdad económica real.

Por otra parte, *la noción de “Estado social” comporta que un Principio de **solidaridad** debe estar presente en las diversas instituciones*, como p.e., en el reconocimiento de la propiedad privada, o de la libertad de empresa. De los límites internos de

¹¹⁶ P.e., en la “Grundgesetz” de la RFA. Como reconocen los estudiosos del Derecho administrativo, o del Derecho de la Economía -más en concreto, del Derecho administrativo económico-, los términos “liberal” (“*freiheitlich*”) y “social” se aplican, igualmente, en el ámbito de la economía. Y la “Grundgesetz” configura un Orden jurídico basado en la libertad, democrático, *social* y sometido al Derecho, en todos sus aspectos.

El sistema económico “liberal”, contenido en la constitución alemana, supone la incompatibilidad con la norma constitucional de un modelo económico de Planificación imperativa, pero -simultáneamente - se apoya sobre la Cláusula del “Estado social” **FIKENTSCHER, W.: “Wirtschaftsrecht”**, cit., t. II, p. 57).

¹¹⁷ ENTRENA CUESTA, R.: cit., p. 14.

¹¹⁸ Vid. HOPT, K.J.: “**Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken**”, edit. C.H.BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, Munich, 1975, ps. 260 y ss., quien señala que la toma de posición constitucional de un Estado frente al poder económico y la cuestión de una Protección social, proporcionada a través del Ordenamiento jurídico, conecta con dos problemas: La posible antinomia entre la protección del Individuo frente al Estado y la Protección del Individuo, a través de las posibilidades de intervención del Estado <I>. Y la interpretación jurídico- constitucional de la Cláusula del Estado Social de Derecho y de los Derechos de Libertad <II>.

¹¹⁹ HOPT, K.J.: “**Der Kapitalanlegerschutz im...**”, cit., ps. 267 y ss.

la Libertad de empresa ya hemos hablado, sin perjuicio de alguna otra futura referencia. En cuanto a la propiedad privada, el art. 33 de nuestra Constitución contiene el reconocimiento expreso de la "Propiedad privada", aunque reconociendo que no se trata de un derecho absoluto (sometido, p.e. a los límites del art. 128 CE., pero sobre todo limitado por su propia "**Función social**", reconocida en el mismo **art. 33, Cost.Esp.**).

Una importancia de primer orden tiene el densísimo **art. 128, Const.Esp.** que abarca desde la proclamación de la *sumisión de toda la riqueza nacional a los intereses generales*, hasta la *posibilidad de nacionalización "de empresas"* y la *posibilidad de reserva al sector público -por vía de ley- de sectores económicos*, pasando por el reconocimiento de la *iniciativa económica pública*, etc..... En relación con el **art. 128, párr. 2º, Const.Esp.**, que se refiere a la "**Libertad de Empresa pública**", uno de los problemas clásicos que se suscita es el de la *vigencia, o no, del principio de "subsidiariedad"*; principio que nos atreveríamos a calificar como de presencia *cíclica*, puesto que -en tiempos recientes- ha sido, sucesivamente.:

* *abandonado*

* *recuperado*

En una primera aproximación, pareciera que la iniciativa económica pública debe jugar dentro de los mismos parámetros jurídicos de actuación que la iniciativa privada. Y aquí cabe hacer aplicación de las reflexiones de MARTIN RETORTILLO, según el cual **la Ordenación constitucional del Crédito se ha de proyectar sobre el Crédito público u oficial, que** -organizado como un todo unitario y sometido a una Autoridad (antaño el ICO., hoy el Banco de España)- por virtud de lo dispuesto en el art. 43, núm. 2º Const.Esp., **debe orientarse a la consecución de unos objetivos políticos**. La planificación o programación de la actividad son consustanciales al Crédito oficial, como al Crédito privado¹²⁰.

Una cuestión de interés en esta materia, que se podría plantear en relación con el **art. 128, Const.Esp.** es la que se refiere a la **posibilidad** o la imposibilidad **jurídica** de llevar a cabo una **nacionalización** del sistema crediticio, en su conjunto, dentro de un modelo económico de mercado y libre empresa, como el que establece nuestra Constitución. Sin duda no han faltado autores como PERDIERI que creen posible la nacionalización total del sistema financiero, incluso en el marco de una economía pluralista, afirmando que en este punto reside la especialidad de la Ordenación constitucional del Crédito, que contiene la Constitución italiana de 1947. Sin embargo, el criterio no es compartido por la mayoría de la doctrina. En este sentido, MARTIN-RETORTILLO señala que esta posibilidad parece algo contradictorio con la esencia del sistema. Y, aun cuando no excluye semejante posibilidad de nacionalización total del sistema, *considera improcedente que sea el Texto constitucional el que prevea una eventualidad semejante*. Por otro lado, continúa el autor, *lo importante no es si hay que nacionalizar, o no, sino establecer una ordenación pública del crédito, o no hacerlo*. Y MARTIN RETORTILLO se pronuncia, inequívocamente, en sentido afirmativo: *hay que socializar el Crédito, ordenándolo de forma pública, dentro del esquema constitucional de una sociedad democrática*¹²¹.

Así resulta de múltiples normas, como el **art. 40, Const.Esp.** que establece la función promocional del Estado; como el **art. 53, Const.Esp.**, que admite la posibilidad de regular por Ley el ejercicio de una serie de derechos entre los que se encuentra la Libertad de empresa, o como el densísimo **art. 128, Const.Esp.**, de tan considerable

¹²⁰ MARTIN-RETORTILLO BAQUER,S.: cit., ps. 35 y ss.

¹²¹ MARTIN-RETORTILLO BAQUER,S.: "Crédito, banca y...", cit., ps. 31 y ss.

trascendencia, autorizan a afirmar que la libertad de empresa, incluso dentro de una economía de mercado, *admite la intervención administrativa en muy diversos grados*, porque “desde la perspectiva más general, se acepta hoy que la libertad de empresa *no es un derecho absoluto*”, y que las limitaciones de la autonomía de la voluntad, y -por tanto- de la empresa, “*forman, ya, parte del patrimonio irreversible de la cultura jurídica europea*”¹²².

En primer termino, interesa aludir al art. 38, Const.Esp. que, de forma paralela a lo dispuesto en el art. 41, Const.it., establece el principio de la “Libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”, con la obligación, impuesta a cargo de los poderes públicos, de crear un marco normativo que garantice un nivel de competencia adecuado, de defender la productividad, dentro de los límites impuestos por las necesidades de la economía general y, en su caso, de la planificación. El Texto constitucional reconoce, en consecuencia, un modelo económico basado en la libertad de crear una empresa; de organizar los factores de la producción -capital y trabajo- para la prestación de bienes y de servicios destinados al Mercado. Ahora bien, respecto de los poderes de intervención que acabamos de mencionar, cabe una doble opción:

- a) La “**posibilidad**” de una **ordenación estatal** del Crédito (como, en general, del Sistema económico).
- b) La “**obligatoriedad**” de la **asunción estatal de la misma actividad** y de su disciplina.

Y según que se opte por una, o por la otra, la Actividad bancaria (y la bursátil) vendrían a calificarse, **bien como actividades privadas, pero sometidas a control, o bien como verdaderos servicios públicos**. Así ha sucedido en el Derecho italiano, respecto del cual, el Prof. Sebastián MARTIN-RETORTILLO señalaba que autores como NIGRO habían manifestado que el art. 47 de la Const.It. configuraría un verdadero servicio público, por cuanto -al establecer una regulación expresa de la actividad crediticia, con independencia de la regulación del sistema económico general- la habría caracterizado por los dos rasgos siguientes.:

1. La **intervención administrativa** sobre el Sistema crediticio viene **constitucionalmente exigida**: resulta **obligatoria para el Estado**, mientras que la intervención sobre otros sectores económicos es algo que toca decidir al Legislador.
2. La referida intervención sobre el Crédito queda **excluida de la reserva legal**, que el art. 41, núm 3º, Const.It. establece de modo general para el resto de las actividades económicas. De esta forma se legitima la **intervención mediante actos no legislativos**, lo cual supone una mayor elasticidad en el gobierno y dirección del Crédito¹²³.

Hay que señalar, sin embargo, que la teoría de que la Banca es un servicio público ya hacía años que venía siendo impugnada y combatida, cada vez con mayor frecuencia, por la propia doctrina italiana. El fundamento de la crítica se basó en la aplicación del **art. 41 Const.it.**, que *reconoce la Libertad de empresa, conformando un sistema de Economía de mercado caracterizada por operadores tanto privados, como públicos, cuya actividad puede ser dirigida, mediante leyes, hacia fines sociales*. El art. 47, Const.it. no es ni una “especificación” del art. 41, ni tampoco una “derogación”, total o parcial, del mismo, porque según MERUSI¹²⁴, ambos preceptos regulan dos fenómenos económicos diversos. La relación ahorro/credito es el factor que incide de forma

¹²² NUÑEZ LOZANO, M^o.C.: “**Ordenación y supervisión de los seguros privados**”, cit., ps. 21 y s.

¹²³ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.: “**Aspectos constitucionales...**”, cit., p. 29.

¹²⁴ MERUSI, F.: cit., p. 157.

más directa sobre la regulación material de la Economía, y se regula en el art 47, dentro de la rúbrica de “Relaciones económicas”, porque disciplina uno de los factores antecedentes y condicionantes del fenómeno de la Libertad de Empresa, regulado en el art. 41, Const.it.

Así, FEDELI enraiza la actividad bancaria *dentro del marco del art. 41, Const.it.*; precepto equivalente a *una garantía constitucional, que configura un verdadero y propio derecho fundamental*. Este derecho, sin embargo, *debe armonizar con la utilidad social y el interés colectivo*. La iniciativa privada -continúa FEDELI- no supone tan sólo la titularidad o la forma “no públicas” de la empresa, sino el *reconocimiento*, a favor de sus titulares, *de un poder de acción y gestión aunque en presencia de la intervención del Estado*. Las entidades bancarias no son plenamente libres de actuar con fines especulativos y, por otra parte, al mismo tiempo su riesgo empresarial se plantea en terminos y con consecuencias bien diferentes de lo que es propio de otros empresarios. De hecho, aunque la empresa bancaria pueda perseguir un ánimo de lucro, solo le será posible dentro de los límites que fije el Instituto Emisor. Y además, la intervención administrativa se extiende a la propia genesis de la empresa, la gestión y ejercicio de la misma, etc. Ahora bien, *todo esto no significa que se trate de un “Servicio público”*. Se trata, más bien, de una *actividad económica privada, pero disciplinada y controlada para el logro de fines sociales*, sin dejar de ser privada¹²⁵.

Lo que sucede es que la jurisprudencia italiana pretendía extender el **regimen penal de los funcionarios públicos**, a los administradores de los Bancos y, para ello, se servía de la noción de la Banca como “**servicio público en sentido objetivo**”. La cuestión dio origen a una copiosa jurisprudencia, tanto de la *Corte costituzionale*, como de la *Corte di Cassazione*. Y, así, dos sentencias de las secciones unidas de lo penal, de fechas **23 de mayo y 16 de julio de 1987**, llegaron a la conclusión de que no sería necesario aplicar de forma generalizada o totalizadora el carácter de servicio público, a toda la actividad bancaria, sino sólo en algunos aspectos de la misma -concretamente: **aspectos organizativos de los Entes públicos** del sector, y cuestiones referentes a créditos de tipo particular y actividades colaterales o delegadas, comunes tanto a los entes públicos, como a los privados-, **reconociéndose, por lo demás, el carácter eminentemente privatista de la “empresa de banca”**. Así, la *Sent. Corte Casac. it., de 23 de mayo de 1987* afirmó que las entidades de crédito, sean públicas o privadas, desarrollan su actividad de captación del ahorro entre el público, y de ejercicio del crédito, en un libre mercado concurrencial. Por otra parte, se señala que **la actividad del banquero es una actividad de “Empresa”** <en sentido funcional>, dado que “**Empresa**” y “**Servicio público**” **no son terminos incompatibles**, pues la presencia de un “interés público”, en el desarrollo regular de la actividad bancaria no basta para afirmar su carácter público¹²⁶ y¹²⁷.

Volviendo al **Ordenamiento jurídico español**, reviste fundamental importancia el **art. 53 Const.Esp.**, en la medida en que *crea el título habilitante para que el Estado pueda modalizar y regular el ejercicio de un derecho como la Libertad de empresa, por*

125 FEDELI: cit., ps. 236 y s.

126 Vid. SCOTTI-CAMUZZI,S.: “**I nuovi scenari...**”, cit., p. 340. FLICK,G.M°.: “**Il pubblico servizio e l’impresa di Banca: variazioni sul tema e problemi nuovi o irrisolti**”, en *Riv. Soc.*, 1988, fasc. 2/3, ps. 303 y ss. El mismo autor, junto con CAPRIGLIONE,S.: cit., p. 13, advierte de la incompatibilidad de esta tesis con el Derecho de la CEE.

127 En otras palabras, el **art. 47, Const.it.**, en la voluntad de los propios constituyentes, tenía por objetivo ofrecer el apoyo de una norma constitucional para legitimar al nivel legal más alto posible, disposiciones preconstitucionales -como la “*Legge bancaria*” de 1936/1938-, que regulaban un minucioso control público sobre el sistema bancario pero que, por otra parte presuponían la multiplicidad de entidades bancarias y excluía la posibilidad de su nacionalización (cuando menos, como principio general)(MERUSI,F.: cit., ps. 159 y ss.).

vía de ley formal o parlamentaria, siempre y cuando esta ley respete su contenido esencial. Esto supone varias consecuencias.:

- En primer lugar, la proscripción -salvo modificación de nuestra Ley fundamental- de un sistema de socialización absoluta del Modelo económico; y -en particular, salvo reserva al Sector público- del Sistema bancario y bursátil (por lo menos en importantes sectores de los mismos).

- Y en segundo lugar, el reconocimiento de un fundamento para el control público sobre estos sectores, a través de lo que la doctrina administrativista viene denominando la **“compresión” del derecho subjetivo** -en este caso de la Libertad de empresa-, pero con respeto al **“Principio de legalidad en la actuación administrativa”**, porque solo existiendo una norma de rango legal se podrá proceder a un desarrollo de medidas modalizadoras del ejercicio de la libre empresa de Banca y Bolsa.

Como es evidente, el Derecho bancario y bursátil son dos campos de la actividad empresarial en los que estas perspectivas, abiertas por el art. 53 Const.Esp., se han desarrollado de forma más profunda, pormenorizada y continuada, hasta el punto de que es el soporte constitucional de disposiciones como la **Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito, nº 26/1988, de 29 de julio**, la **Ley del Mercado de valores, nº 24/1988, de 28 de julio**, la **Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, nº 46/1984, de 26 de diciembre**, etc..., que son normas en las que se comprime el ejercicio del derecho de libre empresa, en sus manifestaciones de creación y ejercicio de la Empresa de Crédito; de la Empresa bursátil, de la Empresa de inversión colectiva y gestión de patrimonios...

Además, el citado art. 53, Const.Esp. puede ponerse en relación con el art. 31 Const.Esp., que establece el deber general de contribuir a los gastos públicos, a través de un sistema impositivo igualitario, progresivo y no confiscatorio, que deberá respetar los principios de **Legalidad** y de **Reserva de Ley**, para la **imposición de nuevas prestaciones patrimoniales**, lo cual podría encontrar importantes manifestaciones en el ámbito de la materia bancaria y bursátil, a través de la **imposición de “coeficientes”**. Como ejemplo cabe citar la -derogada- Ley nº 26/1983, de 26 de diciembre, sobre Coeficiente de Caja y la **Ley nº 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión y de Recursos propios y obligaciones de información de los Intermediarios financieros**. En efecto, la fijación de coeficientes, como el de Caja, que suponen la obligación de mantener líquidos una serie de activos, para establecer determinada relación con las obligaciones exigibles, con la consiguiente imposibilidad de destinar parte de los fondos captados del público en inversiones y operaciones de crédito..., podría ser considerada como una especie de “impuesto” y, en cualquier caso, como una prestación económica adicional, cuya imposición debe venir amparada por una norma de rango legal.

Por otra parte, cabe citar lo dispuesto en el **art. 129, núm. 2, Const.Esp.**, que impone a los Poderes públicos el **mandato de fomentar el sector cooperativista**; mandato que, por lo que al ámbito de nuestra disciplina se refiere ha sido cumplido, a nivel Estatal, a través de la promulgación de la **Ley 13/1989, de 26 de mayo, sobre Cooperativas de crédito**¹²⁸.

También hay que tener en cuenta lo dispuesto en el **art. 7º, Const.Esp.**, que reconoce la *libertad de asociacionismo empresarial* (una manifestación de la cual sería, p.e., la *“Asociación Española de la Banca Privada”* -la conocida AEB.-).

¹²⁸ Vid. PAZ CANALEJO,N.: “Algunas reflexiones en torno a la nueva Ley de Cooperativas de crédito”, en *“Revista semanal de legislación”*, 1989, nº 34, julio, p. 76

Otra norma constitucional de capital importancia en el Ordenamiento bancario y bursátil, que se basa en una confianza y buena fe máximas, es la contenida en el **art. 18, apdo. 1, Const.Esp.** donde se reconoce, como derecho fundamental, el “**Derecho a la Intimidad**”. Y este derecho es de capital importancia, en la medida en que sobre la base del mismo se fundamenta un institución jurídica de tanta importancia, para nosotros, como es el “**Secreto bancario**”.

Pero la Constitución no solamente define el modelo económico, sino también el modelo político y, al propio tiempo, el modelo jurídico, dado que constituye la “Norma Fundamental”. En este sentido, *sirve de base al sistema de fuentes, atribuyendo competencias legiferantes*. Por este mismo motivo, partiendo del texto constitucional podemos acceder al plano subsiguiente de las *normas infra-constitucionales, que regulan una determinada materia* -en este caso la materia “bancaria”- constituyendo las “*fuentes instrumentales*” del Derecho bancario.

En realidad, los únicos preceptos que -de forma terminante, directa y expresa- aluden a la Banca y la Bolsa son los que tratan de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (en adelante CC.AA.). Así, el **art. 149, nº 1, apdo. 11, Const.Esp.**, señala que el *Estado* tiene atribuida la *competencia exclusiva* sobre.:

“**I) ... II.- Sistema monetario; divisas, cambio y convertibilidad, bases de la ordenación del Crédito, Banca y seguros...**”.

Por el contrario, en materia de normativa bursátil y de establecimiento de bolsas de valores, la Constitución nada dice. El art. 148, sobre competencias de las CC.AA., solo habla de “ferias”. Pero diversos Estatutos de Autonomía han conferido a ciertas Comunidades, competencias en materia de creación y régimen de Bolsas, si bien con respeto a la legislación mercantil del Estado (de esta materia nos ocuparemos en su momento).

Volviendo a centrar nuestra atención sobre el art. 149, nº 1, subapdo. 11, resulta conveniente señalar que este precepto alude a la “competencia del Estado”, sin distinción, cuando lo cierto es -como señala MARTIN OVIEDO- que hay que diferenciar entre una potestad legislativa y una potestad reglamentaria, que son las dos manifestaciones de la “Potestad normativa”¹²⁹.

Descendiendo un peldaño, hasta el nivel de las “**normas “ ó “leyes infraconstitucionales**”, y adoptando una clasificación que, para el Ordenamiento jurídico italiano, proponen SPINELLI/GENTILE, podríamos señalar que las leyes ordinarias -aunque, también las normas reglamentarias (por lo menos, algunas)- que constituyen las fuentes instrumentales del Derecho bancario (y bursátil) podrían quedar agrupadas en tres categorías¹³⁰:

- 1.- Leyes que disciplinan la **constitución y el ejercicio de la empresa bancaria**.
- 2.- Leyes **sobre emisión de billetes de banco y sobre títulos-valores**.
- 3.- Leyes relativas a los **contratos bancarios**.

Fuentes instrumentales de este rango ya existen, pero su importancia relativa es muy diversa. Podríamos comenzar señalando, con GARRIGUES, que los Códigos de comercio del siglo XIX apenas contenían normas específicas sobre los contratos bancarios, limitándose a considerar mercantiles esta clase de operaciones. Y otro tanto sucedía con la contratación bursátil¹³¹.

¹²⁹ MARTIN OVIEDO, J.M.: “**Ordenación legal del Sistema financiero español**”, edit. CIVITAS, S.A., Madrid, 1987, ps. 53 y ss.

¹³⁰ SPINELLI/GENTILE.: cit., 1ª ed., p. 15

¹³¹ GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: “**Contratos bancarios**”, cit., 2º ed., p. 14

En época más reciente, y por lo que a Italia se refiere, el **Codice civile de 1942** contempla los contratos bancarios en los **arts. 1834 a 1860** (además, el contrato de Mútuo se regula en los **arts. 1813 y ss.** y el de Cuenta corriente se regula en los **arts. 1823 a 1833, Cod.civ.it.**).

Desde la perspectiva del Derecho público bancario, las normas sobre los aspectos organizativos de los Bancos y entidades de crédito -en particular las que reflejan las manifestaciones de inmisión del Poder público, exteriorizadas en normas de Derecho administrativo, o de Derecho público económico-, resultan mucho más abundantes, precisas y minuciosas. Así, cabe citar desde la erosionada **Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946**, hasta la actual LDIEC. de 1988, pasando por la Ley de Bases de 1962, que se refiere, también, a las Bolsas de comercio, la Ley de Crédito Oficial nº 13/1971, de 19 de junio o la normativa sobre coeficientes, de caja, inversión y recursos propios, etc.

Sin embargo, ya GARRIGUES advertía, en relación con la actividad bancaria, que incluso las normas administrativas pueden afectar también a la materia contractual, en la medida en que puede exigir condiciones o imponer deberes que limitan la libertad de contratación¹³².

Como veremos, estas leyes poseen una importancia trascendental en relación con otra serie de normas, que se incluyen en el concepto “material” de las “leyes”; a saber: los **“Reglamentos”**. La Constitución española de 1978 atribuye la **“Potestad Reglamentaria”** al **“Gobierno”**. En concreto, y por lo que al Sistema financiero se refiere, de la interpretación conjunta de la **Ley nº 10/1983, de 16 de agosto, de Organización de la Administración Central del Estado**, y la **Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado (LRJAE), Texto Refundido, de 26 de julio de 1957**, la potestad reglamentaria en materia financiera, bancaria, bursátil y de crédito, corresponde.:

- A) Al **Consejo de Ministros**, por medio del instrumento normativo del **“Real Decreto”**, y
- B) Al **Ministerio de Economía y hacienda**, por medio de la **“Orden ministerial”**.

Por otra parte, las entidades u organismos que constituyen la que se denomina “Autoridad Financiera”, en el nivel técnico/ejecutivo, como es el **Banco de España**, respecto de las entidades de crédito, han venido a ser dotadas -con carácter general- de una cierta **potestad normativa, de tipo reglamentario**, a la que aludiremos en su momento (Vid. **Disp.Adic. 8ª, LDIEC.**).

Por otra parte, el reconocer que la Constitución puede ser, y es, fuente del Derecho bancario y del Derecho del seguro privado, determina -indefectiblemente- una *apertura “fundamental” de nuestro Ordenamiento jurídico* -el bancario y el asegurador, incluidos- a la *“invasión” del Derecho Internacional convencional*. En este sentido, hay que tener en cuenta que el *Capítulo III del Título III* de nuestra Carta Constitucional *regulan el régimen de los “Tratados Internacionales”*. Y, si a ello sumamos los importantísimos preceptos contenidos en el **art. 9º, Const.Esp.**, como la sumisión de los ciudadanos y de los Poderes públicos *“a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico”*, garantizando la propia Constitución los principios de *legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales* o la *seguridad jurídica*, habremos de concluir que el Ordenamiento jurídico español, y -más precisamente- el Derecho

¹³² GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: **“Contratos bancarios”**, cit., 2º ed., p. 14.

español bancario y del seguro privado, integrarán dentro de su contenido, los elementos normativos proporcionados por las disposiciones contenidas en los tratados internacionales, en los términos que establece nuestra Constitución -arts. 93 al 96, Const.Esp.- y en nuestro Código civil.

Pues bien, sucede que el art. 93, Const.Esp. alude aun cierto tipo de tratados internacionales, que se caracterizan por el hecho de que "(atribuyen) a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución", añadiendo -acto seguido- que "... Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de esos tratados, y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales, titulares de la cesión"¹³³. Este precepto constituye el eje de la introducción en España del Derecho comunitario europeo, que tanta importancia ha tenido, y habrá de tener, en nuestro Derecho bancario. Pues bien, cuando tratemos de las fuentes instrumentales del Derecho bancario habremos de hacer una principal distinción, de trascendental importancia los efectos de nuestra exposición; a saber.:

- * las fuentes instrumentales **pre-comunitarias**; es decir: aquellas normas que regían nuestro Ordenamiento bancario o asegurador, con anterioridad al ingreso de España en la CE.
- * as fuentes instrumentales **comunitarias** y **post-comunitarias**; es decir: aquellas normas que *introdujeron en nuestro Ordenamiento interno, las normas de la Comunidad Europea*, y las que regían nuestro Ordenamiento bancario o asegurador, *con posterioridad al ingreso de España en la CE.*, ya fueran transformadas o modificadas por el Derecho Comunitario, o bien promulgadas "*ex novo*".

Por el momento, *centraremos nuestra atención en las fuentes pre-comunitarias*. Y, en este sentido, las fuentes "instrumentales" concretas, y más importantes, de nuestro Derecho bancario (público), replantean, una vez más, problemas de **vigencias** y **derogaciones**, que en alguna ocasión pueden afectar, incluso, al Derecho privado.

Hay que tener en cuenta, como advierte TAPIA HERMIDA, que hasta hace bien poco nuestro Derecho bancario obedecía, en líneas generales, a la **Ley nº 2/1962, de 14 de abril, de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca**, cuyas bases habían ido experimentando un *proceso de erosión, que -sin embargo- no se había traducido en un proceso coherente de revisión y reforma normativas*¹³⁴. Y, aun cuando podría existir la tentación de afirmar, aunque con cierto temor a equivocación, que la citada Ley de Bases había sido completamente **derogada**, junto con los Decretos-Leyes que la desarrollaron (con excepción del Decreto-Ley de Nacionalización del banco de España), lo cierto es que *no ha sido así*, y -además- *continúa vigente* -siquiera, de modo *parcial*- la **Ley de Ordenación bancaria, de 31 de diciembre de 1946**, ya que permanecen sin derogar **trece** de sus artículos¹³⁵; a saber: los **arts. 19, 21** -referidos éstos al régimen jurídico del Banco de emisión (es decir: el Banco de España)-, **37, 38** -parcialmente- **40** -asimismo, parcialmente- **43** -otro tanto-, **45** -otro tanto- **47, 49, 54, 55, 57 bis** y **60**,

¹³³ ANGULO RODRÍGUEZ,E.: "La Adhesión española a la CEE. y la Ordenación bancaria", en VV.AA.: "Estudios de Derecho público bancario", cit., p. 99. LATORRE DÍEZ,J.: "Regulación de las Entidades de Crédito en España", edit. FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS CONFEDERADAS, PARA LA INVESTIGACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL, Madrid, 1997, p. 5.

Sobre la trascendencia de los tratados y su *primacía sobre el Derecho interno*, en relación con el Seguro privado, vid. GARCÍA CARRASCO,A.: "Algunos aspectos relevantes de la adaptación del Seguro español a la normativa de la CEE.", en RES., 1989, nº 59, julio/septiembre, ps. 46 y ss.

¹³⁴ TAPIA HERMIDA,A.J.: cit., p. 54.

¹³⁵ Incluso el número de los preceptos vigentes es discutible (Vid. LATORRE DÍEZ,J.: cit., p. 49).

LOB, -éstos, íntegros-, **junto con su Disposición Final**-, y estos preceptos coexisten con normas contenidas en leyes y otras disposiciones **de orientación y principios muy distintos**.

La LOB. de 1946 es fruto del régimen político nacido el 18 de julio de 1936, el cual -debido a a influencia de ciertas formulaciones programáticas; ciertos principios de una de sus principales fuerzas políticas, que patrocinaba, incluso, la **nacionalización** de la Banca-, introdujo una *sensible quiebra en la filosofía liberal que inspiraba la regulación de la actividad crediticia*¹³⁶. A estas consideraciones hay que agregar las derivadas de la propias circunstancias vinculadas a la existencia de un **conflicto bélico** (1936-1939), con las exigencias de adopción de medidas de **emergencia** que cabe imaginar. Todo ésto dió lugar a un sistema de **regulación bancaria** basado en, o caracterizado por, la **autarquía**, el **intervencionismo** y la, ya aludida, **emergencia**¹³⁷.

El primer problema que encaró el Gobierno Nacional fué el de la división del territorio nacional en **dos zonas** -Nacional y Republicana-, habiendo quedado dentro de esta segunda, tanto el Banco de España, como gran parte de sus sucursales, y habiendo surgido una **duplicidad de monedas**. Por consiguiente, además, de crear en **Burgos** otra "**Central**" del Banco de España, fué necesario adoptar medidas para **unificar dos circulaciones monetarias**. A este segundo objetivo obedeció la llamada "**Legislación de Desbloqueo**", así llamada porque "desbloqueaba" los saldos de las cuentas bancarias, a medida que se iban ganando zonas de nuestra geografía¹³⁸. Por otra parte, la pérdida de las reservas de oro del Banco de España exigió nuevas bases para la **ordenación monetaria**, materializadas en las **Leyes de 9 de noviembre de 1939**, que levantaron los topes y restricciones a la emisión de moneda, y atribuyeron al Billeto el carácter de **medio legal y forzoso de pago**. Por lo que se refiere a las **divisas**, la **Ley de 25 de agosto de 1939** atribuyó la competencia sobre la materia al "**Instituto Español de Moneda Extranjera**" (IEME.)¹³⁹.

En cuanto a la **regulación de la banca**, ya la **Exposición de Motivos** de la **Ley de 27 de agosto de 1938** había expresado el espíritu **intervencionista**, al señalar la necesidad de "fortalecer las facultades gubernativas", aunque fue el **Decreto de 17 de mayo de 1940**, el que sentó las bases de la nueva regulación "congelando" la situación del sector bancario, en sus puntos básicos. Se fija, entonces, el principio del "*statu quo*" bancario, por el que se ha de entender la situación de 1936, **impidiéndose** la creación

¹³⁶ TAPIA HERMIDA, A.J.: cit., p. 45. LATORRE DÍEZ, J.: cit., ps. 47 y ss. OTERO NOVAS, J.M.: "Problemática de la acción de servicio público sobre la Banca. Tributación del Banco de España y Entidades Oficiales de Crédito", en VV.AA.: "**Estudios sobre tributación bancaria**", dir. por A. Martínez Lafuente, edit. CIVITAS, S.A., Madrid, 1985, p. 531.

Los referidos "**principios**" se habían plasmado en las Normas fundamentales del Régimen, como la **Declaración IX^a del Fuerto del Trabajo, de 1938**:

"1.- El Crédito se ordenará de forma que, además de atender a su cometido de desarrollar la economía nacional, contribuya a crear y sostener el pequeño patrimonio agrícola, pesquero, industrial y comercial.

2.- la honorabilidad y confianza, basadas en la competencia y en el trabajo, constituirán garantías efectivas para la concesión de créditos...", o como el **Principio XII de la Ley de Principios nacionales del Movimiento Nacional**, según el cual:

"El Estado procurará por todos los medios a su alcance... orientar el más justo empleo y distribución del Crédito público...".

¹³⁷ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.: "**Crédito, banca y...**", cit., p. 104.

¹³⁸ PRADOS ARRARTE, J.: "**El Sistema bancario español, con especial consideración del ingreso de España en la Cooperación Económica Europea**", edit. AGUILAR, Madrid, 1958, p. 11. PEREZ DE ARMIÑAN, G.: cit., p.

¹³⁹ PRADOS ARRARTE, J.: "**El Sistema,,,**", cit., p. 11.

de **nuevas entidades** bancarias, la apertura de **nuevas sucursales**, la **modificación de la forma social**, las **ampliaciones de capital**... estas medidas se consolidaría con la **Ley de 30 de diciembre de 1940**, aunque al poco tiempo se levantaron algunas prohibiciones, en virtud de las Ley de 17 de octubre de 1941 y del Decreto de 12 de diciembre de 1942¹⁴⁰. También comenzó, por entonces, un **régimen de intervención sobre el régimen operativo**; es decir: de intervención en las operaciones de crédito, de carácter **privado**, muchos de cuyos aspectos se preveía que **fuera a ser regulados por la Administración**. Sin embargo, lo cierto es que muchos de los propósitos, que habían impulsado esta legislación quedaron **incumplidos**, perpetuándose la **posición oligopolística** de la Banca **privada**, que se había iniciado en 1921¹⁴¹.

La LOB. fué promulgada, aprovechando la coyuntura del **final del período de 25 años** de duración del **contrato**, entre el Estado y el Banco de España, para la administración del **privilegio de emisión**¹⁴², si bien -aprovechando esta coyuntura- el legislador español creyó conveniente dictar una Ley de *contenido más amplio*, donde se contuvieran, además, las *normas fundamentales sobre la política del crédito* y sobre la *organización y régimen del Instituto Emisor, de los demás bancos oficiales* -materia que se abordaba por primera vez¹⁴³- y *el resto de la banca privada*, en general. Se trataba, pues, de una Ley de gran trascendencia y de amplio y multiforme contenido y naturaleza, administrativa y jurídico-privada. Los principios que la inspiraban eran los siguientes.:

- a) Las **normas generales de la Política del crédito** debería corresponder dictarlas **al Gobierno**; atribuyendo su **art. 42** esta misión al **Ministerio de Hacienda**¹⁴⁴.
- b) El **“privilegio de emisión”** no debería ser objeto de contrato, sino que **correspondería al Estado**, como “función de primera soberanía”, el condicionar y regular la concesión y uso del mismo, sobre todo cuando a los billetes se les confiere un pleno poder liberatorio, sin necesidad de contrapartida en moneda metálica¹⁴⁵.
- c) Debería **incrementarse el control** del Ministerio de Hacienda, **sobre el Banco de España** (que, por entonces, seguía siendo una Sociedad Anónima privada)¹⁴⁶.
- d) El Banco de España, sin perder su condición de entidad de Derecho privado, tendría, cerca de la **banca privada**, una misión de **guía y ayuda**¹⁴⁷.

Pues bien, cuando se promulgó la **Ley nº 2/1962, de 14 de abril, de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca**, inspirada en principios, no ya distintos, sino -de hecho- *radicalmente opuestos* a los de la LOB., se suscitó -en su día- la interrogante de hasta qué punto seguiría vigente la Ley de 1946, y no había sido derogada por la de 1962; problema que ganaba en dificultad, si se tiene en cuenta que *las Bases VIª y VIIª*

¹⁴⁰ TAPIA HERMIDA, A.J. MARTIN RETORTILLO, S.: “**Crédito, Banca...**”, cit. PRADOS ARRARTE, J.: “**El Sistema...**”, cit., p. 12.

¹⁴¹ OTERO NOVAS, J.M.: “**Problemática...**”, cit., p. 531. TAPIA HERMIDA, A.J. cit., p. 44.

¹⁴² GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: “**Tratado...**”, cit., t. I, vol. 3º, anexos. PÉREZ DE ARMIÑAN, G.: cit., 6ª ed., p. 31. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.: “**Crédito, Banca y...**”, cit., p. 106. PRADOS ARRARTE, J.: “**El Sistema...**”, cit., p. 12. TAPIA HERMIDA, A.J.: cit., ps. 54 y ss. ó ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: “**Ordenación bancaria**”, edit. ESPASA UNIVERSIDAD, Madrid, 1992, p. 143.

¹⁴³ PÉREZ DE ARMIÑAN, G.: cit., 6ª ed., p. 31.

¹⁴⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: “**Crédito, Banca y...**”, cit., p. 107. ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: “**Ordenación bancaria**”, cit., p. 143.

¹⁴⁵ GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: “**Tratado...**”, cit., t. I, vol. 3º, anexos. PÉREZ DE ARMIÑAN, G.: cit., p. 32.

¹⁴⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: “**Crédito, banca y...**”, cit., ps. 107 y s.

¹⁴⁷ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: “**Crédito, banca y...**”, cit., p. 107.

de la Ley de 1962 no se correspondían con el articulado de la LOB. Y, como -además- faltaba una disposición derogatoria de contenido preciso, y muchas veces no había una contradicción evidente entre las dos leyes, *resultaba difícil determinar el alcance de una hipotética derogación tácita de la Ley de 1946*. Este problema aconsejaba buscar tales disposiciones derogatorias, no en la Ley de Bases de 1962, sino *en los decretos leyes que la desarrollaron*, cuyos preceptos revelarían que, cuando menos, *subsistió la normativa sobre la Banca privada*¹⁴⁸.

Como señala TAPIA HERMIDA¹⁴⁹, habría que congratularse de que el problema de las vigencias no se extienda más allá de la LOB.-1946, por la claridad de su Disposición Derogatoria, que, a partir del 1 de enero de 1947, suprimió la Ley de Ordenación Bancaria de 29 de diciembre de 1921, refundida en 24 de enero de 1927, con las modificaciones introducidas por la Ley de 26 de noviembre de 1931, y cuantas disposiciones se opusieran a la nueva Ley.

La LOB. se divide en **dos Títulos**, el primero de los cuales se refería a la regulación del Banco de España y de los demás Bancos oficiales, respecto de los cuales se disponía que continuarían rigiéndose por sus reglas específicas, a la par que se mantenía el cargo de Comisario de la Banca Oficial. El **Título II** se refiere a la "**Banca privada**"; materia en la que la LOB. resultó más *innovadora y completa*¹⁵⁰, aunque constituyese una refundición de los preceptos de la Ley de Ordenación Bancaria de 1921, llamada "Ley Cambó", y disposiciones posteriores, sobre todo las referentes al "*statu quo*"¹⁵¹. También *se restableció el "Consejo Superior Bancario"*, extinguido en 1938.

En materia de banca privada, el **art. 37, LOB.** ofreció una definición de esta actividad, concibiéndla como actividad de "*intermediación financiera/crediticia*" *indirecta*, permitiéndola su ejercicio, tanto por personas naturales, como jurídicas, y -dentro de éstas- por toda clase de *sociedades mercantiles*, pero **sólo** por ellas; es decir: tanto si se adoptaba la configuración de **Sociedad regular Colectiva**, como **Comanditaria**, simple o por acciones, **anónima o de Responsabilidad limitada**, con arreglo al Código de comercio y a los usos mercantiles (Cfr. **art. 41, LOB.**, hoy derogado), la *exclusividad del objeto social* y la existencia de un *recurso contencioso-administrativo*, frente a los acuerdos no discrecionales de denegación de la autorización, la *necesidad de autorización administrativa*, otorgada -según los casos- por el Ministerio de Hacienda o bien por la Dirección General de Banca y Bolsa, para la transformación, fusión y transferencia de empresas bancarias. También contenía la LOB. los *gérmenes de la regulación de los coeficientes bancarios*, cuya general exigibilidad se hacía descansar sobre una eventual facultad del Ministerio de Hacienda (previo informe del CSB.), que incluía la determinación del límites superior de los saldos de determinadas cuentas de los acreedores a plazo. Igualmente correspondía al Ministerio -previo informe del CSB.- *fijar los capitales mínimos* con que habrían de contar los bancos y banqueros, así como *autorizar las ampliaciones de capital y emisión de acciones* o el *reparto en efectivo*, total o parcial, *de los fondos de reserva* de las compañías bancarias.

¹⁴⁸ Así, p.e., la del **Decreto-ley nº 18/1968, de 7 de junio, de Nacionalización y Reorganización del Banco de España**, que derogó los preceptos del Título Iº de la LOB.-1946, relativos al Instituto Emisor -algunos creen que todos los preceptos, otros, por el contrario, parecen *considerar la subsistencia de algunos de ellos-*, aunque *dejó en vigor el Título IIº, sobre la Banca privada*.

¹⁴⁹ TAPIA HERMIDA, A.J.: cit., p. 55.

¹⁵⁰ MARTIN OVIEDO, J.M.: "**Ordenación legal...**", cit., p. 38

¹⁵¹ PEREZ DE ARMIÑAN, G.: cit., 6ª ed., p. 32. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: "**Crédito, Banca y...**", cit., p. 261, quien señala que, en el texto de la LOB. en materia de regulación de la Banca privada, la piedra angular seguirá siendo el "*statu quo*". ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: "**Ordenación bancaria**", cit., p. 147, quien señala que, tanto en materia de creación de nuevos bancos, como en materia de expansión de los mismos, se mantuvo el "*statu quo*".

Finalmente, ha sido la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946, la que ha permanecido vigente, aunque experimentando, también, un proceso de reducción o de **erosión**, en el que iban siendo derogados puntualmente, sus preceptos, **uno a uno**, para dejar en vigor únicamente **aquéllos** que resultasen más acordes -o, para ser más exactos: más **“congruentes”- con el sistema actual**; a saber:

a) En relación con el Banco de España: los preceptos relativos a cuestiones sobre el límite de emisión de billetes y sobre la representación o materialización de su importe, en otros activos del Banco Emisor; la posibilidad de que dicho Banco Emisor pueda **adquirir y enajenar fondos y efectos públicos de renta fija, en el mercado** (operaciones de mercado abierto). Y

b) en relación con la Banca privada (aunque cabe sospechar que las normas se han extendido a **todas** las **“Entidades de crédito”**, incluso aunque no entren dentro del concepto tradicional de “Banca privada”): su definición, contenida en el **art. 37, LOB.**; el régimen jurídico del *uso de la denominación “Banco”* ó “Banquero” y del propio *ejercicio de la actividad* bancaria privada, a los que se refiere el **art. 38, LOB.**, y que se someten al requisito de la previa inscripción en un *Registro administrativo especial* -a saber: el **“Registro de Bancos y Banqueros”-**, en el que la inscripción debe preceder a la efectuada en el propio Registro Mercantil; la aplicación del Derecho español a las oficinas bancarias extranjeras, e incluso comunitarias, salvo en materias que hayan sido objeto de armonización; los **poderes del Ministerio de Hacienda**, en materia de funcionamiento de los bancos y desarrollo de su actividad, las importantísimas **potestades disciplinarias** -antaoño atribuidas a la Dirección General de banca y Bolsa, hoy desaparecida-, e incluso el régimen de **revocación** de la autorización administrativa, que se regula en el **art. 57 bis, LOB.**

Así lo demostró -en su día- el **Anexo Iº de la Ley de 27 de diciembre de 1985, sobre las normas con rango de ley, que habían de ser modificadas para su adaptación al Derecho de la CEE.** Y una cuestión de tanta importancia como *el régimen sancionador de la Ley de 1946 ha subsistido vigente* -por virtud de la Ley de Bases de 1962 y las normas que la desarrollaron y de la LCIRPOL. de 1985-, aunque fué modificado -que no totalmente sustituido- por la Ley nº 26/1988, de 28 de julio, de intervención y disciplina de las entidades de crédito. Incluso cabe señalar que, después de la promulgación de la Ley de Bases de 1962 (LBOCB.), todavía subsistían normas dictadas en desarrollo de la LOB.-1946, como lo demuestra el art. 4º del Decreto-Ley nº 1467/1962, de 22 de junio, que aplicaba a los altos cargos directivos y ejecutivos del Banco de España, el Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo y el Instituto de Crédito de las Cajas de Ahorros, la normativa sobre incompatibilidades dictada en 1955.

Por consiguiente, ha sido la **Ley de bases de 1962**, junto con los Decretos-Leyes que la desarrollaron, la que ha quedado **derogada**, sustituida por las disposiciones que **han venido a introducir** en nuestro Ordenamiento jurídico bancario, **la normativa de la CEE.**, haciendo que -en la actualidad- el Derecho público bancario tienda hacia una mayor **liberalización** del Sistema, unida -como en los demás países de la CEE.- a un proceso de **homogeneización legal** de las diversas instituciones -análogo, p.e., al que supuso la Ley fr. de 24 de enero de 1984 -la *“Loi bancaire”-*, que suprimió la distinción entre *“banques”* y *“établissements de crédit”*, que informaba la Ley de 13 de junio de 1941-, y a un **mayor control de su seguridad y solvencia.**

Durante cierto tiempo se ha criticado a la normativa bancaria y bursátil de rango reglamentario el **violar el principio de legalidad**, ya que -en muchas ocasiones- **los reglamentos** que regulaban esta materia **conculcaban** el principio de que la actuación administrativa debía apoyarse en una **previa habilitación legal** (Principio de la *“positive Bindung”*). Sin embargo, las últimas normas de rango legal vienen conteniendo cláusulas de habilitación más precisas y, paralelamente, de ámbito más amplio. Así,

p.e., las que atribuyen potestad normativa al Ministerio de Hacienda, o al Banco de España, o a la Comisión Nacional para el Mercado de Valores (en estos dos últimos casos, se exigen habilitaciones legales claras)¹⁵².

En cuanto a las normas reglamentarias, sobre la Banca, cajas de ahorros, etc... son **innumerables**.

Por lo que se refiere a las **fuentes “instrumentales”** concretas, y más importantes de nuestro Derecho bancario (público), pertenecientes a la -llamémosle- **“Era post-Comunitaria”**, se reproduce o replantea, una vez más, el problema de las **vigencias y derogaciones** en el Derecho bancario público (que en alguna ocasión pueda afectar al Derecho privado).

La primera consecuencia práctica de nuestra adhesión a la CEE. fue la *necesidad de modificar profundamente nuestro Ordenamiento jurídico*; modificación que -como veremos- habría de alcanzar un profundo calado en nuestro Derecho bancario. En este sentido, la **Ley nº 47/1985, de 27 de diciembre**, vino a introducir en el Derecho interno español una serie de *previsiones modificativas*, que contemplaban un vasto ámbito de normas y disposiciones. La técnica seguida por el legislador español fué la de la *“legislación delegada”*; es decir: una técnica basada en la dualidad *“Ley de Bases”/decretos legislativos de desarrollo*, debiendo contener, aquélla, una *delegación de potestades legislativas*, de las que se “desprendía” el Parlamento, para confiarlas, singularmente, al Gobierno¹⁵³, aunque a decir verdad, dada la primacía que -por razones de distribución de competencias- tiene la legislación comunitaria, sobre nuestro Derecho de producción interna, poco hubiera importado que el Estado hubiese utilizado normas de rango inferior a la ley, porque ni siquiera una norma de rango superior hubiera podido prevalecer sobre ellas, a pesar de su superior rango, **si hubiera sido contraria al Ordenamiento de la CEE.**

La utilización de la vía del *“Decreto legislativo”* supuso un instrumento o un procedimiento a través del cual, *el Parlamento español delegaba en el Gobierno la facultad de dictar normas con rango de Ley*, de conformidad con el **art. 82, Const.Esp.**¹⁵⁴. Con este objeto se promulgó la **Ley nº 47/1985, de 27 de diciembre, de Bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas**, que enumeraba en **dos Anexos** las normas internas con rango de ley, y las Directivas y otras normas comunitarias **a las que se habría de referir la adaptación**, concediéndose el plazo máximo de seis meses, a partir de la entrada en vigor de la delegación.

Siendo la citada Ley nº 47/1985, una *“Ley de Bases”*, se recurrió al curioso sistema de *utilizar el articulado de las Directivas como si de “bases” se tratase*, lo cual no deja de suponer una *contradicción* entre la técnica utilizada -leyes de bases-, que, de acuerdo con nuestra Constitución *deben delimitar con precisión el objeto y alcance de la delegación, así como los principios rectores*, y el hecho -contradictorio- de que, por su propia naturaleza, *las Directivas fijan los objetivos a cumplir, pero dejan libertad a los Estados miembros, en cuanto a la elección de los medios para alcanzarlos*. Esta circunstancia choca con la prohibición de las *“cesiones en blanco”* o de la *“abdicación, por el Parlamento, de su potestad legislativa”*, en favor del Gobierno, que establece nuestra Constitución¹⁵⁵.

¹⁵² En este sentido, MICHAVILA NUÑEZ, J.M.: “Relación especial de sujeción’...”, cit., ps. 243 y s.

¹⁵³ GARCÍA CARRASCO, A.: “Algunos aspectos relevantes de la Adaptación del Seguro español...”, cit., p. 53.

¹⁵⁴ SANCHEZ CALERO, F.: “Adaptación...”, cit., ps. 470 y ss.

¹⁵⁵ SANCHEZ CALERO, F.: “Adaptación de la normativa...”, cit., p. 471

La L. nº 47/1985 detallaba, aunque mediante una **enumeración abierta** y no exhaustiva (ANGULO RODRIGUEZ,E.) cuáles eran las normas con rango de ley que habrían de ser modificadas; a saber.:

- * La Ley nº 84/1946, de 31 de diciembre, de Ordenación bancaria.
- * La Ley nº 2/1962, de 14 de abril, de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca.
- * La Ley nº 31/1985, de 2 de agosto, de Organos rectores de las cajas de ahorros.
- * La Ley nº 40/1979, de 10 de diciembre, de régimen jurídico del Control de Cambios.

Pero la L. nº 47/1985 también se ocupaba -en tanto que Ley de Bases- de incluir las “bases” de la futura regulación, cuyas bases eran *las propias Directivas comunitarias*, que se citaban en el **Anexo II del Acta de Adhesión**: a saber: solamente la **Dir.CEE. nº 183/1973**, olvidando que existían otras como -sobre todo- la fundamental *Dir.CEE. nº 780/1977*. Mas -igual que la lista de normas internas a modificar- **también la lista de Directivas era abierta**, de forma que las “bases” a adaptar **no podían identificarse, sin más, con las contenidas en la referida Lista del Anexo II**, debiendo -por consiguiente- considerarse directamente incluídas las demás Directivas existentes.

En ejecución y desarrollo de la delegación contenida en el **art. 1º, L. 47/1985**, el Gobierno español promulgó el **RDLeg. nº 1298/1986, de 28 de junio**, que adaptó las normas con rango de Ley, referentes a los “*establecimientos de crédito*” (luego “*entidades de crédito*”), al Ordenamiento de la CEE. El Proyecto de 4esta disposición fué elaborado por el Banco de España e informado por la *Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda*, obteniendo el *Informe favorable del Consejo de Estado*, el 25 de junio de 1986 (nº 49.900)¹⁵⁶.

El **RDLeg. nº 1298/1986, de 28 de junio**, que adaptaba la normativa bancaria contenida en normas con rango de Ley, al Derecho de la CE. se enmarca, por un lado, dentro de una línea de *mayor control de la seguridad y solvencia de las entidades de crédito*, a la par que desempeña un papel trascendental, junto con otras varias recientes disposiciones, sobre las cuales -como ha venido a señalar el Prof. URÍA- “*descansa fundamentalmente el régimen jurídico del comercio bancario*”. Este Decreto Legislativo pone de manifiesto cómo el Legislador español, para adaptar nuestro derecho bancario, al de la CEE. utilizó el sistema de la “**Ley de Bases**”, que sería desarrollada por decreto legislativo, gracias a una **delegación, a favor del Gobierno, de la potestad de dictar normas con rango de Ley**¹⁵⁷.

Desde una perspectiva **formal**, llama la atención el hecho de que *buena parte del contenido de las Directivas comunitarias*, que el Decreto legislativo pretendía incorporar, hubiera quedado **fuera de esta norma, quedando confiado a su desarrollo en disposiciones de rango inferior**, porque se trata de cuestiones que nuestro derecho positivo, tradicionalmente, había venido regulando, a través de *disposiciones reglamentarias o administrativas*¹⁵⁸.

Por cuanto se refiere a las normas con rango de **ley** que habían de ser modificadas, llama la atención el hecho de que **no todas** lo hubieran sido, porque -a decir ver-

¹⁵⁶ SANCHEZ CALERO,F: “Adaptación de la normativa...”, cit., p. 473.

¹⁵⁷ SANCHEZ CALERO,F: “Adaptación de la normativa...”, cit., ps. 470 y ss.

¹⁵⁸ SANCHEZ CALERO,F: “Adaptación de la normativa...”, cit., p. 473. ANGULO RODRIGUEZ,E.: *ibidem*.

dad- la L. nº 47/1985 **solamente** afectó a la **LOB.** de 1946 y a la **LORCA. nº 31/1985**, al tiempo que -por el contrario- la **LBOCB. nº 2/1962** permanecía **inalterada**. Este fenómeno -en opinión de SANCHEZ CALERO- se explicaría porque la LBOCB. había quedado, ya, derogada, como consecuencia de lo dispuesto en la **Disposición Derogatoria Tercera, Const.Esp.**, debido a la incompatibilidad de la LBOCB. con el **art. 82, nº 3, Const.Esp.**, que establece los requisitos de las delegaciones de la potestad legislativa, a favor del Gobierno, a través de las "*leyes de bases*", exigiendo un *grado suficiente de concreción* en su desarrollo, *que la Ley de 1962 no cumplía*¹⁵⁹.

Por otra parte, el RDLeg. nº 1298/1986 **derogó otras leyes que no aparecían mencionadas en la L. nº 47/1985**; circunstancia que hace al Decreto legislativo **merecedor de crítica**, ya que -por una parte- dejaba pendiente de un desarrollo posterior la recepción de la normativa comunitaria vigente, y -por otra-, al mismo tiempo aumentaba la confusión sobre nuestro Ordenamiento bancario y crediticio¹⁶⁰.

Incluso la propia L. nº 47/1985 presentaba claras deficiencias de detalle. Por consiguiente, tal vez hubiese sido preferible haber suprimido el Anexo donde se contenía la enumeración de disposiciones a modificar, dado que -en la práctica- la expresión "*materias reguladas por las leyes contenidas en el Anexo*" fué interpretada **con una considerabilísima amplitud**. Mas, el peor *defecto* que cabría imputar al RDLeg. nº 1298/1986 sería el de *que su contenido estaba orientado de acuerdo con las líneas de la LOB. de 1946*; ley que presentaba varios inconvenientes de importancia.; a saber:

- a) **arcaicismo y obsolescencia**, unidos a una evidente **falta de originalidad**.
- b) **ámbito subjetivo excesivamente reducido**.
- c) **dudosa -por entonces- vigencia**

* Para empezar, la LOB. de 1946 era continuadora de la **Ley de Ordenación Bancaria, de 1921** -llamada la "*Ley Cambó*"-, sin haber supuesto, respecto de esta última, su predecesora, **ninguna innovación de importancia**.

En realidad, las innovaciones las introdujo la **LBOCB. nº 2/1962, de 14 de abril**, al *incluir* en su ámbito -es decir: en un ámbito que la LOB. reservaba sólo a la "*Banca lucrativa*"- la regulación de las *cajas de ahorros* y las *cooperativas de crédito*; entidades sobre cuya propia mercantilidad se dudaba, e incluir las *entidades de financiación*, que no eran "bancos", porque *no captaban depósitos del público*. Mayor innovaciones supuso la LBOCB. al *romper* con el "*statu quo*" bancario, aunque fuese de modo limitado; al establecer la *nacionalización definitiva del Banco de España*, y al reservarle *importantísimas facultades de ejecución de la Política Financiera y Monetaria*).

* La LOB. dedicaba su **Título II a "La Banca privada"**, en tanto que el RDLeg. nº 1298/1986, por influencia de la normativa comunitaria, **contempló la figura** -más amplia- **de los "Establecimientos" o "entidades de crédito"**. Y hay que tener en cuenta que, por mucho que se quisiera generalizar el régimen de los bancos privados, a todas las demás entidades de crédito, lo cierto es que la LOB. de 1946 **solamente** contempló la "**Banca privada**", *en sentido estricto*.

* La LOB de 1946, en el plano de la *regulación del control administrativo* sobre la actividad bancaria, *contempló una organización administrativa completamente superada*.

En efecto, la LOB. contemplaba, ciertamente, las funciones del Ministerio de hacienda -hoy de Economía y hacienda-, pero aludía a la "*Dirección General de Banca*

¹⁵⁹ SANCHEZ CALERO,F.: "Adaptación de la normativa...", cit., p. 473.

¹⁶⁰ SANCHEZ CALERO,F.: "Adaptación de la normativa...", cit., p. 474.

y Bolsa”, que ha desaparecido hace ya mucho tiempo, pasando sus funciones a ser desempeñadas por el Banco de España. El Banco de España ha ido adquiriendo, con el paso del tiempo, un importante número de competencias, que fueron sucesivamente incrementadas por la Ley nº 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito, hasta llegar a la Ley nº 3/1994, de Autonomía del Banco de España. Por otra parte ya no existen ni una “Dirección General de Banca y Bolsa”, ni un “Sindicato Nacional de Banca y Bolsa”. El propio Ministerio de Economía y Hacienda ya no posee las mismas competencias y potestades que le había atribuido la Ley de 1946.

* La LOB. de 1946 fué objeto de **múltiples reformas**, a lo largo del tiempo, hasta el punto de existir serias dudas acerca de su vigencia, porque la **Disposición Derogatoria general** contenida en el **Decreto-Ley nº 18/1962, de 7 de junio** podría haber derogado la LOB. de 1946, cuya Ley preveía, en su **art. 60**, la promulgación de un “Reglamento”, que **nunca** se llegó a promulgar, pero que -de haber existido- hubiera proporcionado una base mucho más amplia para el proceso de reforma de nuestro Derecho bancario¹⁶¹.

Toda esa **falta de coordinación** interna de nuestro derecho bancario no hacía sino **dificultar la ulterior coordinación con la legislación de los demás Estados miembros de la CEE**.

Por lo que hace al régimen de **eliminación de discriminaciones por razón de nacionalidad**, el **Cap. IIIº, RDLEg. nº 1298/1986** -en la línea de la Dir.CEE. nº 183/1973- no solamente **estableció con carácter general** ese principio “no discriminatorio”, sino que -más precisamente- vino a **suprimir las condiciones de nacionalidad**, antes impuestas por nuestras leyes, para entrar a formar parte de los **órganos de las cajas de ahorros**.

El Decreto legislativo **derogó** otras disposiciones **que no se contenían en la lista**, lo cual mereció críticas en el sentido de que, no solamente se dejaba pendiente de un desarrollo reglamentario posterior la recepción de una parte importante del derecho comunitario, sino que además contribuía a **augmentar la confusión** acerca de nuestro Ordenamiento bancario y crediticio¹⁶².

Por lo que hace a su contenido, además de ofrecer la definición de los -por entonces- llamados “establecimientos de crédito”, su **art. 1º** establece la exigencia de inscripción en el **registro administrativo**. El **art. 2º** reguló el **uso de denominaciones por entidades de crédito extranjeras**, disponiendo que **podrían utilizar, en España**, sus propias denominaciones **de origen**, siempre y cuando **no suscitasen dudas en cuanto a su identidad**, pudiendo exigirse -en caso contrario- una **mención aclaratoria** adicional. El **art. 4º** regula el aspecto de la **revocación de la autorización**, introduciendo en la LOB. un nuevo precepto; a saber: el **art. 57bis**. Otro aspecto de importancia es la **regulación de los deberes de información y el secreto bancario**, contenida en el **Capítulo IV**.

El RDLEg. nº 1298/1986 supuso un intento serio de servir como **gérmen de una futura normativa uniforme**, aplicable a todas las entidades que tienen como actividad común la intermediación en el crédito. La **pedra angular** de este novedoso -y, por entonces, naciente- sistema fué la definición de “**Establecimiento de Crédito**”, que engloba a casi toda la variada gama de entidades que intermedian en el crédito indirecto.

¹⁶¹ SANCHEZ CALERO,F.: “Adaptación de la normativa...”, cit., p. 475

¹⁶² SANCHEZ CALERO,F.: “Adaptación de la normativa...”, cit., p. 474.

En segundo lugar, hay que citar las siguientes disposiciones; a saber:

- 1) la **Ley nº 26/1988, de 28 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito,**
 - 2) ... y su “continuadora” la **Ley nº 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la Legislación española en materia de Estidades de crédito, a la Segunda Directiva de Coordinación bancaria, y se introducen otras modificaciones relativas al Sistema financiero,** a la que en adelante nos referiremos como “**Ley de Armonización bancaria**”, o -en acrónimo- LARB.
- * y, por fin, el **RD. nº 1295/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito**¹⁶³.

En la misma línea, la **LDIEC. nº 26/1988**, parte del reconocimiento de la *necesidad de establecer sobre el sector crediticio un control más intenso que el de los restantes sectores económicos*, con objeto de limitar o restringir las prácticas que puedan poner en peligro la liquidez y solvencia de las Entidades de crédito -y, por tanto, el interés de los depositantes que les confían sus ahorros-, para -a continuación- poner de manifiesto la importancia de *complementar las medidas de control con un adecuado régimen de sanciones, que fuera común para todas las entidades de crédito*. En este sentido, el **art. 39, LDIEC.** amplía la noción de “establecimiento (ahora “Entidad”) de crédito”, para extender, más si cabe, la aplicabilidad del nuevo régimen unitario, a la par que también se ampliaba el ámbito de sujetos pasivos de la potestad sancionadora, a los directores de las entidades de crédito, a sus administradores o a todos aquellos que desempeñasen funciones de control. También *se amplía el ámbito de sujetos pasivos* de la potestad sancionadora, en la medida en que no sólo afectará a las entidades, sino también a sus *directores, administradores o quienes desempeñen funciones de control* sobre las mismas.

La **LDIEC., nº 26/1988** pretendió salvaguardar:

- * el principio de **legalidad**, superando las deficiencias derivadas de la insuficiente tipificación de las infracciones sancionables, y de las sanciones imponibles,
- * así como la **proporcionalidad** entre la gravedad de la conducta y la importancia de la sanción,
- * distribuir las **competencias sancionadoras**, en el seno de un Estado Autonomico, **atribuyendolas al Estado**, sin perjuicio de las asumidas por las Comunidades Autónomas.
- * y **también** pretendía, por otra parte, **eliminar** los problemas derivados de la **enorme dispersión y variedad** de las disposiciones, que propiciaban las correspondientes lagunas legales y las faltas de coordinación.

Otra cuestión que trata la LDIEC. es la referente a las “*medidas de intervención y sustitución de los órganos de las entidades de crédito*”, a las que dedica su **Título IIIº**, formado por los **arts. 31 a 38, LDIEC.**, para ser aplicables cuando las entidades de crédito afectadas se encuentren en situaciones que, sin llegar a constituir una verdadera insolvencia, suponen un peligro para la solvencia, la estabilidad etc... de las mismas.

Pero la LDIEC. iba mucho más allá de lo que sugiere su denominación como Ley “de Disciplina e Intervención” (a no ser que estos terminos se interpreten en sentido

¹⁶³ **URIA GONZALEZ,R.:** cit., 23ª ed., Madrid, 1996, p. 846

amplio), porque -y esto es lo que ahora nos interesa- contiene preceptos que *responden a un intento de plantear de forma global el marco de actuación de las entidades de crédito*, cuyo ámbito se ampliaba para englobar al Instituto de Crédito Oficial (ICO), las Sociedades de Arrendamiento Financiero y las Sociedades Mediadoras del Mercado de dinero (SMMD). En este sentido señalaba URÍA, que son aspectos básicos de la LDIEC., en primer lugar.:

* El principio de **“reserva de la actividad”**, referida a la consistente en la recepción del público, de fondos reembolsables, aplicándolos en la concesión de créditos, **exclusivamente** en favor de las **entidades de crédito autorizadas**.

* En segundo lugar, el reconocimiento del **“pluralismo institucional”**, que supone una diversidad de categorías de Entidades de crédito, de distinta naturaleza, pero **con una misma función**. En tercer lugar, el **carácter empresarial** de estas entidades, **con independencia de que fueran públicas o privadas**: Se trata de “empresas” -“*recitius*”: se trata de **“empresarios”**-, cuya actividad es la **interposición en el crédito**. Por otra parte, *la comunidad de actividad justifica una disciplina y un régimen también comunes*. El autor añade algún otro rasgo, que indicaremos en su momento (URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 16ª ed., Madrid, 1989, p. 702).

La LDIEC. contenía otras disposiciones de interés, como -p.e.- los preceptos dedicados a establecer un sistema de **control de las participaciones en el capital de las Entidades de crédito**, tratando de lograr la transparencia en las relaciones de dominio. Y una regulación general de las **operaciones de arrendamiento financiero**. Pero las primeras han experimentado profundas modificaciones, en virtud de la LARB. nº 3/1994 y las segundas han sido llevadas a la *nueva Ley de venta a Plazos de bienes muebles, de 1988*.

En cuanto a la posición del ICO., su tratamiento se vincula con la tentativa de **concentrar en el Banco de España todas las funciones de dirección, control y disciplina sobre el sistema bancario**, que llega a alcanzar incluso a entidades no estrictamente bancarias, o “de crédito”, como las Sociedades de Garantía Recíproca. Convertido en una “sociedad estatal” por la Ley 33/1987 de Presupuestos Generales del Estado para 1988 y desposeído de las potestades que antaño tuviera sobre las Entidades Oficiales de Crédito el ICO, junto con el resto de la Banca Oficial, queda ahora sometido al control del BE.

Sin embargo, la LDIEC. también merece **críticas: no se trata de una Ley “de ordenación”**, sino que, debiendo haberse ordenado todo el sistema, ha sucedido lo contrario -incrementando así la falta de seguridad jurídica-, porque ha renunciado voluntariamente a la globalidad de la disciplina jurídica del sistema. Tampoco es una ley “de disciplina”, sino que -más bien- se refiere a un aspecto parcial y restringido de la misma: lo punitivo, lo sancionador.

Otra de esas “leyes fundamentales” de nuestro Sistema bancario es la LARB., nº 3/1994, de 14 de abril, cuya finalidad -a su vez- es múltiple: por un lado, **adaptar** a nuestro Derecho interno el régimen de la **Segunda Dir.CEE. nº 646/1989, de armonización bancaria**, estableciendo el régimen de libertad de establecimiento y prestación de servicios, con respeto del sistema de **autorización europea única** y del **“control doméstico”**. En la base de este sistema, subyace la idea de que para la apertura de sucursales de entidades de crédito “comunitarias”, ya no se requiere una autorización otorgada en España, por las Autoridades españolas, sino que dichas sucursales se benefician de la autorización concedida por las autoridades competentes de su Estado de origen, bastando con una comunicación al Banco de España. Pero también se regula el fenómeno idéntico, pero de sentido inverso, de la **apertura de sucursales de entidades de crédito españolas, en territorio de otros estados de la CEE**.

Otro aspecto de gran interés, en la LARB., es la reforma del régimen de control de las **participaciones significativas**, como nueva manifestación del principio de la **honorabilidad y solvencia**, que ya no se limitan a los administradores de las entidades de crédito, sino que se extienden a sus **accionistas mayoritarios o principales**. En los demás aspectos, esta Ley -una vez- más vuelve a plantear simples reformas, adiciones, supresiones etc.,... **sin el menor interés por una normativa clara y homogénea, ni la menor tentativa de refundición**, serán tratados más adelante. Pero el contenido de la LARB. rebasa el ámbito de lo "bancario", porque se regulan otras materias propias de otros sectores del Sistema Financiero (Mercado de Valores, Mercado Hipotecario, Corredores de Comercio y Sociedades de Tasación..., a quienes dota de un nuevo régimen sancionador).

Por fin, recientemente ha sido promulgada la **Ley nº 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España** (en adelante, LAUBE.), que en el marco del proceso de Unión Monetaria Europea, e incluso **anticipándose a él**, ha **re-configurado** la posición del Banco de España, dentro del seno de nuestra Autoridad financiera y monetaria, y dentro de nuestro propio Ordenamiento jurídico. Sus características más sobresalientes son la de *situar al Banco de España en una posición de autonomía respecto del Gobierno* (arts. 1º, nº 1; 4º, 7º, nº 2, LAUBE.), impidiendo que pueda conceder créditos ó descubiertos al Tesoro y a las Administraciones públicas (art. 13, LAUBE.), y la de *atribuirle la definición ó formulación, y no ya la simple ejecución, de la Política monetaria* (art. 7º, nº 2 y art. 8º, LAUBE.), así como la del régimen del tipo de cambio y la paridad de la peseta (arts. 11 y ss. LAUBE.); todo ello, sin privarle de las tradicionales *potestades de control y supervisión, sobre el conjunto del sistema bancario* (Art. 8º, nº 4, LAUBE.).

La LAUBE. ha derogado la Ley 30/1980, de 21 de junio, de órganos rectores del BE. y la Ley 26/1983, de 26 de diciembre, sobre coeficientes de caja, y ha **declarado "sin efecto, en cuanto pudieran estar vigentes", el Reglamento y los Estatutos del BE.** Esto último, nos parece una medida un tanto desafortunada, porque esas disposiciones contenían **los únicos preceptos jurídico-positivos sobre los contratos bancarios**. Por ello, sugeriríamos que se interpretase que tales preceptos "quedan sin efecto" respecto del BE., pero manteniendo, en lo posible su vigencia, respecto de los contratos celebrados por otras entidades de crédito.

II.2. El Derecho Comunitario Europeo.

Como hemos podido observar, gran parte -por no decir la práctica totalidad- del "*Nuevo Derecho bancario*" español ha venido propiciado; más, todavía: *determinado* por la *Normativa comunitaria*. Y es que, ciertamente, la adhesión de España a las Comunidades Europeas -como la de cualquier otro país- tiene un significado político y económico de primer orden, que se manifiesta de modo especial, por su incidencia en el Derecho mercantil y en el Derecho público económico. Pero un corolario lógico de esta afirmación será que *la misma trascendencia práctica ha de tener, tal adhesión, sobre el Derecho que regula la actividad bancaria, de los mercados de capitales y aseguradora*, en la medida en que la tendencia a la creación de un "mercado común" depende, en gran medida, de la armonización e integración de los sistemas financieros, como instrumentos de importancia fundamental. Pues bien, la creación de un "*Espacio financiero europeo*", como condición y elemento integrante del "*Mercado Unico*"¹⁶⁴, exige la adopción

¹⁶⁴ CREMONA, M.: "Freedom of movement of financial services", en VV.AA.: "1996 Onwards. Lowering the barriers further", edit. J. WILEY & SONS, Chichester/N. York/Brisbane/Toronto/Singapur, 1996, p. 65. FITCHEN, J.: "A barrier overcome?. The application of Competition law to banking in the EC.", en VV.AA.: "1996 Onwards. Lowering the barriers further", cit., p. 105.

de ciertas medidas a nivel comunitario, que -fundamentalmente- se resumen en, o se reconducen a, tres: la “*Libre circulación de capitales*”, la “*Libre prestación de servicios financieros*”, unida al derecho de establecimiento, y la “*Unión monetaria*”, inicialmente precedida de una fase o etapa de simple “cooperación”¹⁶⁵. Estos tres medios para alcanzar el fin aludido, se encuentran estrechamente interrelacionados, aunque sean -por otra parte- perfectamente diferenciables. Así, p.e., como quiera que la liberalización de los movimientos de capital influye *sobre los tipos de cambio*, como consecuencia de *su incidencia sobre el desarrollo de operaciones especulativas*, terminaba por proyectar su efecto sobre el mismísimo proceso de Unión Monetaria¹⁶⁶.

En este sentido, para lograr: un “**Circuito bancario único**”, sometido a condiciones normativas uniformes, con un centro de decisión único o con varios coordinados¹⁶⁷, es preciso -entre otras muchas cosas- proceder a la *supresión de los obstáculos a las iniciativas transnacionales de los agentes económicos*, lo cual entronca con el tema de la *liberalización de los movimientos de capitales*¹⁶⁸, si bien cabe imaginar que la libertad de establecimiento y la de prestación de servicios encuentran, también, cabida dentro de esta rúbrica. En definitiva, se trataba de la *armonización del “Derecho económico”*, a cuyo efecto, el TCEE. había establecido una serie de Libertades económicas fundamentales¹⁶⁹; a saber:

* la “*Libertad de Establecimiento*”

* y la “*Libertad de Prestación de Servicios*”.

Los textos fundamentales del “Tratado de Roma”, en relación con la actividad bancaria, aseguradora, etc..., son -en primer lugar- los que contienen la proclamación y desarrollo originario de las Libertades de “Establecimiento”; a saber, el **Capítulo II, del Título III** -formado por los *antiguos arts. 52 al 58, TCEE.*-, y de “Prestación de servicios”; a saber: el **Capítulo III, del Título III**, formado por los *antiguos arts. 59 al 66, TCEE.*¹⁷⁰; libertades que constituyen los derechos económicos comunitarios funda-

¹⁶⁵ HINOJOSA MARTINEZ, L.M.: “La regulación de los movimientos...”, cit., p. 1.

¹⁶⁶ HINOJOSA MARTINEZ, L.M.: “La regulación de los movimientos...”, cit., p. 2.

¹⁶⁷ CAMPET: “*Le Marche Commun bancaire*”, en “Revue du Marché Commun”, 1970, ps. 441 y s. ó FERNANDEZ ROZAS, J.C.: ops. y locs. cit.

¹⁶⁸ DIAZ FRAILE, J.M.: “*Introducción*”, en VV.AA.: “La Libre Circulación de Capitales y...”, cit., p. 22. DOMINGO SOLANS, E.: “La Armonización Bancaria en la Unión Europea”, edit. INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS, Madrid, 1994, p. 8.

¹⁶⁹ VERDERA Y TUELLS, E.: “*La Liberalización de los movimientos de capitales en la CEE.*”, en VV.AA.: “Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena”, edit. CIVITAS, S.A./CONSEJO GENERAL DE LOS COLEGIOS OFICIALES DE CORREDORES DE COMERCIO, Madrid, 1991, p. 1127. Idem.: “*Las inversiones directas e inmobiliarias en el sistema de la Directiva del Consejo de 24 de junio de 1988*”, en VV.AA.: “Libre circulación de capitales en la CEE.”, edit. LEX NOVA, Valladolid, 1990, p. 64. DOMINGO SOLANS, E.: “La Armonización Bancaria...”, cit., p. 7. RIDRUEJO, Z.J.: “*El Espacio Europeo de Bancos centrales*”, en VV.AA.: “Libre circulación de capitales en la CEE.”, cit., p. 29. AZOFRA PALENZUELA, V.: “*El Sistema de la Directiva 88/361/CEE, y los instrumentos jurídicos para la libre circulación de capitales*”, en VV.AA.: “Libre circulación de capitales en la CEE.”, cit., p. 53.

¹⁷⁰ Respecto de la banca, vid. FERNANDEZ ROZAS, J.C.: “*El Mercado Único Bancario y su influencia en el Ordenamiento español*”, en VV.AA.: “Il Mercato unico Europeo nel settore bancario. incidenza sugli ordinamenti italiano e spagnolo”, dir. por N. Ronziti, edit. FUTURA 2000, Roma, 1992, p. 78. RONZITI, N.: “*Principi informativi del Mercato Unico Europeo nel settore bancario*”, en VV.AA.: “Il Mercato unico Europeo nel settore bancario. incidenza sugli ordinamenti italiano e spagnolo”, cit., p. 11. Respecto del Seguro privado, vid. MÜLLER, H.: “Versicherungsbinnenmarkt. Die europäische Integration im Versicherungswesen”, edit. C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, Munich, 1995, p. 5. DASSESSE, M., ISAACS, S. y PENN, G.: “EC. Banking Law”, edit. LLOYD'S OF LONDON PRESS, Ltd., Londres/N.Yok/Hamburgo/Honk-Kong, 1994, ps. 3 y ss. PAUL/CROLY: cit., p. 4. CAMACHO DE LOS RÍOS, J.: “Armonización del Derecho de Seguro de daños...”, cit., p. 27.

mentales, en el marco de sector de los “Servicios financieros”¹⁷¹. Y la actividad “banca-ria” entra, sin la menor duda, dentro del ámbito reconocido a las citadas libertades económicas comunitarias.

El propio “Tratado de Roma”, *al articular como uno de sus fundamentos la libre circulación de personas y servicios, y el libre acceso a las actividades no asalariadas y a su ejercicio* en el seno de la CEE., mediante la configuración del “Derecho de Establecimiento y Libre Prestación de servicios”, permitió contemplar, de forma *específica*, el tema de la *protección del ahorro, la distribución del crédito y el ejercicio de la profesión bancaria*. De hecho, la actividad bancaria, viene inserta dentro del concepto de “*Servicios*”, como prestación liberalizada en el seno de la CEE. Este criterio se ha manifestado en la Jurisprudencia del TJCE., pues los servicios bancarios constituyen, o pueden configurarse como, prestaciones remuneradas, no incluidas en ningún otro concepto (libertad de movimiento de mercancías, capitales y personas). En concreto, el antiguo **art. 60, TCEE.** *incluyó, entre los “servicios”, las actividades comerciales*, y no cabe duda de que muchas actividades bancarias entran de lleno en esta noción¹⁷². Así se adivinaba en diversas sentencias de la Jurisprudencia Comunitaria, tales como.:

* La Sentencia TJCE. *Züchner c. Bayerische Vereinsbank*, de 1981, donde se afirmó que las actividades de la entidad bancaria constituían “*servicios*”, en el sentido del **art. 60 TCEE.**, y

** La Sentencia *Société Générale Alsacienne de Banque, SA. c. Koestler* (nº 15/1978), en relación con la recepción de órdenes bursátiles, la apertura de cuentas corrientes y la concesión de créditos instrumentados en cuenta corriente, consideró que constituían “*servicios*” a efectos del antiguo **art. 59, TCEE.** y señaló que podían incardinarse dentro del concepto de “*actividades comerciales*”¹⁷³.

Estas actividades se consideraron incluidas dentro del apartado de las “*comerciales*” y, a mayor abundamiento, *se consideró que no constituían movimientos de capitales*¹⁷⁴. Opinión contraria mantiene el italiano RONZITI, quien señala que el TCEE. no contiene mención expresa de la actividad crediticia, en el ámbito de las beneficiadas del reconocimiento de la “Libertad de Establecimiento”. Y no sólo esto, sino que ni siquiera en el *Acta Unica Europea* se mencionó esta actividad, y que ni siquiera la Jurisprudencia del TJCE. desmiente esa ausencia, aunque otra cosa pudiera deducirse de la *Sent. TJCE. de 21 de junio de 1974*, de manera que, por sí solo, el antiguo **art. 52, TCEE.** *no hubiese bastado para producir una implantación de la Libertad de Establecimiento y de circulación de servicios bancarios*, en la CEE., incluso **después de concluido el período transitorio**¹⁷⁵.

Pues bien, haciendo aplicación al plano de la actividad bancaria de las consideraciones expuestas en cuanto a la consecución de unos objetivos inmediatos en el camino de un Mercado Financiero Europeo -es decir: la **liberalización de los intercambios**, sobre la base del principio de “**no discriminación**”-, pronto se sintió la necesidad de **coordinar** las reglamentaciones bancarias de los Estados miembros, a través de **dos etapas** o en **dos niveles**; a saber.:

¹⁷¹ PAUL/CROLY.: cit., p. 6.

¹⁷² DASSESSE/ISAACS.: cit., ps. 64 y s. BORRAJO INIESTA, I.: “Las libertades de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma”, en VV.AA.: “Tratado de derecho Comunitario Europeo...”, cit., t. II, p. 212

¹⁷³ DASSESSE/ISAACS/PENN.: cit., 2º ed., ps. 9 y s.

¹⁷⁴ DASSESSE/ISAACS/PENN.: cit., 2ª ed., p. 11.

¹⁷⁵ RONZITI, N.: cit., ps. 11 y s.

- A) En primer lugar, la *supresión de disposiciones discriminatorias para el establecimiento* de Bancos y entidades de seguros, en el territorio de la CEE.¹⁷⁶; actitud que iría seguida, en segundo término, de
- B) Una *armonización de las reglas sobre acceso y ejercicio de la profesión bancaria*, con un mínimo de intervención burocrática¹⁷⁷.

En este sentido, la aplicación de este precepto y los subsiguientes al ámbito de la Banca supone la **eliminación de aquellas diferencias de tratamiento discriminatorias, entre diversas entidades de crédito**, que hubieran sido establecidas, originariamente, o se quisieran establecer, "*ex novo*", sobre la base de criterios de nacionalidad o residencia, en relación con la posibilidad de *establecerse en un determinado país* (a título principal), o de *abrir sucursales o agencias* en él, debiendo -cada uno de los Estados miembros- depurar su legislación nacional, de normas referidas a la nacionalidad u obligación de residencia, que signifiquen restricciones al ejercicio de la actividad bancaria. Esto se refiere, no sólo a los "*Estados de acogida*", que deben permitir el establecimiento de nacionales comunitarios, en su territorio, *sino también afecta a los "Estados de origen"*, a los que queda *prohibido que adopten medidas para impedir el traslado o desplazamiento de sus nacionales, para establecerse en otros Estados*¹⁷⁸.

Por su parte, el **art. 54, TCEE.**, en su *redacción originaria*, previó el establecimiento de "un **programa general** para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento"; programa que **fixaría "para cada tipo de actividades"** -nuevamente, en términos genéricos, sin recurrir a ningún tipo de lista positiva, pero tampoco negativa, ni mencionar, en modo alguno, actividades que "*ex ante*" no se consideraran beneficiarias de esta liberalización-, **las condiciones generales para la realización de la Libertad de establecimiento**, nuevamente **sin limitar o excluir ninguna**, y dando a entender -bien por el contrario- que todas quedarían contempladas. Y, lo que es más, el propio **art. 54, n° 3, a), TCEE.** obligaba al Consejo y a la Comisión de la CEE. a ejercer las funciones encomendadas, *ocupándose, en general, con prioridad de las actividades en las que la libertad de establecimiento contribuya de manera especialmente útil al desarrollo de la producción y de los intercambios*, factores o criterios **que**, sin la menor duda, **podrían predicarse de la actividad bancaria**.

Además, el *antiguo art. 58, TCEE.*, que equipara las "**Sociedades**" a las personas físicas, a efectos del disfrute de la "Libertad de Establecimiento", permitiría incluir a las **Sociedades Anónimas bancarias y a las Cooperativas de Crédito y Cajas de Ahorros**.

El *antiguo art. 57, 2° TCEE.* previó la **adopción de Directivas** para la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, referentes al acceso a tales actividades y su ejercicio (Inicialmente se exigía la unanimidad, pero el AUE. ha modificado este regimen, instaurando un sistema de adopción de acuerdos basado en la cooperación, la adopción de posturas comunes y las decisiones por mayoría), poniendo de manifiesto, más allá de cualquier duda, **que el derecho comunitario constituye una verdadera fuente del Derecho bancario y del**

¹⁷⁶ Vid. CREMONA, M.: "Freedom of Movement of International Services", en VV.AA. "1996 Onwards: Lowering the barriers further", dir. por A. Caiger y D.A. Floudas, edit. JOHN WILEY & SONS, Chichester/N.York/Brisbane/Toronto/ Singapur, 1996, p. 65. MORILLAS JARILLO, M^a. J.: "La adaptación...", cit., p. 565

¹⁷⁷ SOUSI-ROUBI, B.: cit., p. 28. MORILLAS JARILLO, M^a. J.: "La adaptación...", cit., p. 565.

¹⁷⁸ DASSESSE/ISAACS/PENN.: cit., 2ª ed., p. 3. BODMER/KLEINER/LUTZ/SCHWOB/ROTH.: cit., p. N 1. PIÑANES LEAL, J.: "La Política y Normativa comunitarias en materia de Entidades de crédito", edit. EDITORIAL DE DERECHO FINANCIERO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, Madrid, 1991, ps. 38 y s.

mercado de capitales, considerados desde la perspectiva de los Ordenamientos nacionales de los Estados miembros de la CE.¹⁷⁹

Y, por lo que hace a la “**Libre Prestación de Servicios**”, el **art. 60, TCEE**, aludió específicamente a una serie de actividades económicas, entre las cuales se cuentan las de “**carácter mercantil**” y las de “**carácter industrial**”; referencias tan vastas, en su formulación, que pueden -muy bien- englobar la actividad propia del sector **bancario**, aunque haya que reconocer que la actividad bancaria -y la aseguradora- son algo más que simples prestaciones de servicios, por su estrecha vinculación con los movimientos de capitales¹⁸⁰.

Además, cuando el **art. 61, 2º TCEE**, aludió, específica y explícitamente, a la prestación de **servicios bancarios**; disponiendo que, en la medida en que dichas prestaciones se hallasen vinculadas a los movimientos de capitales, quedarían liberalizadas *en armonía con la liberalización progresiva de la circulación de capitales*¹⁸¹, reveló -más allá de cualquier duda- que *la actividad bancaria quedaría incardinada en el ámbito de aplicación de las libertades económicas comunitarias*, incluida la Libertad de Establecimiento, toda vez que.:

a) La interpretación “*a contrario*” -interpretación que, por otra parte, parece que se desprende del **Primer Considerando** de la **Directiva CEE. nº 183/1973**, a la que posteriormente habremos de aludir- del mencionado **art. 61, nº 2, TCEE**, ponía de relieve -por aquel entonces- que las actividades bancarias que no estuviesen vinculadas a los -por entonces, restringidos- movimientos de capitales; es decir -por consiguiente- el resto de las actividades bancarias, consideradas en términos generales, podrían beneficiarse directamente del régimen de “Libre prestación de servicios”, de forma incondicional, ya que su liberalización no dependería de la de los aludidos movimientos de capitales¹⁸².

Existe, pues, una **referencia expresa** a estas actividades -bancarias-, que obliga a mirar con cierta prevención la afirmación de que el “Tratado de Roma” **no contempla disposiciones especiales, referentes a estas actividades**¹⁸³, a no ser que con éllo se quiera decir, simplemente, que el TCEE. no establece un régimen especial respecto de las “libertades económicas comunitarias”, específicamente adaptado a la Banca.

b) **No existe**, por el contrario, **diferencia material o sustantiva** entre la realización de “**actividades no asalariadas**”, en régimen de Libre prestación de servicios y en régimen de Libertad de establecimiento: **la diferencia está en la forma de realizar esas actividades**¹⁸⁴. Por consiguiente, reconocer que las actividades bancarias constituyen “**servicios**”, a efectos de los arts. 59 y ss., TCEE., **implica considerar que también entran dentro del ámbito del art. 52, TCEE**.

179 GAVALDA, Ch. y STOUFFLET, J.: “Droit du Crédit”, t. I, “Les Institutions”, edit. LITEC., Paris, 1990, p. 58

180 PIÑANES LEAL, J.: “La Política y la Normativa...”, cit., p. 40, quien señala que las entidades de crédito no son simples “empresas de servicios”, sino que se encuentran vinculadas a los movimientos de capitales. De ahí que la liberalización de la prestación de servicios bancarios se halle entroncada con la liberalización de los movimientos de capitales.

181 ANGULO RODRIGUEZ, E.: “La Adhesión española a la CEE. y la Ordenación bancaria”, en VV.AA.: “Estudios de Derecho público bancario”, edit. CEURA, Madrid, 1987, p. 82. GOLDMAN/LYON-CAEN.: cit., 4ª ed., p. 419.

182 SOUSI-ROUBI, B.: cit., p. 23

183 MORILLAS JARILLO, Mª.J.: “La adaptación del Derecho español al Ordenamiento comunitario en materia de Seguros”, en VV.AA.: “Cuadernos de Derecho judicial. Derecho de Seguros”, dir. J.M. Marco Cos, edit. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Madrid, 1995, p. 536.

184 MORILLAS JARILLO, Mª.J.: “La adaptación...”, cit., p. 564.

Por consiguiente, sin que quepa duda, sobre la cuestión de la calificación de la actividad bancaria en materia de “Libre establecimiento” -pues, dado el vastísimo alcance del art. 52, TCEE., cabe integrar en él prácticamente toda actividad económica remunerada, sin que exista motivo para considerar que la actividad **bancaria** y la actividad **aseguradora privada** no se encuentren específicamente incluidas¹⁸⁵-, **la incorporación de la actividad bancaria dentro del concepto de “Servicios”**, como prestación liberalizada en el seno de la CEE., se ha manifestado **en la Jurisprudencia del TJCE.**, pues se trata de prestaciones remuneradas, no incluidas en ningún otro concepto (libertad de movimiento de mercancías, capitales y personas). En concreto, el art. 60 TCEE. no solo incluye, entre los “servicios”, las actividades industriales, sino las **comerciales**, y no cabe duda de que muchas actividades bancarias entran de lleno en esta noción¹⁸⁶.

Sin embargo, la *unificación jurídica en el sector bancario*, dentro de la CEE., se enfrentó -al principio- con *considerables dificultades, por la extrema sensibilidad de los Ordenamientos nacionales frente a cualquier alteración y la heterogeneidad de cada una de las legislaciones internas*¹⁸⁷. Por este motivo, las primeras Directivas comunitarias debieron renunciar, momentáneamente, a algunas de sus pretensiones originales. En tal sentido, si aceptamos que -partiendo de la existencia de círculos bancarios independientes, en los que se asegurarían, meramente, las relaciones intercomunitarias de banco a banco (no obstante que los movimientos de capital deberían liberalizarse)- la integración de los sistemas bancarios debía atravesar por tres estadios:

- 1.- Posibilidad de que los Bancos de un Estado miembro **puedan operar directamente en territorio de otro Estado miembro**, distinto de aquel en que tienen su sede social, en términos de **tratamiento igualitario**.
- 2.- **Coordinación y armonización de las reglamentaciones** bancarias; es decir: una armonización referida a los aspectos esenciales de la normativa sobre control prudencial, de cada uno de los Estados miembros: una coordinación normativa que se refiere a los aspectos tendentes a asegurar la estabilidad de Bancos y otras instituciones financieras, tales como su régimen de autorización, la exigencia de capitales adecuados, el establecimiento de sistemas de garantía de depósitos, grandes riesgos...¹⁸⁸.
- 3.- Consecución de **un circuito bancario único, sometido a condiciones legislativas y reglamentarias uniformes y con un centro de decisión único o con varios centros de decisión coordinados**¹⁸⁹.

Entonces habremos de concluir que, hasta la elaboración de la Segunda Directiva de Armonización bancaria -nº 646/1989, de 15 de diciembre, a la que luego habremos

¹⁸⁵ Vid. FERNANDEZ DE LA GANDARA, L. y CALVO CARAVACA, A.-L.: “Libertad de establecimiento y Derecho de sociedades en la Comunidad Económica Europea”, edit. TECNOS, Madrid, 1988, ps. 24 y 113 y ss. GAVALDA/STOUFFLET: “Droit du Crédit”, cit., t. I, p. 429. SOUSIROUBI, B.: cit., p. 23.

¹⁸⁶ DASSESE/ISAACS.: cit., ps. 64 y s. BORRAJO INIESTA, I.: “Las libertades de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma”, en VV.AA.: “Tratado de derecho Comunitario Europeo...”, cit., t. II, p. 212.

¹⁸⁷ DASSESE/ISAACS.: cit., ps. 68 y s. ANGULO RODRIGUEZ, E.: “La Adhesión española a la CEE. y...”, cit., p.

¹⁸⁸ ZAVVOS, G.S.: cit., p. 268.

¹⁸⁹ Vid. CAMPET.: “Le Marche Commun bancaire”, en “Revue du Marché Commun”, 1970, ps. 441 y s. PIÑANES LEAL, J.: “La Política y la Normativa...”, cit., p. 36.

de aludir- **solamente la primera etapa** se había cumplido plenamente -en el ámbito de la actividad bancaria-, y la segunda todavía no había producido todos los frutos que de ella se esperaban¹⁹⁰.

Con la adopción del **Acta Unica Europea, de 1 de Julio de 1987**, se dió un importante paso hacia la consecución del mercado único. Este **Tratado “sucesivo” o “adicional”**¹⁹¹, firmado entre los 12 Estados Miembros de la CEE., impuso a los mismos -fijando como **fecha tope** para su cumplimiento, la del **31 de diciembre de 1992**- la obligación de establecer, para esa fecha, el *mercado interior*¹⁹², a la par que vino a “consagrar” el principio del “*Reconocimiento mútuo*” de estándares de control¹⁹³; proceso que ha culminado en el Tratado de la Unión Europea, o “Tratado de Maastricht”, que realmente ha **llevado a su término** el objetivo de la creación del “circuito bancario único”, con una **política monetaria definida y ejecutada por una Instancia comunitaria independiente**: el SBCE.

Podríamos definir -tal vez- un hipotético “*Derecho bancario Europeo*”, en los siguientes términos.:

“Parte del Ordenamiento jurídico supranacional e intranacional establecido, en primera instancia, por los Tratados constitutivos de las CEE., cuyo objeto es crear el marco regulador de las relaciones jurídicas de las entidades de crédito que, dentro del territorio de la Unión Europea y en el ejercicio de las libertades de establecimiento y prestación de servicios -reconocidas en el Derecho originario-, desarrollan -en forma de empresa- la actividad de intermediación en el crédito indirecto, prestando -además- otros servicios financieros a su clientela, sobre la base de una plena Libertad de movimiento de capitales, así como su estatuto profesional y su régimen de control, sobre la base de los principios de Tutela del Depositante y del Cliente, Solvencia, libre y leal competencia y Control Doméstico”.

Se trata de un *sector de un verdadero Ordenamiento*: el Ordenamiento jurídico de la UE., y -como él; es decir: como “*el resto*” de él- posee un carácter -al propio tiempo- “*supra-nacional*”, ya que sus fuentes se encuentran en instancias supranacionales -el Consejo, la Comisión de la UE...-, e “*intra-nacional*”, toda vez que las disposiciones emanadas de dichas instancias *se convierten, directa o indirectamente, en Derecho interno de los diversos Estados miembros.*

Es un Derecho que se caracteriza, desde una perspectiva material, por su “*objeto*”, y, desde una perspectiva funcional, *por el sentido y eficacia con que incide sobre éste*: su objeto son las relaciones jurídicas de las “**entidades de crédito**” -noción que se define en términos **funcionales**, sobre la base de su actividad: *la Empresa de intermediación monetaria y crediticia indirecta-*, y la forma en que incide sobre es el **tan dual, como dual es la naturaleza de las Normas que lo regulan**; a saber.:

* En tanto que Derecho **supra-nacional**, con fines de **integración o armonización internacional**, el Derecho bancario Europeo no regula -no *suele* regular- directamente las relaciones jurídicas de las entidades de crédito o las entidades aseguradoras: *se limita a crear el marco (unitario o armonizado) de su futura regulación.*

¹⁹⁰ FERNANDEZ ROZAS, J.C.: “*La Banca extranjera...*”, cit., p. 187. *Idem.*: en VV.AA.: “*Tratado de derecho Comunitario Europeo...*”, cit., t. II, ps. 269 y ss. GRÖSCHEL, U.: “*Europäische Bankrechtsharmonisierung...*”, cit., p. 15.

¹⁹¹ Un “*further Treaty*”, dicen PAUL/CROLY.: cit., p. 6.

¹⁹² PAUL/CROLY.: cit., p. 6.

¹⁹³ RONZITTI, N.: cit., p. 14.

* En tanto que Derecho **intra-nacional**, que -más pronto o más tarde; con o sin ayuda de normas de desarrollo- termina por incidir sobre el **Derecho interno** de cada Estado miembro, **efectivamente regula de modo directo las relaciones jurídicas de las Entidades de crédito.**

Por otra parte, en la medida en que se trata de un Derecho emanado de los órganos de una Organización transnacional de Integración, parece lógico que el *espíritu que anima sus normas se halle imbuido de los principios fundamentales, en los que se inspira esa Organización.* Por este motivo, la definición que proponemos alude a los términos en que se desarrolla la actividad objeto de este Ordenamiento, y a los principios que deben ordenarla y servirle -en su caso- de límites; términos y principios que, en todo caso, *deben ser objeto de explícita alusión, porque derivan expresamente de los propios textos normativos comunitarios.*

En primer lugar, se alude a que el ejercicio de la empresa de crédito se desarrolla sobre la base de las "*Libertades Económicas comunitarias*", citándose -en primer término- las de **Establecimiento y Servicios**, para aludir -más tarde- a la **Libertad de Movimiento de Capitales, con un régimen de Moneda Unica**, porque -en el fondo- constituyen el instrumento; la herramienta básica de la Empresa de Crédito.

Y, por fin, se alude a los principios "*disciplinarios*" u "*organizativos*" de este agregado normativo, que son los "*principios de Tutela del Depositante y del Cliente, Solvencia, libre y leal competencia y Control Doméstico*".

No hace mucho se ha llegado a afirmar que realmente existe un "*Derecho bancario Europeo*"; un verdadero orden jurídico, que no se reduce al papel de mera **fuentes** del Derecho **sustantivo interno** de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, en materia bancaria¹⁹⁴, sino que constituye la organización de un verdadero *sistema jurídico*, que extravasa de los Derechos nacionales y que, en ocasiones, incluso colisiona con ellos, pero que *también los concilia, entre sí*, cuando esos mismos ordenamientos nacionales *entran en conflicto*, entre sí, o con el propio Ordenamiento supranacional, ya que -en definitiva- la CEE. no es solamente una comunidad política y una comunidad económica, sino también una *comunidad jurídica*¹⁹⁵.

Sin embargo, aun reconociendo que algunas -muchas- de las afirmaciones precedentes son ciertas, consideramos *más acertado* decantarse por una *postura contraria*, en el sentido de *negar* la existencia de un *conglomerado jurídico unitario, calificable como un "Derecho bancario europeo"*, ya que el Derecho bancario, como tal, **carece** de unidad y autonomía sustantivas, lo cual es **verdad**, pero no solo en el plano del Derecho comunitario, sino incluso en el ámbito de las legislaciones nacionales¹⁹⁶, y solamente algunos autores de forma más precisa y con mayor claridad manifiestan su opinión *con-*

¹⁹⁴ Sobre la caracterización del derecho comunitario, como **fuentes** del derecho bancario, vid. GUARINO, G.: "*L'armonizzazione della legislazione bancaria: la revisione dell'Ordinamento bancario del 1936*", en VV.AA.: "*La nuova disciplina dell'Impresa bancaria*", t. I, "*I soggetti e i controlli*", dir. por U. Morera y A. Nuzzo, edit. DOTT.A. GIUFFRÉ EDITORE, S.p.a., Milán 1996, p. 3.

¹⁹⁵ Planteada la cuestión por autores como SCHNEIDER, U.: "*Harmonisierung des Bankrechts in der Europäischen Gemeinschaft: Notwendigkeit, Reichweite, System*", en VV.AA.: "*Deutsches und europäisches Bank- und Börsenrecht*", edit. WALTER DE GRUYTER, Berlín/N.York, 1993, p. 4, responden a ella afirmativamente, el mismo SCHNEIDER, U.: op.cit., ps. 26 y s., y la francesa SOUSIROUBI, B.: "*Droit bancaire européen*", edit. DALLOZ, Paris, 1995, p. 1.

¹⁹⁶ STEUER, S.: "*Stand und Probleme der Harmonisierung des Bankrechts aus der Sicht der Praxis*", en VV.AA.: "*Deutsches und europäisches Bank- und Börsenrecht*", cit., p. 36.

traría a la existencia de un “espacio financiero común”, que se corresponda con un ordenamiento financiero, también común, afirmando que.:

“... (R)esulta un craso error creer que la CE. constituye, ya, un espacio financiero común, con reglas absolutamente uniformes de funcionamiento dentro de él y con una posición homogénea frente al exterior, que solo precisa del conocimiento de las directivas y otras normas comunitarias..., cuando se trata en realidad,..., de una **agrupación de sistemas financieros muy diferentes**, aunque siguiendo un **proceso evolutivo similar**, en los últimos años sobre todo, **dirigido a su homogenización e integración progresivas**”¹⁹⁷.

El -todavía incompleto- “sistema” del Derecho bancario Europeo, permite la subsistencia de especialidades normativas nacionales, hasta el punto de que aún no se ha logrado un mercado de competencia igualitaria entre los “prestadores de servicios financieros”, que actúan en el seno de un marco jurídico unificado, sino que se trata, más bien, de la concurrencia de **sistemas bancarios singulares**, que comporta o que conlleva **la concurrencia de los preceptos jurídicos de supervisión y control** subyacentes, en el seno de un **zócalo mínimo** -aunque amplio y creciente- **de armonización**, donde juega un papel fundamental la unificación normativa comunitaria en materia de recursos propios de las entidades de crédito¹⁹⁸, e -incluso- de las **“Empresas de inversión”**, cuyos regímenes están comenzando a **aproximarse**, al tiempo o en la medida en que **continúa desarrollándose el Derecho bancario europeo**, para aproximarse a esa aspiración del **mercado competitivo de las diferentes empresas de servicios financieros**.

El **acceso** a la actividad bancaria, de servicios de inversión y aseguradora es una cuestión jurídica que, en el plano del Derecho Comunitario Europeo, encierra **dos problemas** y posee **dos aspectos diferentes**; a saber.:

- a) Por una parte, el que se refiere a las cuestiones propias de la **transnacionalidad y la extraterritorialidad**, en el seno de un proceso de creación de un **espacio financiero único**.

Se trata, pues, de los problemas -antes mencionados- de “*extranjería*” bancaria y aseguradora, que tienen que ver con la *posibilidad de acceso* de los empresarios bancarios y de las entidades de seguros, *al mercado bancario o asegurador, en el territorio de Estados distintos de los de su propia nacionalidad*.

- b) Por otra, el que se refiere a la **propia condición de la actividad bancaria**, como actividad empresarial **regulada y de acceso restringido**.

En el marco del Derecho Comunitario Europeo, es posible apreciar -tal vez con mayor claridad en el ámbito bancario, que en el ámbito asegurador- un proceso de *convergencia de ambas problemáticas*, que comenzó por el tratamiento de los problemas “internacionales” o “*de supranacionalidad*”, y que está culminando con el tratamiento legal -unificador- de los problemas “administrativos” o “*de supervisión sectorial*”. Sin embargo, hay quien afirma que las Directivas comunitarias ha abandonado el camino de la verdadera “armonización”, sustituyéndola por el simple Principio del “*Reconocimiento mutuo*”, como se haría evidente, p.e., en la *Segunda Directiva bancaria de armonización*, n° 646/1989¹⁹⁹.

¹⁹⁷ PAREJO GÁMIR, J.A., CALVO BERNARDINO, A. y PAÚL GUTIÉRREZ, J.: “El Sistema financiero en los países de la CE.”, edit. AC., Madrid, 1993, p. VII.

¹⁹⁸ GRÖSCHEL, U.: “Europäische Bankrechtsharmonisierung und ihre Auswirkung auf das deutsche Kreditwesengesetz (KWG.)”, en VV.AA.: “Aktuelle Probleme im Bankrecht”, edit. por W. Wiegand, edit. STAMPFLI & Cie. AG., Berna, 1994, p. 13.

¹⁹⁹ RONZITTI, N.: cit., p. 14.

Surgido de la *práctica jurisprudencial comunitaria*, y aplicado, en principio a la *circulación de mercancías* -donde significaba que un producto que fuese conforme a la calidad exigida en su Estado de origen, podría circular en todos los Estados miembros de la CEE.-, *el Principio de Reconocimiento Mútuo pasa a aplicarse también a las "entidades"*, y la aplicación del mismo trae consigo una -paralela- *erosión de la armonización sustantiva de los Derechos nacionales*, que se refleja en que las instancias comunitarias renuncian a armonizar determinadas materias, que se consideran como de armonización "innecesaria"²⁰⁰. Como consecuencia de lo expuesto, sucede que una entidad bancaria -y, cómo no, una entidad aseguradora- "*comunitaria*", pueden "circular" a lo largo y ancho del espacio comunitario, *siempre que su existencia y modo de ser resulten conformes con la legislación de su Estado de origen*²⁰¹. Sin embargo, habida cuenta de las especialidades de este tipo de entidades -las bancarias- hay que señalar que ni siquiera el reconocimiento mútuo es suficiente, sino que precisa de una ulterior **especificación** en dos direcciones; a saber:

- a.- Mediante el establecimiento del principio del "*Home Country control*", al que nos referiremos en su momento, y
- b.- Mediante la implantación de un mínimo de *armonización sustantiva*²⁰².

Esta armonización afecta, en primer término, al régimen de **acceso** a la actividad y también se refiere al **ejercicio** de dicha actividad²⁰³, y como no faltan quienes afirman que las disposiciones del **art. 52, TCEE**. no hubiesen permitido una implantación *directa* de las libertades de establecimiento *en materia bancaria* -habida cuenta de la especial problemática que suscita este sector-, para lograr el reconocimiento de la libertad de establecimiento principal o de apertura de sucursales de entidades de crédito, etc... sería imprescindible el desarrollo de la misma *a través de disposiciones de Derecho derivado*²⁰⁴, entre las que han destacado: la **Directiva del Consejo de la CEE., nº 183/1973, de 28 de Junio, sobre Supresión de restricciones a la Libertad de Establecimiento y de prestación de servicios, en materia de actividades no asalariadas de Bancos y otros Establecimientos financieros**; una disposición que se podría describir como "*de integración negativa*", pues su único objetivo se centra, simplemente, *en eliminar restricciones en materia de establecimiento y -aunque con mayor timidez y de modo más limitado- prestación de servicios*²⁰⁵.

El acceso a la actividad bancaria, en el Derecho Comunitario Europeo, se reguló -sucesivamente- en dos Directivas "*de armonización*", a las que se alude -respectivamente- como "**Primera**" y "**Segunda**": la **nº 780/1977, de 12 de diciembre**, y la **nº 646/1989, de 15 de diciembre**; directivas de coordinación *sucesiva*, ya que los objetivos que se prevén y manifiestan en el Preámbulo de la primera de ellas -la libertad de establecimiento y prestación de servicios en el ámbito bancario, y establecer un sistema de "*reconocimiento mútuo*", que habría de convertirse en el de "*Autorización Única*

²⁰⁰ RONZITTI,N.: cit., ps. 14 y s. CREMONA,M.: "Freedom of movement of Financial services", cit., p. 66.

²⁰¹ RONZITTI,N.: cit., p. 15. CREMONA,M.: "Freedom of movement of Financial services", cit., p. 66.

²⁰² RONZITTI,N.: cit., p. 15. CREMONA,M.: "Freedom of movement of Financial services", cit., p. 66.

²⁰³ RONZITTI,N.: cit., p. 15.

²⁰⁴ Vid. RONZITTI,N.: cit., p. 12.

²⁰⁵ CLAROTTI,P.: "La libération des mouvements de capitaux et des services financiers dans le cadre d'un Marché Financier unique", en VV.AA.: "**Estudios de derecho bancario y bursátil homenaje a Evelio Verdura y Tuells**", t. I, edit. LA LEY, Madrid, 1994, p. 427. RONZITTI,N.: cit., p. 13. DASSESE/ISAACS/PENN.: cit., 2ª ed., p. 18. PIÑANES LEAL,J.: "**La Política y Normativa...**", cit., ps. 61 y s.

Europea”, y un régimen de “Home Country control”- *no se consumaron plenamente, hasta la adopción de la Segunda*, aunque ésta consumación “*ex post*” no hubiera sido posible sin lograrse ese previo zócalo de armonización, conseguido con la Primera Directiva nº 780/1977²⁰⁶.

La **Segunda Directiva nº 646/1989** presenta **dos rasgos** característicos **adicionales**: en primer término, su **art. 3º** introduce una norma ya “**tópica**”, en el Derecho bancario comparado: la reserva absoluta de actividad; es decir: la **prohibición** de ejercicio de la actividad bancaria por parte de sujetos que **no sean entidades de crédito**.

Y, en segundo lugar, la implantación de la “**Autorización Europea Unica**”, que permitiría que un Banco de un Estado miembro, que hubiera obtenido la autorización en su Estado de origen, **podiera actuar en cualquier otro Estado de la CE., sin necesidad de nueva autorización**, de tal manera que las entidades de crédito ya no tendrán que perder el tiempo solicitando autorizaciones de cada uno de los Estados miembros, en los que quieran establecerse, **aunque** -por otra parte, y sin perjuicio de lo anterior- **deberán observar las leyes del Estado de acogida, que regulan la actividad financiera y bancaria**²⁰⁷. En este sentido, el precepto clave de la **Segunda Directiva**, es su **art. 6º**²⁰⁸, que establece lo siguiente:

“1.- La autorización prevista en el artículo 4º de la Directiva 77/780/CEE. y el capital de dotación ya no podrán ser exigidos por los Estados miembros de acogida respecto a sucursales de entidades de crédito autorizadas en otros Estados miembros. El establecimiento y la supervisión de dichas sucursales seguirán las disposiciones fijadas en los artículos 13, 19 y 21...”,

y cuyos términos -como cabe apreciar- se resúmen en el principio de que **autorizada la entidad principal, en un Estado miembro, ya no se requiere** autorización alguna para las **sucursales** que se abran en cualesquiera **otros Estados** miembros.

En materia de supervisión, la **Directiva del Consejo de la CEE. nº 635/1986, de 8 de diciembre, relativa a las cuentas anuales y consolidadas de los bancos y otros establecimientos financieros**, que **somete** a todas las Entidades de crédito contemplados en la Directiva 780/1977, a gran parte del **mismo** régimen que las **Dirs.CEE. nºs 660/1978, de 25 de julio y 349/1983, de 13 de junio**, establecen para ciertos tipos de sociedades. La Directiva 635/1986, que *expresamente* se remite a lo dispuesto en los **arts. 2º, 3º y 4º** -excepto el párrafo 2º- y a los **arts. 6º y 7º, Dir.CEE. nº 660/1978 - “Cuarta de Sociedades”**- no pretende sustituir, ni aún respecto de las entidades de crédito, el régimen de las otras dos Directivas señaladas, antes al contrario: pretende -bien por el contrario- extender la aplicación de dicho régimen (si bien con ciertas especialidades) a las entidades de crédito, como lo demuestran lo dispuesto en su art. 1º y el que

²⁰⁶ Sobre los objetivos de estas Directivas y, en especial, su finalidad *armonizadora*, vid. SCOTTI-CAMUZZI, S.: “La Prima Direttiva di coordinamento”, en VV.AA.: “**Le Direttive della CEE. in materia bancaria. Stato di attuazione e riflessi sulla operatività del sistema italiano**”, dir. por F.Cesarini y S.Scotti-Camuzzi, edit. DOTT.A.GIUFFRÉ, Milán, 1991, ps. 19, 20, 24 y ss. COSTI, R.: “La Seconda Direttiva di coordinamento. I principi”, en VV.AA.: “**Le Direttive della CEE. in materia bancaria. Stato di attuazione e riflessi sulla operatività del sistema italiano**”, cit., ps. 69 y s.

²⁰⁷ Así, p.e., en Inglaterra, la “*Banking Act*”; en España, la LDIEC. nº 26/1988, la LOB. de 31 de Diciembre de 1946, la LBOCB. de 14 de Abril de 1962, etc...- (HOUGHTON, J.: “**Regulatory and European Banking Developments, 1988/1989**”, en “**Journal of International Banking Law**”, 1989, núm. 2, p. 51. GRÖSCHEL, U.: “**Europäische Bankrechtsharmonisierung...**”, cit., p. 15. CREMONA, M.: “**Freedom of movement of Financial Services**”, cit., p. 69).

²⁰⁸ ALVAREZ RENDUELES, J.R.: “**La armonización...**”, cit., p. 96.

su Exposición de Motivos señale que la Directiva 635/1986 solamente regula *algunas excepciones a las otras dos Directivas citadas*²⁰⁹.

La **Directiva del Consejo de la CEE., nº 299/1989, de 17 de abril, sobre Fondos propios de las Entidades de crédito**, en lugar de tener que seguir recurriendo a la vía de las “Recomendaciones”²¹⁰.

Salvado, ya, el inconveniente de la indefinición -en el plano comunitario- de la noción de fondos propios, quedaba expedito el camino para solucionar el tema de la implantación y regulación minuciosa de un Coeficiente bancario; problema que se abordó con la **Directiva del Consejo de la CEE., nº 647/1989, de 18 de diciembre, sobre el Coeficiente de Solvencia de las Entidades de crédito**; instrumento que - como refleja la propia **Exposición de Motivos** de la Directiva- “*desempeña un papel fundamental en la supervisión de las entidades de crédito*” y resulta enormemente útil, conformado mediante *ponderación de los activos y cuentas de orden, en función de su “grado de riesgo de crédito”*, para la *armonización* legislativa que requiere el principio de “*Reconocimiento mutuo*” de técnicas de control²¹¹.

La Dir.CEE., nº 299/1989 fue una de las varias Directivas de armonización bancaria, adoptadas por la CEE. aquel año de **1989**, el cual -como luego se verá- habría de revelarse como *un año crucial en la regulación comunitaria de las entidades de crédito*. La citada Dir.CEE., nº 299/1989 habría de complementarse con la regulación de las “**Operaciones de Gran Riesgo**” y con la imposición del “**Coeficiente de Solvencia**”.

Mas, como quiera que el control prudencial de las entidades de crédito debe quedar cerrado con una disposición que armonice el control de las concentraciones excesivas de riesgos, por fin fué adoptada la **Directiva del Consejo de la CEE. 121/1992, de 21 de diciembre, sobre Supervisión y control de las Operaciones de Gran Riesgo**, se ocupó de regular el control sobre aquellas operaciones de crédito e inversión que, por comportar una grave **concentración de riesgo** sobre unos mismos prestatarios o receptores de fondos, podría poner en peligro a la Entidad de crédito. En este sentido, si la propia actividad de intermediación bancaria comporta “**riesgos**”, que no son otros que los inherentes a los activos financieros en cuya circulación se intermedia (y que las propias entidades de crédito potencian), parece obvio que esos riesgos **se agravarán**, en la medida en que se hallen **concentrados**, y que -a la inversa- una primera vía de **enfrentarse contra los “riesgos”** sea, precisamente, **su distribución**, y su no concentración²¹².

El nuevo impulso en la materia lo ha dado el **art. 9º, nºs 1, 2 y 3, Dir.CEE. nº 6/1992, de 15 de marzo, sobre Adecuación del Capital de las Empresas de Inversión y las Entidades de Crédito**.

²⁰⁹ Vid. BALZARINI,P.: “La Direttiva CEE. sui bilanci delle banche: analisi e commento”, en “*Rivista delle Società*”, 1988, fasc. 5/6, septiembre/diciembre, p. 1178. CLAROTTI,P.: “La libération...”, cit., ps. 428 y s. COLOMBO,G.E.: cit., p. 111.

²¹⁰ PIÑANES LEAL,J.: “**La política y normativa comunitarias...**”, cit., p. 156. ÁLVAREZ RENDUELES,J.R.: “La Armonización...”, cit., p. 99.

²¹¹ CLAROTTI,P.: “La libération...”, cit., p. 432.

²¹² DASSESSE/ISAACS/PENN.: cit., 2ª ed., p. 199.