

MEMENTO PRÁCTICO  
FRANCIS LEFEBVRE

**Bancario**

2010-2011

ACTUALIZADO A SEPTIEMBRE DE 2010

**MEMENTO PRÁCTICO BANCARIO**  
es una obra colectiva,  
realizada por iniciativa y bajo  
la coordinación de  
**Ediciones Francis Lefebvre**

**Directores**

Alfonso MELÓN MUÑOZ (Abogado del Estado)

Julio PERNAS RAMÍREZ (Abogado. Departamento Procesal y Arbitraje, Gómez-Acebo & Pombo)

**Autores**

Eva FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Abogada. Doctora en Derecho)

Iñigo GONZÁLEZ GARAGORRI (Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España)

M<sup>a</sup> Nieves PRIETO LAVÍN (Letrada del Banco de España)

Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA (Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Navarra. Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Navarra)

**Colaboradores**

Ángeles CANTÓN ÁLVAREZ (Técnico de Administración General. Ayuntamiento de Ourense)

Mariana DÍAZ-MORO PARAJA (Abogado. Departamento Fiscal, Gómez-Acebo & Pombo)

José María GARCÍA RODRÍGUEZ (Abogado. Bankinter, S.A.)

Lucas GONZÁLEZ OJEDA (Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España)

Miguel Alexander KRUSE TRIGO (Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España)

Carlos LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA (Abogado. Doctor en Derecho. Profesor de Universidad)

Jorge MARTÍN FERNÁNDEZ (Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España)

Manuel MARQUINA ÁLVAREZ (Juez. Primera Instancia e Instrucción nº 2 de O Carballiño)

Sergio MORALES ARIAS (Abogado)

Pablo PASCUAL HUERTA (Abogado. Experian España)

Pedro PERNAS RAMÍREZ (Registrador de la Propiedad de Jaca)

Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO (Doctora en Derecho. Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de La Rioja)

Javier TALEGÓN VÁZQUEZ (Abogado. Departamento Fiscal, Gómez-Acebo & Pombo Abogados)

Blanca TORRUBIA CHALMETA (Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Mercantil, Universitat Oberta de Catalunya)

**Nota.**— Los puntos de vista expresados en este Memento son los personales de los autores y colaboradores. No reflejan, necesariamente, los del Banco de España ni otros organismos públicos y ni el editor ni los autores aceptarán responsabilidades por el uso personal o profesional de las mismas.

© EDICIONES FRANCIS LEFEBVRE, S. A.

Santiago de Compostela, 100. 28035 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00. Fax: 91 210 80 01

[www.efl.es](http://www.efl.es)

Precio: 100,88 € (4% IVA incluido)

ISBN: 978-84-82612-90-1

Depósito legal: M-40102-2010

Impreso en España por Printing'94

Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

## Plan general

	<b>Número marginal</b>
Capítulo 1. Sistema financiero y Derecho bancario .....	10
Capítulo 2. Derecho público bancario .....	100
Capítulo 3. Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. ....	5700
Capítulo 4. Contratos bancarios .....	6300
Capítulo 5. Protección del consumidor bancario .....	9800
Capítulo 6. Garantías bancarias .....	11200
Capítulo 7. Procedimientos de recuperación de deuda y otros activos .....	13600
Capítulo 8. Clientela bancaria .....	15800
Capítulo 9. Protección de datos personales del cliente bancario .....	18200
Anexos .....	20000
Tabla alfabética	

## Principales Abreviaturas

<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>AEAT</b>	Agencia Estatal de la Administración Tributaria
<b>AEPD</b>	Agencia Estatal de Protección de Datos
<b>BCE</b>	Banco Central Europeo
<b>BCN</b>	Bancos Centrales Nacionales
<b>BE</b>	Banco de España
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CCC</b>	Código Civil de Cataluña
<b>CCom</b>	Código de Comercio
<b>CIRBE</b>	Central de Información de Riesgos del Banco España
<b>Circ</b>	Circular
<b>CNMV</b>	Comisión Nacional del Mercado de Valores
<b>D</b>	Decreto
<b>Dir</b>	Directiva
<b>DL</b>	Decreto Ley
<b>DLeg</b>	Decreto Legislativo
<b>DGRN</b>	Dirección General de los Registros y del Notariado
<b>DGTFP</b>	Dirección General del Tesoro y Política Financiera
<b>EEE</b>	Espacio Económico Europeo
<b>ET</b>	Estatuto de los Trabajadores (RDLeg 1/1995)
<b>ICAC</b>	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
<b>Instr</b>	Instrucción
<b>JC</b>	Juzgado contencioso administrativo
<b>JM</b>	Juzgado de lo mercantil
<b>LCC</b>	Ley cambiaria y del cheque (L 19/1985)
<b>LCCo</b>	Ley de crédito al consumo (L 7/1995)
<b>LCD</b>	Ley de defensa de la competencia (L 15/2007)
<b>LCGC</b>	Ley de condiciones generales de la contratación (L 7/1998)
<b>LCon</b>	Ley concursal (L 22/2003)
<b>LDIEC</b>	Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito (L 26/1988)
<b>LEC</b>	Ley de enjuiciamiento civil (L 1/2000)
<b>LECr</b>	Ley de enjuiciamiento criminal
<b>LGDCU</b>	Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (RDLeg 1/2007)
<b>LGP</b>	Ley general presupuestaria (L 47/2003)
<b>LGT</b>	Ley general tributaria (L 58/2003)
<b>LH</b>	Ley hipotecaria (L 8-2-1946)
<b>LHMPSD</b>	Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión (L 16-12-1954)
<b>LIVA</b>	Ley del impuesto sobre el valor añadido (L 37/1992)
<b>LIIC</b>	Ley de instituciones de inversión colectiva (L 35/2003)
<b>LIS</b>	Texto refundido de la ley del impuesto sobre sociedades (RDLeg 4/2004)
<b>LJCA</b>	Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (L 29/1998)
<b>LMH</b>	Ley de regulación del mercado hipotecario (L 2/1981)
<b>LMV</b>	Ley del mercado de valores (L 24/1988)
<b>LRJPAC</b>	Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (L 30/1992)
<b>LSA</b>	Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas (RDLeg 1564/1989)
<b>LSC</b>	Texto refundido de la Ley de sociedades de capital (RDLeg 1/2010)
<b>LSP</b>	Ley de servicios de pago (L 16/2009)
<b>LSSI</b>	Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (L 34/2002)
<b>NIC</b>	Norma Internacional de Contabilidad
<b>PGC</b>	Plan General de Contabilidad (RD 1514/2007)
<b>RD</b>	Real Decreto
<b>RDLeg</b>	Real Decreto Legislativo
<b>Resol</b>	Resolución

<b>RGPD</b>	Registro General de Protección de Datos
<b>Rgto</b>	Reglamento
<b>RH</b>	Reglamento hipotecario (D 14-2-1947)
<b>RN</b>	Reglamento notarial (D 2-6-1944)
<b>ROAC</b>	Registro Oficial de Auditores de Cuentas
<b>RRM</b>	Reglamento del Registro Mercantil (RD 1784/1996)
<b>SEBC</b>	Servicio Europeo de Bancos Centrales
<b>SEPBLAC</b>	Servicio Ejecutivo de Prevención del Blanqueo de Capitales
<b>SRBE</b>	Servicio Reclamaciones del Banco de España
<b>TEAC</b>	Tribunal Económico-Administrativo Central
<b>TCJ</b>	Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales
<b>TJCE</b>	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
<b>Tratado FUE</b>	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia

## CAPÍTULO 1

## Sistema financiero y Derecho bancario

## SUMARIO

A.	Sistema financiero .....	12
B.	Derecho bancario público y privado .....	30
C.	Fuentes del Derecho bancario .....	50

10

## A. Sistema financiero

Para entender el Derecho bancario, que pretende sistematizar este memento, hay que partir del concepto previo de **sistema financiero español**, que constituye la sustancia social que resulta, parcialmente, regulada por esa rama del Derecho.

12

Ese concepto, más económico que jurídico, puede ser definido como el **conjunto de instituciones** que canalizan el ahorro que generan las unidades de gasto con superávit hacia las de déficit (Vicent Chuliá). También puede definirse mediante una visión más amplia de sus funciones como conjunto de **autoridades, instituciones y mercados** que proporcionan a una economía:

- los mecanismos para canalizar el ahorro hacia la inversión;
- los medios de pago y la infraestructura que los soporta;
- la cobertura frente a determinados riesgos;
- el mecanismo de transmisión de la política monetaria.

De entre esas cuatro **funciones** señaladas, las que más nos interesan para el ámbito del presente Memento son las dos primeras. Podemos así hacer referencia a algunos de los **conceptos fundamentales** de este sistema que permitan sentar las bases para todas las instituciones y normas que se analizan en esta obra.

**Dinero** No es sino una mercancía que cumple dos **funciones** trascendentales en la economía: la de ser medio de cambio y la de ser unidad de valor.

14

El dinero supuso un invento revolucionario al suponer dos avances fundamentales que permiten pasar desde las sociedades de trueque hasta la economía con verdaderos mercados, esto es:

- crear **contratos de intercambio** más perfectos (compraventa en lugar de permuta); y
- crear el **concepto de capital** en cuanto a acumulación de valor o ahorro que no se materializa en cosas, sino que permite la circulación de la riqueza y, en definitiva, el entero sistema financiero al que nos estamos refiriendo.

Sólo las sociedades que reconocen el dinero son capaces de crear un sistema en el que se encuentren las personas que tienen un superávit y las que tienen un déficit para poder financiar las primeras a las segundas.

**Instrumentos de pago** Debe entenderse por tales cualquier medio que desencadena un cobro y un pago, es decir, representaciones jurídicamente admisibles del dinero.

15

Los instrumentos de pago se asemejan a los títulos valores, «medios de pago cartales» (Knapp), y constituyen puras **representaciones ideales** del valor del dinero, lo que significa que el soporte físico de esa representación o no tiene ningún valor (caso del billete) o tiene un valor muy inferior al nominal que representan (monedas de curso legal).

Así son **ejemplos** de instrumentos o medios de pago las tarjetas de crédito, los cheques, los recibos, las transferencias...

Como es evidente, el sistema financiero y, en concreto, el sector de las **entidades de crédito** son los mayores proveedores de instrumentos de pago de nuestro país.

No obstante, la creación de medios de pago era cuestión no regulada hasta hace muy poco en nuestro ordenamiento, pero lo ha sido en virtud de la armonización europea a través de la Dir 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13-11-07, sobre **servicios de pago en el mercado interior**. Los objetivos de esta armonización son los siguientes:

- Garantizar que los pagos realizados en el **ámbito de la Unión Europea** –en concreto, las transferencias, los adeudos directos y las operaciones de pago directo efectuadas mediante tarjeta– pue-

dan realizarse con la misma facilidad, eficiencia y seguridad que los pagos nacionales internos de los Estados miembros.

- El reforzamiento y protección de los **derechos de los usuarios** de los servicios de pago y facilitar la aplicación operativa de los instrumentos de la zona única de pagos en euros, lo que se ha denominado SEPA («Single Euro Payments Area»), que se ha de desarrollar por la industria privada con el impulso del Banco Central Europeo y de los bancos centrales nacionales.
- Estimular la **competencia** entre los mercados nacionales y asegurar igualdad de oportunidades para competir. En esta línea, se permite la creación de nuevas entidades de pago que, sin perjuicio de que cumplan importantes exigencias y garantías para su funcionamiento, puedan representar una ampliación de los proveedores de servicios de pago.
- Aumentar la **transparencia** en el mercado, tanto para los prestadores de los servicios como de los usuarios.

## 16

Por tanto, la creación de medios de pago y, en general los servicios de pago, quedan hoy regulados en la L 16/2009. En concreto, el ámbito objetivo de la ley es el de los **servicios de pago**, entendiendo por tales (L 16/2009 art.1.2):

- a)** Los servicios que permiten el **ingreso de efectivo** en una cuenta de pago y todas las operaciones necesarias para la gestión de la propia cuenta de pago.
  - b)** Los servicios que permiten la **retirada de efectivo** de una cuenta de pago y todas las operaciones necesarias para la gestión de la propia cuenta de pago.
  - c)** La ejecución de **operaciones de pago**, incluida la transferencia de fondos, a través de una cuenta de pago en el proveedor de servicios de pago del usuario u otro proveedor de servicios de pago:
    1. Ejecución de **adeudos domiciliados**, incluidos los adeudos domiciliados no recurrentes.
    2. Ejecución de operaciones de pago mediante **tarjeta de pago** o dispositivo similar.
    3. Ejecución de **transferencias**, incluidas las órdenes permanentes.
  - d)** La ejecución de operaciones de pago cuando los fondos estén cubiertos por una **línea de crédito** abierta para un usuario de servicios de pago:
    1. Ejecución de **adeudos domiciliados**, incluidos los adeudos domiciliados no recurrentes.
    2. Ejecución de operaciones de pago mediante **tarjeta de pago** o dispositivo similar.
    3. Ejecución de **transferencias**, incluidas las órdenes permanentes.
  - e)** La emisión y adquisición de **instrumentos de pago**.
  - f)** El **envío de dinero**.
  - g)** La ejecución de operaciones de pago en las que se transmita el consentimiento del ordenante a ejecutar una operación de pago mediante **dispositivos de telecomunicación**, digitales o informáticos y se realice el pago a través del operador de la red o sistema de telecomunicación o informático, que actúa únicamente como intermediario entre el usuario del servicio de pago y el prestador de bienes y servicios.
- Se establecen, no obstante, una serie de **excepciones**, que no quedan sometidas a esta regulación (L 16/2009 art.3).

## 17

Pues bien, estas actividades ya no se pueden ejercitar libremente, sino que quedan reservadas a las siguientes **entidades** (L 16/2009 art.4):

- Las entidades de crédito
  - Las entidades de dinero electrónico (RDLeg 1298/1986 art.1.1.b).
  - Las entidades de pago.
  - La Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA, respecto de los servicios de pago para cuya prestación se encuentra facultada en virtud de su normativa específica.
- La novedad la constituyen, por lo tanto, las **entidades de pago**, figura que aunque queda regulada en la propia L 16/2009 y en el RD 712/2010, todavía no queda suficientemente clarificada y distinguida de otras figuras, ya que no pueden ni captar depósitos del público ni emitir dinero electrónico limitándose a la realización de los concretos servicios de pago para los que hayan sido autorizadas (L 16/2009 art.6). Parece, por tanto, que su aplicación práctica se limita fundamentalmente a las «remesadoras» esos establecimientos destinados a envíos de divisa al extranjero.

## 18

Dentro de los instrumentos de pago hay una distinción fundamental entre los que tienen pleno **poder liberatorio** y los que no. Esta distinción parte del CC art.1170, según el cual el pago de las deudas de dinero debe hacerse en la especie pactada (p.e. divisa extranjera) y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España. Eso no quiere decir que limite el pago a esos medios, pues la entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo produce los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado y, entretanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.

Los medios de pago que tienen **pleno poder liberatorio** son sólo, a falta de pacto especial entre las partes, los billetes y monedas de curso legal en España, que son en realidad comunes a todos los países del sistema del euro. Estos medios no se pueden rechazar por el acreedor (que entraría en mora) y suponen el cumplimiento íntegro del deudor dinerario.

Los **otros medios de pago** son principalmente los «bancarios», que coinciden con los recogidos en L 16/2009 art.1.3, siendo creados por las entidades que, según hemos visto, tienen reservada la actividad de los servicios de pago (nº 17). Las transferencias, los recibos domiciliados, los pagos con tarjetas de débito o crédito son ejemplos de pagos con dinero bancario.

Y, por supuesto, cualesquiera otros medios de pago **que instrumenten las partes**, en particular los títulos valores (CC art.1170), que, a excepción del cheque, no requieren –aunque es frecuente– la intervención de los bancos. Estos no requieren la intervención de las entidades señaladas, al entrar dentro de las exenciones objetivas recogidas en L 16/2009 art.3.

Esos medios de pago bancarios nos llevan a otro concepto relacionado, el de los **sistemas de pago**, constituido por las infraestructuras (sistemas informáticos, conexiones telemáticas, programas, sistemas de compensación y liquidación...), y los procedimientos (normas, controles, etc.) que hacen efectivos los movimientos de fondos, es decir, que movilizan el dinero bancario en el sistema, llevándolo desde la cuenta del ordenante hasta el beneficiario. También la L 16/2009 ha dotado de un cierto régimen normativo a esta materia previamente no regulada. Destaca el tratamiento del acceso a los sistemas de pago en condiciones de igualdad (L 16/2009 art.5).

**Instrumento financiero** Contrato en el que los ahorradores materializan su **ahorro**, con una expectativa de rentabilidad, riesgo y plazo. Como hemos visto, no es posible llegar al instrumento financiero hasta que la economía tiene el concepto de dinero que permite acumular la riqueza con la que unas unidades (ahorradores) financian a otras (gastadores/inversores).

Así son **ejemplos** de instrumentos financieros, los depósitos bancarios, las acciones en que organiza el capital de las sociedades o las obligaciones que emiten las empresas para financiarse.

Aunque en un instrumento financiero siempre subyace un **contrato de financiación**, muchas veces se manifiesta al mundo jurídico en su aspecto externo de título valor (o anotación en cuenta).

Los instrumentos financieros pueden adquirirse por las unidades con superávit en el momento de su emisión, financiando directamente al emisor del instrumento, hablamos entonces de **mercado primario**. Pero también algunos instrumentos, los que son «negociables», se pueden comprar en el mercado una vez emitidos, suponiendo una cesión de las distintas posiciones en ese contrato de financiación, pero no personalizada e individualizada sino con el anonimato, liquidez y carácter masivo, propios de un mercado organizado. Hablamos entonces de **mercado secundario**.

**Intermediario financiero** Profesional que normalmente emplean los ahorradores que materializan su ahorro, y las unidades de gasto deficitarias (gastadores/inversores) para ponerse en contacto entre ellas. En efecto, la **canalización del ahorro hacia la inversión** se puede producir de varias formas: mediante contacto directo, mediante los mediadores, mediante el contacto a través de los mercados financieros y mediante la intermediación financiera.

Ejemplos de **contacto directo** son las emisiones de obligaciones directas al público, búsqueda de accionistas (o partícipes) en sociedades que no cotizan, o la instrumentación de aplazamientos de pago con proveedores (títulos valores como las letras o pagares).

También es posible intermediación no de un sujeto sino de un mercado (p.e. la bolsa). Esto da lugar a toda una problemática jurídica, el Derecho de los **mercados financieros**, que excede del ámbito de este Memento.

En cambio, nos interesa centrarnos en los intermediarios financieros que son empresas que toman **posición propia en el mercado**. Aceptan inversiones y facilitan financiaciones, transformando productos y asumiendo los riesgos de la inversión. Son la máxima expresión de adaptación a las necesidades de los agentes. Se diferencian, por tanto, de los meros mediadores, que solo ponen en contacto a las partes que ofrecen y demandan financiación (como los mediadores de banca o de seguros).

Se dice que los intermediarios **transforman los instrumentos financieros**, puesto que toman dinero prestado de los inversores con unas determinadas características de cantidad y plazo y lo prestan a aquellos que necesitan financiación con otras características de cantidad, precio y plazo, que se ajusten a sus concretas necesidades. Por eso, el paradigma de estos intermediarios son los bancos, que despliegan una gran variedad de operaciones pasivas y activas para adecuarse a las necesidades personales de todos los sujetos en el mercado de la financiación.

**Áreas financieras** El sistema financiero español se puede subdividir en tres grandes ámbitos donde los instrumentos financieros y los medios de intermediación son completamente distintos:

19

20

21

22



**a)** El **área de crédito**, que reúne aquellas entidades financieras cuya actividad está relacionada con la financiación de las empresas, particulares y sector público. Entre ellas se encuentran los intermediarios más relevantes en el sistema financiero español: las entidades de crédito.

**b)** El **área de valores**, que agrupa a las entidades cuya actividad gira en torno a los mercados financieros (de emisión y negociación) de valores, como las bolsas, mercados de futuros, de deuda pública, etc. Esta actividad coincide en lo esencial con el concepto de **servicios de inversión**, derivado de la normativa comunitaria que supone que en esta área, como en la bancaria, exista una reserva de actividad, en este caso a las empresas de servicios de inversión.

**c)** El **área de seguros**. La existencia de incertidumbre es la base del negocio asegurador. La compañía aseguradora cobra una prima a sus clientes, que invierte hasta que debe reembolsar los siniestros. La aseguradora capta fondos en una cuantía, obligándose a indemnizar al asegurado en caso de siniestro.

También esta área está reservada en exclusiva a ciertas entidades, las compañías aseguradoras, sin que sea permeable a las entidades de crédito (que, en cambio, pueden participar del área de valores en cuanto empresas de servicios de inversión).

**24** **Supervisores financieros** El sistema financiero español se caracteriza por una fuerte **intervención pública** para evitar los abusos y falta de información que se han producido en todos estos mercados financieros (en distintos países y momentos históricos, ocasionando una fuerte conmoción social e incluso directamente una crisis de la economía real, como el «Crack del 29» o la «Crisis Subprime»).

En realidad, esa intervención tiene **distintos mecanismos** para proteger al público (el normativo, los fondos de cobertura de las inversiones, etc.) pero el mecanismo de crear un organismo público de supervisión se ha mostrado siempre como el más eficaz.

Los supervisores son, por tanto, las **autoridades públicas** encargadas de velar por el adecuado funcionamiento del sistema financiero. Esta función comprende la verificación del cumplimiento de las normas, pero no se agota en esta revisión, si no que es más amplia y compleja.

La supervisión financiera en España está organizada en torno a tres autoridades –Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores y Dirección General de Seguros–, que tienen competencia, en las respectivas áreas financieras descritas (nº 22).

## B. Derecho bancario público y privado

**30** El Derecho bancario es una disciplina que puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que se refieren a la **actividad de los bancos** (Garrigues). Esta definición requiere una serie de precisiones:

**a.** Se trata de un **Derecho puramente subjetivo**, como lo era en su origen el Derecho mercantil. Se crea en torno a unos sujetos determinados, cuya actividad es objeto de una atención especial por el legislador, jurisprudencia y doctrina; eso dando por hecho que ese Derecho bancario tenga autonomía como disciplina jurídica lo que, como veremos, es muy discutible. Eso sí, su importancia en el tráfico económico es trascendental.

**b.** El sujeto de esta rama del Derecho se identifica, actualmente, con la **entidad de crédito**. El concepto de entidad de crédito se establece como toda empresa que tenga como actividad típica y habitual captar fondos del público aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza (LDIEC art.39).

**c.** Se trata de una disciplina jurídica que, aunque se pueda configurar como **autónoma**, participa fundamentalmente del Derecho mercantil y también del Derecho administrativo (incluyendo el comunitario europeo). Por eso, más que una disciplina autónoma la entendemos como una **perspectiva de análisis** de todo el ordenamiento jurídico español, mediante una selección y sistematización de toda la normativa de interés para los bancos y otras entidades de crédito y sus clientes. Así, desde su creación, se distinguió un **doble aspecto** del Derecho bancario, diferenciando entre normas que afectan a la institución bancaria, o mejor a las entidades de crédito, y normas que afectan a la actividad crediticia que éstas desarrollan (Garrigues). Esto nos permite distinguir entre Derecho público y Derecho privado bancario.

**32** **Derecho público bancario** Se encuentra integrado por todas las normas que regulan los bancos en cuanto **instituciones**, sujetos del tráfico jurídico-económico.

Esto nos lleva principalmente a normas de **Derecho administrativo** (ya que no se trata de una actividad que se pueda ejercitar en total libertad), pero también ciertas normas de **Derecho mercantil y civil**, por ejemplo porque los bancos deben adoptar, por ley, la forma de sociedades anónimas (nº 922), por lo que su normativa resulta aplicable con ciertas adaptaciones.

**Derecho privado bancario** Se refiere a la **actividad comercial** desplegada por los bancos: su tráfico jurídico. En esencia, los contratos bancarios.

No es sino una rama del **Derecho de los contratos mercantiles**, pero esa actividad se encuentra también regulada por diversa normativa administrativa y de derecho de consumidores.

El Derecho privado bancario se sistematiza partiendo de la tradicional distinción de la actividad bancaria en tres grandes **ámbitos**: operaciones pasivas, activas y neutras (ver nº 6300 s.). Se trata por tanto de agrupar los contratos bancarios en tres grandes bloques.

**Operaciones pasivas** Son aquellas a través de las cuáles la entidad de crédito **capta fondos del público** que luego transformará en instrumentos de financiación de gastadores e inversores. Se trata de aquellas operaciones propias de la actividad bancaria en la que la entidad de crédito celebra contratos privados con sus clientes para esta captación, fundamentalmente hoy los distintos depósitos sean a la vista (en la cuenta corriente) o a plazo, así como la titulización –en sentido amplio– de sus operaciones activas (principalmente hipotecarias).

No obstante, las entidades de crédito tienen **otros medios de financiación** alternativos a sus operaciones pasivas tradicionales:

- Los recursos de financiación tanto propia como ajena **específica de su forma societaria**: emisión de acciones y obligaciones por el banco como sociedad anónima; emisión de cuotas participativas por las cajas de ahorro.
- Los instrumentos de financiación **propios de los mercados interbancarios** o de emisión por el Banco Central Europeo.

**Operaciones activas** Son aquellas en las cuáles la entidad de crédito aplica esos fondos captados del público, por cuenta propia, para la **financiación de gastadores e inversores**.

Los **instrumentos tradicionales** son el préstamo, el crédito, el leasing, y el descuento, en sus distintas modalidades (p.e. el factoring no es sino un descuento unido a una gestión de cobro).

También la cooperación a la empresa-cliente del banco para que pueda desarrollar su tráfico ordinario, cuando ciertos terceros le exigen algún tipo de **garantía** u instrumento que les proporcione confianza. Así el banco puede colaborar con su empresa-cliente mediante la emisión de **avales** que se le requieren por las Administraciones y otros terceros clientes o proveedores suyos; o cooperando a la creación de **instrumentos de pago** por el cliente –cheques, pagarés domiciliados, tarjetas de crédito, créditos documentarios– en cuanto estos instrumentos no tengan pleno soporte de fondos en sus cuentas o suponga de cualquier forma anticipo o una responsabilidad del banco más allá de hacer entrega de fondos contra los saldos o depósitos en una cuenta corriente.

**Operaciones neutras** Son aquellas en las cuáles la entidad de crédito no realiza su actividad típica de intermediación entre ahorradores e inversores, asumiendo el riesgo en esta intermediación. Es decir, no hay financiación por ni por la entidad de crédito ni por el cliente. Son todas aquellas **operaciones complementarias** que se prestan al cliente bancario en torno a tres grandes ámbitos:

- a) El denominado **servicio de caja**, que básicamente supone ayudar al cliente en sus pagos pero sin anticipo de dinero, con compensación de sus saldos bancarios –transferencias, domiciliaciones, instrumentos domiciliados con fondos–.
- b) La mediación en la **venta de otros instrumentos financieros** que no le son propios –valores negociables, seguros–.
- c) Los **contratos de custodia** que no sean depósito irregular de dinero –depósito de valores, cajas de seguridad, escrows como tercero depositario imparcial–.

## C. Fuentes del Derecho bancario

La cuestión de las fuentes del Derecho bancario es un problema tradicional de quienes intentan mantener su autonomía como disciplina. En realidad, el Derecho bancario, más que de un Derecho autónomo, constituye una perspectiva (basada en el sujeto bancario) de aproximación a **dis-**

**tintas ramas del ordenamiento jurídico**, buscando todas las normas e instituciones de interés para las entidades de crédito.

Por tanto, las fuentes del Derecho bancario no son únicas y deben ser tratadas distinguiendo las dos grandes áreas señaladas: Derecho público y privado bancario.

- 52 Fuentes de Derecho público** Con las salvedades vistas, que nos remiten a reglas generales institucionales de Derecho civil y mercantil, sobre todo al Derecho societario (nº 67), son las propias de todo el Derecho administrativo:
- 54 Constitución** Presenta unos rasgos singulares como fuente:
- **Aplicación directa** (Const art.9.1, con la peculiaridad de Const art.53).
  - **Eficacia derogatoria** plena (Const disp.derog.3ª).
  - Es la fuente que regula las **otras fuentes** del Derecho: regula de forma completa el procedimiento legislativo y las bases de la Administración pública y del Poder judicial.
  - **Superlegalidad material**. Toda norma se debe ajustar a la Constitución (Const art.9.1; LRJPAC art.51), velando por esta primacía tanto el Tribunal Constitucional –cuando se le plantea un recurso de inconstitucionalidad– como los jueces ordinarios a través de la cuestión de constitucionalidad que plantean al Tribunal Constitucional cuando creen puede haber dudas de inconstitucionalidad en la norma que deben aplicar.
  - **Superlegalidad formal**, no pudiendo ser modificada o derogada por ninguna otra norma sino a través de referéndum. Aunque veremos que la propia Constitución deja la puerta abierta a una cierta superioridad del Derecho internacional y comunitario europeo
  - Finalmente, todo el **ordenamiento jurídico** debe interpretarse a la luz del texto constitucional.
- 55 Tratados internacionales** (Const art.96.1; CC art.1.5) Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no son de **aplicación directa** en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado. Los tratados, pues, no son fuentes primarias del Derecho interno. Son una **fuentes secundaria**, que sólo adquiere valor vinculante mediante su **recepción e incorporación** formal al Derecho interno. Eso sí, una vez admitida tienen preferencia sobre cualquier otra norma jurídica incluso, en cierto modo la Constitución, ya que se supone que sólo se incorporan una vez se ha declarado su compatibilidad con dicha norma y suponen una cesión parcial de la soberanía en un acuerdo bilateral o multilateral con otras naciones soberanas.
- 57 Derecho comunitario europeo** La adhesión de España a las Comunidades Europeas determina que constituyan fuentes de nuestro Derecho las fuentes del Derecho comunitario (tratados básicos, reglamentos, directivas, decisiones, etc.). El ordenamiento comunitario es **íntegramente aplicable** en España conforme a dos principios básicos:
- 1. Efecto directo.** Las normas comunitarias son directamente aplicables desde que se promulgan en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (actualmente de la Unión Europea), vinculan al Estado y a los particulares, y pueden ser directamente invocadas ante los tribunales de justicia (TJCE 9-3-78 asunto Simmenthal).  
En realidad, ese efecto no es total salvo en los **reglamentos** comunitarios, ya que, aunque las directivas puedan tener un cierto efecto directo, están concebidas para entrar en los ordenamientos nacionales a través de la transposición.
  - 2. Primacía** del Derecho comunitario. Los Estados miembros no pueden hacer prevalecer, frente al ordenamiento comunitario aceptado por todos, normas de carácter unilateral, por lo que, en caso de **conflicto** entre el Derecho comunitario y el Derecho interno, debe prevalecer el primero (TJCE 15-7-54, asunto Costa-Enel).  
En este sentido las normas comunitarias se ponen en ese difícil escalón que precede a la Ley, donde conviven, de un lado, con la Constitución y su desarrollo en estatutos de autonomía y leyes orgánicas; y, de otro, con las normas internacionales; sin que sea fácil precisar cuál es superior a cuál, dependiendo de la perspectiva del órgano que la aplique, si es comunitario europeo o administrativo o judicial español.
- 59 Legislación nacional** La ley, en sus distintas especies de orgánica, presupuestaria, ordinaria, decreto-ley, decreto legislativo, se caracteriza por emanar (o ser ratificada) por el **poder legislativo** identificado con las Cortes españolas.  
Su clasificación y estudio excede de este Memento, solo señalar que la ley debe ajustarse a todas las fuentes anteriormente señaladas (Constitución, tratados internacionales, Derecho comunitario) y, en su caso, las demás modalidades a la ley orgánica.  
En cambio, la ley tiene primacía sobre todas las normas de rango inferior.
- 60 Legislación autonómica** A partir de la Constitución y de la creación del Estado de las autonomías debe recordarse que el poder estatal no es el único sujeto que dicta las normas escritas.

También las **comunidades autónomas** tienen potestad legislativa, con lo que, junto al ordenamiento normativo estatal, coexisten los diversos ordenamientos autonómicos, cuya mutua relación viene regida por el **principio de competencia**: cada ente público sólo puede crear normas dentro del ámbito de competencia que la Constitución le reconoce (TCo 13-2-81).

No hay aquí, por tanto, una relación de jerarquía sino de **reparto de materias** competenciales.

**Normas reglamentarias** Son un desarrollo por la Administración de las normas legales, como una de las manifestaciones del **poder ejecutivo**.

Los reglamentos se rigen por una serie de **principios**:

**a)** La sumisión a las **normas superiores**, que se plasma en varios preceptos:

- Las disposiciones administrativas no pueden vulnerar la **Constitución** o las leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los estatutos de autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas (LRJPAC art.51).

- Se sanciona con la **nullidad** a las disposiciones que regulen las materias reservadas a la Ley (LRJPAC art.62.2).

- Los reglamentos no pueden regular materias objeto de **reserva de Ley**, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la Ley, no pueden tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público (L 50/1997 art.23.2).

**b)** La **jerarquía normativa** entre las propias normas reglamentarias:

- Carecen de validez las disposiciones que contradigan otra de **rango superior** (CC art.1.2).

- Ninguna disposición administrativa puede vulnerar los preceptos de otra de rango superior y las disposiciones administrativas se deben ajustar al **orden de jerarquía** que establezcan las leyes (LRJPAC art.51.2 y 3).

- Por su parte se señala la siguiente **jerarquía y competencia** entre y para las normas reglamentarias (L 50/1997 art.23.3 y 25):

1. Disposiciones aprobadas por **real decreto** del presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros.

2. Disposiciones aprobadas por **orden ministerial**.

**c)** El **principio de competencia** porque, como hemos visto, en nuestro ordenamiento existen distintas Administraciones con competencia normativa.

En concreto y dentro de la Administración General del Estado, el **Banco de España** tiene una potestad normativa propia que establece dos tipos de normas, las circulares y circulares monetarias. Dichas normas quedan sometidas solo a la ley y se relacionan con el resto de normas reglamentarias por el principio de competencia. Se establece también un **procedimiento normativo** propio y se dispone que su impugnación se hará de manera directa ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (L 13/1994 art.3).

**d)** El **principio de inderogabilidad singular**. Las resoluciones administrativas de carácter particular no pueden vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquellas tengan igual o superior rango a éstas (LRJPAC art.52.2; L 50/1997 art.23.4).

**e)** La **impugnación** ante la jurisdicción contencioso administrativa, para el caso de que dichos reglamentos no se ajusten a la legalidad y, en particular, a los principios mencionados.

Es decir, si la norma no se ajusta a las normas legales u otras normas reglamentarias superiores o no se han seguido las normas de competencia y procedimiento para su nacimiento, se puede acudir a la vía judicial mediante un **recurso contencioso administrativo** directo ante el órgano de la jurisdicción contencioso administrativa competente en cada caso.

**Fuentes de Derecho privado** Parten de dar solución a una única duda: si todas las operaciones bancarias deben considerarse actos de comercio sometidos al **régimen del Derecho mercantil**. Esta es la posición prácticamente unánime de la doctrina (Garrigues, Uría, Vázquez Iruzubieta; con la excepción de Vicent Chuliá) y es posición que sigue manteniendo el legislador como ha demostrado al integrar las formas notariales de los corredores de comercio en el cuerpo único de notarios (la póliza siempre es aplicable a las operaciones bancarias -nº 13140 s.-).

Todo esto nos remite a los problemas generales de las fuentes del Derecho mercantil y, por tanto, al **orden de prelación** de fuentes establecido en el Código de Comercio (CCom art.2):

1º. La ley mercantil.

2º. Los usos del comercio.

3º. El Derecho común.

62

64

65

67

En principio, parece resuelto el problema, si no fuera porque el mismo Código de Comercio dispone que los **contratos mercantiles**, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y la capacidad de los contratantes, se rigen, en todo en lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas especiales del Derecho común (CCom art.50).

69

A primera vista, no parece que exista **concordancia** entre ambos preceptos. El CCom art.2 se refiere a los actos de comercio y no habla de las leyes especiales, el CCom art.50, por su parte, se refiere a los contratos y no menciona los usos del comercio a los que aquél coloca antes del Derecho común. Caben dos soluciones para resolver esta aparente discrepancia:

**a) Separar el ámbito de aplicación** de ambos artículos. Así, es preciso distinguir (González Ordóñez):

1. Los **actos de comercio**, regidos por el CCom art.2.
2. Los **contratos mercantiles**, regidos por el CCom art.50.
3. El **resto de la materia mercantil**, a la que se aplica el CC art.4.3 (las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes).

**b) Unificar su ámbito de aplicación.** Esta postura, más respetuosa que la anterior con el mandato del legislador, está defendida por otros autores (entre ellos, Vicente y Gella), para quienes el CCom art.50 no altera el orden de prelación de fuentes establecido en el CCom art.2, sino que quiere poner de manifiesto la existencia de un **Derecho privado general**, ni civil ni mercantil, que se aplica a las relaciones mercantiles, no como derecho supletorio, sino en rango primario, a menos que exista una norma expresa del Código de Comercio sobre el mismo particular. Este Derecho privado general no admite derogación por el uso (de ahí que lo posponga), porque no sería admisible, por ejemplo, que un uso de comercio diera validez al pacto que excluye la responsabilidad por dolo.

70

Por tanto, el problema del sistema de fuentes del Derecho contractual mercantil y, por tanto, el de las operaciones bancarias, queda reducido al papel y prelación que corresponde a los **usos de comercio**.

- Como usos normativos sólo se aplican **en defecto de ley mercantil**, sea ésta imperativa o dispositiva. El uso «contra legem» no será válido cuando la ley sea imperativa, aunque sí podrá admitirse cuando la ley contra la que vaya tenga carácter dispositivo.
- Los usos de comercio **preceden al Derecho común** en la regulación de la materia mercantil, aunque en el caso del artículo dependerá de la solución que se adopte en el conflicto mencionado entre CCom art.2 y 50.

• Se trata de **usos locales**, por razón del territorio de aplicación, y la norma se refiere a los usos del comercio observados generalmente en cada plaza (CCom art.2)», nada impide que pueda tratarse de usos de ámbito geográfico más extenso (regionales, nacionales, internacionales).

De otro lado, se plantea si las **condiciones generales** de los contratos bancarios son o no una fuente formal autónoma de éstos. Esta corriente está hoy descartada, aunque es cierto que las condiciones generales de la contratación tienen una importancia vital para el Derecho bancario, gozando de normativa propia y un tratamiento específico en este Memento (nº 9800 s.).

Por último, no hay que olvidar la primacía en esta materia, como en cualquiera otra de nuestro ordenamiento, de la Constitución, el Derecho comunitario europeo y los tratados internacionales, según se ha expuesto en el nº 52 s.

## CAPÍTULO 2

## Derecho público bancario

100

SUMARIO	
Sección 1. Autoridades reguladoras y supervisoras .....	102
Sección 2. Entidades de crédito en España .....	845
Sección 3. Régimen de creación, fusión y extinción de entidades de crédito .....	1125
Sección 4. Régimen de expansión .....	1650
Sección 5. Obligaciones contables .....	1825
Sección 6. Obligaciones de control y gobierno corporativo .....	2080
Sección 7. Coeficiente de solvencia .....	2875
Sección 8. Coeficiente de reservas mínimas .....	3700
Sección 9. Control de participaciones significativas y otros .....	3825
Sección 10. Régimen de altos cargos y control de accionistas .....	4025
Sección 11. Régimen sancionador .....	4200
Sección 12. Medidas excepcionales. FROB .....	4450
Sección 13. Fondos de garantía de depósitos .....	4725
Sección 14. Fondo de garantía de inversiones .....	4875
Sección 15. Ejecución de la política monetaria .....	5075

## SECCIÓN 1

## Autoridades reguladoras y supervisoras

102

SUMARIO	
A. Organismos y estándares internacionales .....	115
B. Regulación e instituciones de la UE .....	165
C. Autoridades europeas: Banco Central Europeo (BCE) y Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) .....	200
D. Banco de España .....	445
E. Comunidades autónomas .....	780
F. Otras autoridades supervisoras y reguladoras españolas .....	820

**Regulación prudencial** La actividad financiera es objeto de una regulación especial y una supervisión administrativa en todo el mundo desarrollado que condiciona su operativa diaria. De la extensa literatura que justifica la existencia de la regulación y supervisión públicas de este sector, quizá sea suficiente para aceptar la procedencia de dichas regulación y supervisión retomar los argumentos siguientes:

104

**1)** En primer lugar, se considera que la **estabilidad de los mercados e instituciones financieras** es un bien de interés público que debe ser protegido, como muestran dos reflexiones. La primera, el gran aporte que supone al buen funcionamiento de una economía y a la creación de riqueza el adecuado funcionamiento de los mecanismos que permiten a las empresas y a los particulares financiar su inversión, su circulante y su consumo. Es difícilmente concebible una economía desarrollada sin facilidad de acceso al crédito.

**2)** En segundo lugar, parece evidente que el **ahorro de las empresas y las familias**, materializado en buena medida en activos financieros –ya sean depósitos en bancos, fondos de inversión, fondos de pensiones, o valores negociables–, debe ser objeto de protección pública. No se trata de evitar las pérdidas derivadas del riesgo que asumen los inversores, sino de proteger a los inversores regulando la información de la que deben disponer a la hora de invertir, promoviendo la estabilidad y buen funcionamiento de las entidades implicadas, y limitando los riesgos a los que están expuestos.

**3)** Por último, como se ha hecho evidente en los últimos años, hay que considerar el enorme coste que tienen las **crisis financieras**. Los multimillonarios planes de rescate y el contagio de los problemas del sector financiero a la economía real, por ejemplo mediante la restricción de la finan-

ciación a particulares y empresas, son ejemplos recientes del valor de preservar la estabilidad financiera.

105

Lo anterior trata de justificar algo que es una realidad incontestable: los Estados consideran la estabilidad financiera objeto de protección, y establecen una regulación y supervisión pública de la misma. De una forma conceptual, se puede agrupar esta **intervención pública** en el sector financiero en las siguientes áreas:

- Control de acceso, expansión y cese de la actividad.
- Normas de comportamiento de los agentes y de control.
- Normas de protección a la clientela y condiciones de la contratación.
- Normas de prevención del uso del sistema financiero para la comisión de delitos.
- Supervisión de la actividad financiera.
- Régimen de infracciones y sanciones.
- Medidas excepcionales para casos en los que la estabilidad financiera, individual o sistémica, se vea comprometida.

La regulación y supervisión financiera son denominadas frecuentemente prudenciales, el motivo está a la vista en la anterior relación de áreas: pretenden configurar un marco que evite situaciones problemáticas antes de que se produzcan, se trata por tanto, de **actuaciones «a priori»**, reforzadas con un régimen sancionador que da fuerza y eficacia al resto de normas y con un conjunto de herramientas para **casos de emergencia**, para los casos en los que la supervisión y regulación prudencial no eviten situaciones de inestabilidad financiera o amenazas a la misma.

107

**Pluralidad de reguladores y supervisores** La actividad financiera tiene una dimensión que escapa de las jurisdicciones habituales. Conviven en un mismo mercado microentidades de carácter meramente local, otras de ámbito autonómico, entidades que operan en gran parte de un Estado, y en el extremo, entidades multinacionales con importante presencia en todas las plazas financieras relevantes del mundo.

Además, las entidades de crédito son participantes en otros segmentos del negocio financiero, que cuentan con su regulación –y frecuentemente supervisión– diferenciada. Se trata de la actividad de prestación de servicios de inversión y la actuación en los mercados financieros, así como la actividad aseguradora.

Lo anterior ocasiona que exista una pluralidad de reguladores y supervisores. En el **ámbito internacional** la regulación y las prácticas supervisoras se homogenizan mediante la elaboración de estándares por instituciones con capacidad técnica y prestigio para ello. Su valor jurídico está condicionado a la adopción de dichos estándares por los Estados, pero sin lugar a dudas constituyen una pieza importante en el marco de la regulación financiera, que intenta superar la problemática derivada de la actuación de los grupos financieros en distintas jurisdicciones nacionales.

En el **ámbito europeo**, la construcción de un mercado financiero –y, por tanto, bancario– único ha sido uno de los objetivos de la UE. Las especiales características de este sector aconsejaron a la UE la adopción de una estrategia específica de regulación, que asegurara la calidad de las normas, la consistencia en la aplicación, y la agilidad a la hora de adoptar normativa y modificar la ya existente. En este ámbito europeo la introducción del euro supuso la creación de un banco central para la UE, el Banco Central Europeo (BCE), de funciones relevantes para el funcionamiento de los mercados financieros europeos.

En el **ámbito interno** el Banco de España ocupa un papel central en la regulación y supervisión de las entidades de crédito, compartiendo protagonismo con las comunidades autónomas que, en el marco constitucional de reparto de competencias, han ido asumiendo las que les corresponden sobre las cajas de ahorro y cooperativas de crédito.

Por último, habrá que referirse a otras autoridades supervisoras y reguladoras no bancarias, en tanto en cuanto tengan competencia sobre la actividad de entidades bancarias.