

GUILLERMO J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ
ALBERTO DÍAZ MORENO
(Coords.)

DERECHO MERCANTIL

VOLUMEN 7.º

La contratación bancaria

Segunda edición en Marcial Pons
Decimoquinta edición actualizada

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2013

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	13
LISTA DE ABREVIATURAS	15
CAPÍTULO 1. LOS PROTAGONISTAS DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA , por Luis María MIRANDA SERRANO	25
I. LOS PROTAGONISTAS DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA: PRESENTACIÓN	25
II. LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN SENTIDO ESTRICTO: LOS BANCOS, LAS CAJAS DE AHORROS Y LAS COOPERATIVAS DE CRÉDITO	26
A) Los bancos.....	27
B) Las cajas de ahorro	28
C) Las cooperativas de crédito.....	31
III. LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN SENTIDO AMPLIO: LOS ESTABLECIMIENTOS FINANCIEROS DE CRÉDITO	31
IV. ASPECTOS COMUNES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO	33
V. LOS ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO: LA PÉRDIDA DE RELEVANCIA DEL BANCO DE ESPAÑA EN FAVOR DEL BANCO CENTRAL EUROPEO	34
VI. EL FONDO DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS	36
<i>Indicación bibliográfica</i>	37
CAPÍTULO 2. OPERACIONES Y CONTRATOS BANCARIOS , por Luis María MIRANDA SERRANO.....	39
I. LOS CONTRATOS BANCARIOS COMO CATEGORÍA SISTEMÁTICA DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL: NOCIÓN, CARACTERES Y ESPECIALIDADES EN MATERIA DE FUENTES	39
A) Noción	39
B) Caracteres.....	42
C) Fuentes	50

	<u>Pág.</u>
II. LA PROTECCIÓN DEL CLIENTE BANCARIO: LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA DE LOS SERVICIOS BANCARIOS	54
A) La O.M. EHA/2899/2011 y la Circular del Banco de España 5/2012: presentación	54
B) El ámbito de aplicación de esta normativa	57
C) Las medidas de protección del cliente bancario en el íter negocial...	57
D) El préstamo responsable	62
E) Los préstamos y créditos hipotecarios	63
F) La hipoteca inversa	66
G) Especialidades en la transparencia de los servicios de pago	66
III. LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS DESTINADOS A LOS CONSUMIDORES.....	67
A) El marco normativo: presentación	67
B) El ámbito de aplicación de esta normativa	67
C) La protección que esta normativa dispensa al consumidor	68
IV. LOS CONTRATOS BANCARIOS Y LA NORMATIVA DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES.....	70
A) La aplicación a la contratación bancaria de la normativa sobre morosidad.....	70
B) Las consecuencias de aplicar a la contratación bancaria las normas sobre morosidad	71
V. LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS BANCARIOS	74
A) Operaciones pasivas	74
B) Operaciones activas	74
C) Operaciones neutras o de gestión	75
D) Otros criterios clasificatorios	75
<i>Indicación bibliográfica</i>	76
CAPÍTULO 3. LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA , por Luis María MIRANDA SERRANO.....	81
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	81
II. CONCEPTO, CARACTERES Y DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES.....	82
A) Concepto.....	82
B) Caracteres.....	84
C) Distinción de figuras afines	84
III. RÉGIMEN JURÍDICO, CONTENIDO NEGOCIAL Y CLASES	86
A) Régimen jurídico	86
B) Contenido obligacional.....	87
C) Clases	90
IV. EXTINCIÓN.....	91
V. LA COMPENSACIÓN BANCARIA	92
A) Compensación bancaria y compensación civil	92
B) El sistema nacional de compensación electrónica	92
C) Compensación bancaria y compensación convencional	92
<i>Indicación bibliográfica</i>	93

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO 4. LAS OPERACIONES BANCARIAS DE PASIVO , por Javier VALENZUELA GARACH.....	95
I. INTRODUCCIÓN. ACTIVIDAD BANCARIA, ENTIDADES DE CRÉDITO Y OPERACIONES PASIVAS	95
II. LOS DEPÓSITOS BANCARIOS EN GENERAL.....	98
A) El depósito en la actividad bancaria.....	98
B) Concepto y clases de los depósitos bancarios	98
III. LOS DEPÓSITOS BANCARIOS DE DINERO	100
A) Concepto. Tipos de titularidad y cotitularidad de los depósitos	100
B) Clases de depósitos bancarios de dinero. La normativa de defensa de los depositantes.....	101
C) Los depósitos a la vista y el «servicio de caja»	103
D) Depósitos a plazo. Los certificados de depósito.....	106
IV. LA CESIÓN O TRANSFERENCIA DE ACTIVOS FINANCIEROS COMO FUENTE DE FINANCIACIÓN BANCARIA	109
A) Importancia, presupuestos y ventajas de la figura.....	109
B) El tránsito hasta su conceptualización como verdaderos contratos de cesión de crédito	110
V. REFERENCIA A OTRAS OPERACIONES BANCARIAS PASIVAS O DE CAPTACIÓN DE RECURSOS	112
<i>Indicación bibliográfica</i>	113
 CAPÍTULO 5. LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO BANCARIO Y DE APERTURA DE CRÉDITO , por Juan Luis PULIDO BEGINES	 119
I. INTRODUCCIÓN	119
II. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO BANCARIO	120
A) Disciplina normativa	120
B) Concepto y naturaleza jurídica	121
C) Antecedentes y función económica	121
D) Caracteres. Perfección y forma del contrato	121
E) Mercantilidad. Distinción de figuras afines.....	123
F) Elementos personales del contrato.....	123
G) Contenido obligacional.....	124
H) Modalidades.....	128
I) Extinción del contrato	131
III. EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO	131
A) Concepto y naturaleza jurídica	132
B) Antecedentes y función económica	132
C) Caracteres.....	133
D) Contenido obligacional.....	134
E) Modalidades.....	136
F) Extinción	138
<i>Indicación bibliográfica</i>	140

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO 6. EL CONTRATO DE DESCUENTO , por Juan Luis PULIDO BE- GINES.....	143
I. DISCIPLINA NORMATIVA	143
II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.....	144
III. FUNCIÓN ECONÓMICA	145
IV. CARACTERES	147
V. CLASES.....	147
VI. CONTENIDO OBLIGACIONAL.....	149
A) Obligaciones de la parte descontante	149
B) Obligaciones del descontatario	150
VII. EXTINCIÓN.....	151
<i>Indicación bibliográfica</i>	152
 CAPÍTULO 7. LAS OPERACIONES BANCARIAS NEUTRAS O DE GES- TIÓN , por José Luis PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ y Javier VALENZUELA GARACH	155
I. LOS DEPÓSITOS BANCARIOS CERRADOS.....	155
II. EL DEPÓSITO BANCARIO ADMINISTRADO DE VALORES TITULI- ZADOS	157
III. LA ADMINISTRACIÓN BANCARIA DE VALORES ANOTADOS EN CUENTA.....	158
IV. LA LLEVANZA BANCARIA DEL REGISTRO CONTABLE DE VALORES ANOTADOS.....	160
V. LA GESTIÓN BANCARIA DE CARTERAS DE INVERSIÓN	161
VI. EL SERVICIO BANCARIO DE CAJAS DE SEGURIDAD	163
A) Antecedentes, concepto y naturaleza.....	163
B) Forma y contenido del contrato.....	165
C) Responsabilidad del banco.....	166
D) Extinción del contrato	167
VII. FIGURAS CONTRACTUALES BANCARIAS DE GESTIÓN DEL RIES- GO FINANCIERO.....	167
A) Presupuestos comunes a estos instrumentos contractuales	167
B) El <i>forward</i>	169
C) El futuro financiero y la opción financiera	170
D) El <i>swap</i> o permuta financiera	172
VIII. RECAPITULACIÓN. EL INCREMENTO DE LAS OPERACIONES BAN- CARIAS NEUTRAS O DE GESTIÓN: SUS CAUSAS Y EFECTOS.....	175
A) La «desintermediación» y los factores determinantes de la innova- ción	176
B) Consecuencias de orden jurídico. La liberalización y la seguridad del sistema.....	177
<i>Indicación bibliográfica</i>	179

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO 8. LA INTERMEDIACIÓN BANCARIA EN LOS PAGOS , por Leopoldo José PORFIRIO CARPIO.....	187
I. LA TRANSFERENCIA BANCARIA	187
II. EL GIRO BANCARIO.....	191
III. LA DOMICILIACIÓN BANCARIA DE RECIBOS.....	192
A) Introducción.....	192
B) Funcionalidad	192
C) Relaciones entre las partes intervinientes	193
IV. OTROS MECANISMOS DE MEDIACIÓN BANCARIA EN LOS PAGOS: LA TÉCNICA DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO	195
A) Introducción.....	195
B) Concepto, naturaleza jurídica y características	197
C) Clases de créditos documentarios.....	201
D) Efectos	202
E) Documentos. La responsabilidad del banco en los créditos documentarios.....	203
<i>Indicación bibliográfica</i>	204
 CAPÍTULO 9. GARANTÍAS BANCARIAS (LOS LLAMADOS «AVALES BANCARIOS») , por José Luis GARCÍA-PITA Y LASTRES.....	 209
I. LOS «AVALES BANCARIOS»: DESCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.....	210
A) Consideraciones generales	210
B) Concepto y naturaleza jurídica. Caracteres y fuentes	213
II. CLASES DE GARANTÍAS BANCARIAS	235
A) Garantías de licitación, buena ejecución y reembolso	235
B) Garantías revocables e irrevocables.....	237
C) Garantías documentarias y no documentarias	237
D) Clases de garantías bancarias, en función de los sujetos intervinientes en la operación: Garantías directas e indirectas	238
III. ESTRUCTURA Y DINÁMICA DE LAS GARANTÍAS BANCARIAS.....	238
A) Contenido de la relación Ordenante/Beneficiario.....	238
B) Contenido de la relación Banco Emisor/Ordenante. Obligaciones del Ordenante.....	240
C) Obligaciones del Banco Emisor, frente al Ordenante o Principal....	244
D) Contenido de la relación Banco Emisor/Beneficiario.....	247
E) Modificaciones en las garantías bancarias independientes.....	261
F) Extinción y pérdida de vigencia de las garantías bancarias independientes	261
G) La «Contragarantía» de cobertura	265
<i>Indicación bibliográfica</i>	267

CAPÍTULO 1

LOS PROTAGONISTAS DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA

Luis María MIRANDA SERRANO

SUMARIO: I. LOS PROTAGONISTAS DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA: PRESENTACIÓN.—II. LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN SENTIDO ESTRICTO: LOS BANCOS, LAS CAJAS DE AHORROS Y LAS COOPERATIVAS DE CRÉDITO: A) Los bancos. B) Las cajas de ahorros. C) Las cooperativas de crédito.—III. LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN SENTIDO AMPLIO: LOS ESTABLECIMIENTOS FINANCIEROS DE CRÉDITO.—IV. ASPECTOS COMUNES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.—V.—LOS ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO: LA PÉRDIDA DE RELEVANCIA DEL BANCO DE ESPAÑA EN FAVOR DEL BANCO CENTRAL EUROPEO.—VI. EL FONDO DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS.—INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

I. LOS PROTAGONISTAS DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA: PRESENTACIÓN

Como habrá ocasión de precisar con mayor detenimiento en el capítulo 2 de esta obra, el contrato bancario suele definirse doctrinal y jurisprudencialmente como el que se inserta en la *actividad típica y específica de intermediación crediticia* que realizan los *bancos*. Ciertamente, no obstante, que esta definición, aun siendo aceptable en términos generales, no es del todo exacta. Para que lo sea es necesario precisar que los protagonistas de dicha actividad intermediadora no sólo son los bancos en sentido estricto, sino más ampliamente las *entidades de crédito*.

Parece claro así, a la vista de los sujetos que operan en el sector de la contratación identificado con los términos contratación bancaria, que la denominación *contratos bancarios* no se ajusta plenamente a la realidad en nuestros días. Pese a ello, sigue utilizándose merced a una tradición muy asentada en la manualística española, que obedece al hecho de que en nuestro país el desempeño de las actividades propias del negocio de la banca ha estado reservado tradicionalmente a bancos y cajas.

En realidad, más que de contratos bancarios habría que hablar de *contratos celebrados por entidades de crédito*. De ahí la necesidad de conocer el significado de estos términos, que es el objetivo al que se destinan los primeros

epígrafes del presente capítulo. Con tal fin distinguiremos entre las *entidades de crédito en sentido estricto* (bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito) [*infra*, II] y las que reciben dicha consideración pero sólo *en sentido amplio o formal* (establecimientos financieros de crédito) [*infra*, III], al tiempo que expondremos algunos de los principales *aspectos comunes de su régimen jurídico* [*infra*, IV].

Tras analizar la noción de entidad de crédito, se prestará también atención a los *órganos de supervisión*, que aplican varios procedimientos de control a estas entidades, insistiendo especialmente en la pérdida de relevancia que en este ámbito ha experimentado en los últimos años el *Banco de España* a favor del *Banco Central Europeo* (*infra*, IV). Por último, se aludirá al *Fondo de Garantía de Depósitos*, dadas las importantes funciones que desempeña respecto de las entidades de crédito y el sistema financiero en su conjunto (*infra*, V).

II. LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN SENTIDO ESTRICTO: LOS BANCOS, LAS CAJAS DE AHORROS Y LAS COOPERATIVAS DE CRÉDITO

El ordenamiento jurídico español considera entidades de crédito en sentido estricto a las empresas que tienen como actividad típica y habitual la captación de fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros y otras análogas que comporten la obligación de restitución, empleando tales fondos en la concesión de créditos por cuenta propia (art. 1.1 R.D.Leg. 1298/1986, según la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico).

No obstante, la definición anterior se ha visto superada por otra más precisa y sencilla, formulada por la Directiva 2006/48/CE, de 16 de junio, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio, que define la entidad de crédito como «una empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos y otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia» (art. 4.1).

Cabe así afirmar que el legislador español entiende que el objeto específico de las entidades de crédito consiste en la *intermediación en el crédito*, esto es, en la captación de fondos de los clientes, por un lado, y en la utilización de dichos fondos para la concesión de crédito a terceras personas, por otro, actuando no como comisionistas de los depositantes sino por cuenta y riesgo propios.

En rigor, integran el concepto de entidad de crédito en sentido estricto (por dedicarse profesionalmente a la actividad sumariamente descrita) los *bancos*, las *cajas de ahorro* y las *cooperativas de crédito*. Sin embargo, junto a ellas nuestro ordenamiento incluye también dentro de la noción de entidad de crédito al *Instituto de Crédito Oficial* (ICO) y a la *Confederación Española de Cajas de Ahorros* (CECA).

Ahora bien, ni el ICO ni la CECA desarrollan actividades propiamente crediticias en sentido estricto: el primero no puede captar fondos del público en forma de depósitos (v. arts. 1.1 y 24.7 del Anexo al R.D. 706/1999, de 30 de abril, de adaptación del Instituto de Crédito Oficial a la Ley 6/1997, de 14 de

abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y de aprobación de sus Estatutos), mientras que la segunda desempeña sobre todo funciones representativas de las cajas que en ella se integran (v. arts. 28 a 31 de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre órganos rectores de las Cajas de Ahorro).

Por consiguiente, las entidades de crédito en sentido estricto a las que hemos de prestar aquí atención son los *bancos* [*infra*, A)], las *cajas de ahorro* [*infra*, B)] y las *cooperativas de crédito* [*infra*, C)]. Pese a que no todas ellas poseen la misma naturaleza jurídica (unas son sociedades anónimas, otras fundaciones, y las restantes sociedades cooperativas) sí que están sometidas a un régimen semejante (que no idéntico).

Entre sus rasgos comunes cabe mencionar, por una parte, el revestir todas ellas la condición de *empresarios* y, por otra, el estar sometidas a un *régimen imperativo*, que se justifica principalmente por la importancia social de la actividad a la que se dedican. En líneas generales, su estatuto jurídico pretende sobre todo garantizar su solvencia y liquidez, exigiéndoseles, por ejemplo, una contabilidad más detallada que la requerida al resto de empresarios. Más adelante tendremos ocasión de detenernos en algunos de los principales rasgos comunes de estas entidades (*infra*, IV).

A) LOS BANCOS

Los *bancos* son entidades de crédito que han de revestir necesariamente la forma de sociedad anónima. Se trata, en rigor, de sociedades anónimas *especiales*, dadas las particularidades de la actividad crediticia que desarrollan y su conexión con intereses generales. De ahí que su constitución requiera la preceptiva autorización administrativa del Ministerio de Economía, previo informe favorable del Banco de España; y de ahí también que la legislación vigente (v., en particular, el R.D. 1245/1995, de 14 de julio, modificado parcialmente por el R.D. 692/1996, de 26 de abril) fije para la sociedad anónima bancaria determinados requisitos que la distancian de la sociedad anónima común o general. Entre ellos cabe aquí destacar los siguientes:

1.º) Su constitución únicamente es posible mediante el procedimiento de *fundación simultánea*, debiéndose inscribir tanto en el R.M. como en el Registro administrativo de entidades de crédito del Banco de España. El procedimiento de fundación sucesiva, ampliamente regulado en nuestro Derecho pero de muy escasa aplicación práctica, queda, por tanto, descartado como procedimiento válido para la constitución de estas entidades.

2.º) Las actividades integrantes de su *objeto social* sólo pueden ser las propias de las entidades de crédito, es decir, las de intermediación crediticia en los términos anteriormente expuestos. Así se desprende del art. 2.1 del R.D. 1245/1995, cuando dispone que para ejercer la actividad bancaria es necesario «limitar estatutariamente el objeto social a las actividades propias de una entidad de crédito».

3.º) Su *capital social mínimo* asciende a 18,03 millones de euros, debiendo estar *desembolsado íntegramente* e integrado exclusivamente por *aportaciones dinerarias*, al menos hasta que se cubra la cifra mínima del capital; además, las acciones en que se divide han de revestir necesariamente forma *nominativa*.

4.º) Su *gestión y administración* ha de recaer necesariamente en un consejo de administración integrado, como mínimo, por cinco vocales de reconocida honorabilidad y competencia profesional, circunstancias que el Banco de España está facultado para controlar. Además, la mayoría, al menos, de los miembros del consejo deberá poseer conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones. Estos requisitos deberán concurrir también en los directores generales o asimilados de la entidad y de su dominante, cuando exista, así como en las personas físicas que representen a las personas jurídicas que sean consejeros.

5.º) La *modificación de sus estatutos* ha de ser autorizada por la Dirección General del Tesoro y tiene que inscribirse en el Registro administrativo del Banco de España, aunque hay ciertos casos en los que dicha autorización deja de ser necesaria (cambio del domicilio social dentro del territorio nacional, aumento del capital social, incorporación a los estatutos de preceptos legales o reglamentarios de carácter imperativo o prohibitivo, etc., v. el art. 8 del R.D. 1245/1995).

6.º) La *titularidad de sus acciones* está sometida a varios controles. Por un lado, se instaura el deber de la entidad de crédito de comunicar al Banco de España con carácter trimestral la composición del capital social, mencionando la identidad de las personas que en ese momento son accionistas de la entidad. Por otro lado, se impone una obligación especial de información cuando exista alguna *participación significativa del capital*, entendiéndose que ocurre esto cuando una persona posee de forma directa o indirecta al menos el 10 por 100 del capital social o de los derechos de voto de una entidad, o las participaciones que sin llegar a esos porcentajes permiten ejercer una influencia notable en una entidad.

Los accionistas titulares de participaciones significativas deben ser considerados *idóneos*, lo que habrá de apreciarse en función de circunstancias tales como: *a)* su honorabilidad comercial y profesional; *b)* los medios patrimoniales con que cuenten para atender los compromisos asumidos; *c)* la transparencia en la estructura del grupo al que eventualmente pueda pertenecer la entidad y, en general, la existencia de graves dificultades para inspeccionar u obtener la información necesaria sobre el desarrollo de sus actividades; *d)* la posibilidad de que la entidad quede expuesta de forma inapropiada al riesgo de las actividades no financieras de sus promotores o bien cuando, tratándose de actividades financieras, la estabilidad o el control de la entidad pueda verse afectada por el alto riesgo de aquéllas; *e)* y, finalmente, la posibilidad de que el buen ejercicio de la supervisión de la entidad sea obstaculizada por los vínculos estrechos que mantenga con otras personas físicas o jurídicas, por las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas del país a cuyo derecho esté sujeta alguna de dichas personas físicas o jurídicas, o por problemas relacionados con la aplicación de dichas disposiciones.

B) LAS CAJAS DE AHORRO

Las *cajas de ahorro* tienen naturaleza *fundacional* (se les denomina *fundaciones-empresa*), siendo su finalidad principal el fomento del ahorro y la concesión de créditos a las pequeñas empresas y economías domésticas, así como la realización de actividades de carácter benéfico-social. Constituyen el

segundo grupo en importancia cuantitativa entre las entidades de crédito en España.

Su especial naturaleza tiene consecuencias importantes sobre estos protagonistas de la contratación bancaria: por una parte y a diferencia de los bancos, carecen de propietarios que gestionen sus intereses; por otra, no persiguen una finalidad lucrativa sino benéfico-social, debiendo contar necesariamente con una obra social. Bien es cierto, no obstante, en relación con estas consecuencias, que el R.D.L. 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, ha abierto la puerta a la privatización de estas entidades, al prever la emisión de cuotas participativas con derechos políticos hasta un máximo del 50 por 100 de la entidad. A través de las importantes reformas acometidas por este R.D.L., se ha pretendido sobre todo aumentar la solidez y competitividad de nuestro sistema financiero a través de dos líneas básicas: la capitalización de las Cajas, facilitando su acceso a recursos de máxima categoría en iguales condiciones que otras entidades de crédito, y la profesionalización de sus órganos de gobierno. De ahí que sea posible afirmar que el R.D.L. 11/2010 inicia decididamente el proceso de *bancarización* de las Cajas de Ahorros.

Según el Tribunal Constitucional, que se ha referido a las Cajas en algunas de sus sentencias, estas entidades muestran una singular complejidad, que «se concreta en su función social, así como en el carácter representativo de los órganos de gobierno, con las exigencias derivadas de una gestión eficaz que debe cumplirse con criterios estrictamente profesionales» (así S.T.C. de 22 de marzo de 1988; v. también S.T.C. de 30 de mayo de 1996).

En líneas generales, están sometidas a las mismas exigencias de control en cuanto a su constitución que los bancos, debiendo ser objeto de inscripción en el R.M. (arts. 270 a 276 RRM). Su estatuto jurídico se integra por normas estatales y autonómicas, toda vez que las Comunidades Autónomas cuentan con competencias para dictar normas de control de las Cajas establecidas en sus territorios. De él cabe aquí destacar:

1.º) La exigencia de que posean un *fondo dotacional mínimo* que, al igual que los bancos, asciende a 18,03 millones de euros.

2.º) La necesidad de que cuenten en todo momento con «una buena organización administrativa y contable y con procedimientos de control interno adecuados que garanticen la gestión sana y prudente de la entidad» (d.a. 2.ª R.D. 1245/1995).

3.º) En cuanto a sus *órganos de gobierno*, éstos son la Asamblea General, el Consejo de Administración y la Comisión de Control.

La *Asamblea General* se concibe como el órgano supremo de gobierno y decisión de estas entidades. Está integrada por los consejeros generales en representación de los intereses de los municipios, entidades fundadoras, impositores y empleados, así como por los titulares de cuotas participativas o cotapartícipes.

El *Consejo de Administración* tiene encomendada la gestión tanto de la actividad crediticia de la entidad como de su obra benéfico-social.

Por último, la *Comisión de Control* tiene la misión de velar para que la gestión del Consejo de Administración se cumpla con la máxima eficacia dentro de las líneas generales de actuación fijadas por la Asamblea General (v. la

Ley 31/1985, de 2 de agosto, de normas básicas sobre órganos rectores de las Cajas de ahorro y el R.D. 1838/1975, de 3 de julio, sobre creación de cajas de ahorro y distribución de beneficios, modificado en diversas ocasiones con posterioridad a su promulgación).

4.º) Finalmente, ha de tenerse en cuenta que el R.D.L. 11/2010 antes referido ha modificado el régimen de las *cuotas participativas* en el sentido apuntado, con el propósito de hacerlas más atractivas para los inversores. Así se explica el reconocimiento a los cuotapartícipes no sólo de derechos de contenido económico, sino también del derecho político consistente en la representación de sus intereses en los órganos de gobierno de la entidad

Desde hace algunos años, las Cajas de Ahorros están sometidas a un *intenso proceso de transformación* que ha venido propiciado por su muy mala situación financiera, acentuada en momentos como los actuales de fuerte crisis económica. Naturalmente, ello ha puesto de relieve la urgente necesidad de capitalizarlas, acudiéndose para tal fin en algunos casos al auxilio de la intervención pública y en otros al del público inversor, a través de la bolsa. Además, el sector de las Cajas de Ahorros ha experimentado un fuerte proceso de concentración mediante los *Sistemas Institucionales de Protección (SIP)* o *fusiones frías*.

Lo anterior ha sido posible merced a la aprobación de varias normas jurídicas. Entre ellas, hay que citar en un primer lugar el R.D.L. 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito (modificado más tarde por el R.D.L. 6/2010, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo (arts. 25 y ss.) que, con vistas a gestionar los procesos de reestructuración de las entidades de crédito y contribuir así a reforzar sus recursos propios, creó el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). Naturalmente, a estas normas hay también que añadir el R.D.L. 11/2010 antes mencionado.

En el momento en que se redacta este capítulo existe un *Anteproyecto de Ley de Cajas de Ahorros y Fundaciones bancarias* dirigido a fijar el régimen básico de estas entidades. En líneas generales, este texto define las Cajas de Ahorros como entes de carácter fundacional y finalidad social cuya actividad financiera y crediticia está orientada principalmente a las pequeñas y medianas empresas y a la banca minorista. En cuanto a sus órganos, el Anteproyecto mantiene la estructura actual: una Asamblea, un Consejo de Administración y una Comisión de Control. Además, presta atención a las Fundaciones bancarias, concebidas como el cauce a través del cual cabe imponer a las Cajas el ejercicio indirecto de una actividad financiera. Por consiguiente, de prosperar esta normativa, las Cajas pasarían a ser accionistas de un Banco y se convertirían en Fundaciones bancarias a las que les resultaría aplicable la normativa general en materia de fundaciones, sin llegar a tener la condición de entidades de crédito. Según el Anteproyecto, la transformación de la Caja en Fundación bancaria tendrá que producirse necesariamente en ciertos casos (en particular, cuando el valor del activo de la entidad supere la cuantía de 10.000 millones de euros, o cuando la cuota en el mercado de sus depósitos en la Comunidad Autónoma en la que opere la entidad supere el 35 por 100 del total). Por otra parte, el Anteproyecto ordena y sistematiza los muchos cambios que desde 2009 han venido afectando a las Cajas de Ahorros a través de la promulgación de los Reales Decretos-leyes a los que anteriormente nos hemos referido.

C) LAS COOPERATIVAS DE CRÉDITO

Las *cooperativas de crédito* son sociedades destinadas a atender las necesidades de financiación de sus socios y de terceros, a través del ejercicio de actividades propias de las entidades de crédito. Pueden clasificarse en dos grandes grupos:

1.º) Por un lado, las *agrícolas*, que, siendo las más numerosas e importantes del sector, suelen denominarse *cajas rurales* y tienen como objeto social la financiación de actividades ligadas a la agricultura.

2.º) Por otro lado, las *no agrarias*, que, de carácter industrial y urbano, buscan dar servicio preferentemente a profesionales (abogados, médicos, etc.).

Su normativa reguladora (en especial, la Ley 13/1989, de 26 de mayo, desarrollada reglamentariamente por el R.D. 84/1993, de 22 de enero) fija su *objeto social* en el ejercicio de las actividades propias de las entidades de crédito, aunque con una limitación adicional dimanante de su *naturaleza cooperativa*, al exigirles prestar atención preferente a las necesidades financieras de sus socios, sin que el conjunto de operaciones activas con terceros pueda alcanzar al 50 por 100 de los recursos totales de la entidad.

Además, se encuentran sometidas a un *control administrativo* semejante al del resto de entidades de crédito, debiendo inscribirse en el Registro del Banco de España, en el Registro de Cooperativas y en el R.M.

Su *capital mínimo* es inferior al de los bancos y cajas de ahorro: 1,05 millones de euros para las que operan en municipios con menos de 100.000 habitantes; 3,61 millones de euros para las que actúan en municipios de más de 100.000 habitantes y no exceden del territorio de una Comunidad Autónoma; y 4,81 millones de euros para las que operan en Madrid o Barcelona o en el territorio de más de una Comunidad Autónoma.

Todas estas exigencias persiguen la adaptación de la forma jurídica cooperativa al desarrollo de la actividad crediticia, dando lugar a una suerte de sociedad cooperativa *especial* en atención a su objeto social.

III. LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN SENTIDO AMPLIO: LOS ESTABLECIMIENTOS FINANCIEROS DE CRÉDITO

Junto a las entidades de crédito en sentido estricto que acabamos de analizar, cabe hablar también de las entidades de crédito en sentido amplio o formal. Con estos términos se alude a ciertos entes considerados entidades de crédito por el Derecho vigente, pese a no desarrollar la actividad crediticia propiamente hablando.

En particular, a este otro grupo de entidades pertenecen los *establecimientos financieros de crédito*. Al igual que los bancos, se trata de sociedades anónimas *especiales* que han de constituirse necesariamente a través del proceso de *fundación simultánea*. Ahora bien, a diferencia de las entidades de crédito en sentido estricto, tienen vedada la posibilidad de financiarse con depósitos (por lo que no les resulta aplicable la legislación sobre garantías de depósitos: el R.D. 2606/1996, de 20 de diciembre). Así lo dispone la d.a. 7.ª del R.D.L. 12/1995, de 28 de diciembre, que tras declarar que los establecimientos finan-

cieros de crédito tendrán la «consideración de entidad de crédito», añade, que, sin embargo, tienen prohibido captar del público fondos reembolsables en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otros análogos.

La actividad principal de los establecimientos financieros de crédito ha de consistir en el ejercicio de una o varias de las actividades siguientes: 1.^a) concesión de préstamos y créditos; 2.^a) *factoring* con o sin recurso y sus actividades complementarias; 3.^a) arrendamiento financiero y actividades complementarias; 4.^a) emisión y gestión de tarjetas de crédito; 5.^a) concesión de avales, garantías y suscripción de compromisos similares (v. el art. 1 del R.D. 692/1996, de 26 de abril, modificado por los RR.DD. 54/2005, de 21 de enero, y 1332/2005, de 3 de agosto).

En líneas generales, el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito coincide con el de las entidades de crédito *stricto sensu*, pero con un menor nivel de exigencia motivado por la apuntada prohibición que les afecta de captación de fondos reembolsables. Entre los requisitos que integran dicho régimen cabe destacar el que fija su *capital social mínimo* en 5,11 millones de euros, el que requiere que sus *acciones* sean necesariamente *nominativas* y estén *íntegramente desembolsadas*, el que exige que su *objeto social* se limite estatutariamente a las actividades propias de un establecimiento financiero de crédito y, por último, el que requiere que su *órgano de administración* se estructure como un consejo de administración integrado, al menos, por tres miembros (v. el R.D. Legislativo 1298/1986 y el R.D. 692/1996, de 26 de abril).

Aunque, como hemos apuntado, tienen prohibida la obtención de fondos del público en el modo en que pueden hacerlo las entidades de crédito, sin embargo, sí pueden financiarse mediante la emisión de valores (siempre que se emitan de conformidad con lo exigido por la LMV y tengan un vencimiento superior a un mes) o a través de financiaciones concedidas por entidades de crédito, por las entidades del grupo al que pertenezcan, por accionistas que posean más del 5 por 100 del capital social, por fianzas y garantías, etc. (art. 2 R.D. 692/1996, de 26 de abril).

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago (LSP) ha modificado la d.a. 1.^a de la Ley 3/1994, incluyendo dentro de los establecimientos financieros de crédito a las entidades que, sin ser entidades de crédito, tengan como principal actividad la prestación de *servicios de pago*.

En rigor, las *entidades de pago* (v. arts. 6 y ss. LSP) son personas jurídicas que no pueden aceptar fondos del público en calidad de depósitos, lo que las diferencia de las entidades de crédito en sentido estricto. Sin embargo, sí están facultadas para conceder crédito, aunque de forma más limitada que las entidades de crédito (v. art. 9.3 LSP). Su cometido consiste en prestar y ejecutar los servicios de pago relacionados en el art. 1.2 LSP, así como en llevar a cabo las actividades mencionadas en el art. 9.1 LSP.

La creación de las entidades de pago está sometida a ciertos requisitos de autorización y publicidad. Su constitución ha de ser autorizada por el Ministerio de Economía y Hacienda, previo informe del Banco de España. Además, han de inscribirse en el R.M. y en el Registro Especial de Entidades de Pago dependiente del Banco de España.