

# LA BANCA EXTRANJERA EN EL DERECHO ESPAÑOL (\*)

POR

PABLO MENÉNDEZ GARCÍA

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia

**SUMARIO:** I. PERSPECTIVA HISTÓRICA: 1. *El periodo de autarquía económica: «statu quo» bancario.* 2. *Disciplina reguladora de la Banca extranjera en España.*—II. SISTEMAS DE ACCESO DE LA BANCA EXTRANJERA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: 1. *Las distintas modalidades de acceso.* 2. *Acceso directo. Filiales y sucursales de Bancos extranjeros:* A) Bancos filiales: a) Delimitación de la figura y condiciones de creación. b) Limitaciones en el funcionamiento de las filiales. B) Sucursales: a) Rasgos distintivos. b) Condiciones de establecimiento. c) Limitaciones operativas. 3. *Acceso indirecto:* A) Inversiones extranjeras en Bancos españoles. La cuestión del control de hecho. B) Oficinas de representación.—III. NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE BANCA: 1. *La directiva de 28 de junio de 1973 (73/183/CEE).* 2. *La directiva de 12 de diciembre de 1977 (77/780/CEE):* A) Beneficiarios de la directiva. B) Condiciones de autorización de establecimientos de crédito. C) Apertura de sucursales de establecimientos de crédito comunitarios. D) Apertura de sucursales de establecimientos de crédito con sede social fuera de la Comunidad.—IV. INCIDENCIA DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN LA LEGISLACIÓN BANCARIA ESPAÑOLA: 1. *Alcance de las negociaciones de adhesión.* 2. *Discriminaciones o restricciones de nuestra normativa bancaria que deberán ser suprimidas.* 3. *Permanencia temporal de algunas restricciones.*

## I. PERSPECTIVA HISTÓRICA

### 1. *El periodo de autarquía económica: «statu quo» bancario*

La disposición transitoria segunda de la Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946, mantenía el régimen de prohibición de constitución de nuevas entidades bancarias que había sido recogido en disposiciones promulgadas al poco de finalizar la guerra civil (Decreto de 17 de mayo de 1940, Ley de 30 de diciembre del mismo año, Decreto de 13 de abril de 1945...). El objetivo de estas disposiciones, enmarcadas en el período de autarquía económica que siguió a la guerra civil y que se caracterizó por un creciente intervencionismo de la Administración en la ordenación del crédito, era el de congelar la situación de hecho que ofrecían las entidades

---

(\*) Texto del trabajo que se publicará en el libro colectivo *Estudios de Derecho Público Bancario*, dirigido por el profesor don Sebastián MARTÍN-RETORTILLO.

bancarias que operaban en territorio español con anterioridad al 18 de julio de 1936, prohibiendo la creación de otras nuevas (1).

Esta política proteccionista, que trata, por tanto, de perpetuar el *statu quo* bancario de 1936, dio lugar a un proceso de concentración de la «gran Banca» española y supuso la práctica desaparición de la Banca extranjera hasta entonces establecida en nuestro país (2). Tan es así que sólo tres sucursales bancarias extranjeras sobrevivieron a la implantación de este sistema.

Esta situación incidió, sin duda, en el régimen de acceso de la Banca extranjera en nuestro país. El párrafo primero del artículo 40 de la LOB de 1946 proclamaba el principio de asimilación de la Banca nacional y la extranjera al establecer que «la disciplina bancaria que establecen las leyes españolas se aplicará, asimismo, a las oficinas bancarias extranjeras establecidas en el territorio español». Este principio, en apariencia liberal, resultó prácticamente inoperante por dos motivos: a) porque, a renglón seguido, el párrafo segundo de dicho artículo habilita al Gobierno para que condicione el ejercicio de la actividad bancaria por los establecimientos de crédito extranjeros al principio de reciprocidad; b) porque este artículo se refiere exclusivamente a la Banca extranjera *ya establecida* (3), eliminando toda posibilidad de apertura de nuevos establecimientos de crédito con capital extranjero (4).

---

(1) Para un análisis histórico de los hitos legislativos más importantes que afectaron al establecimiento de la Banca extranjera en nuestro país con anterioridad al RD de 23 de junio de 1978, vid. S. MARTÍN-RETORTILLO, *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro*, Madrid, 1975, págs. 104 y ss. y 261 y ss.; MARTÍN OVIEDO, *Derecho Bancario Español*, Madrid, 1977, págs. 14 y ss.; FERNÁNDEZ ROZAS, *La Banca extranjera en España (El acceso al ejercicio de actividad bancaria por los extranjeros en el Derecho español)*, Oviedo, 1981, págs. 56 y ss. y 131 y ss.; PÉREZ DE ARMIÑÁN, *Legislación bancaria española*, Madrid, 1983, págs. 34 y ss.; ABELLA POBLET, *Bancos y banqueros. Statu quo (Régimen jurídico-administrativo de los Bancos y sus oficinas)*, Madrid, 1970, págs. 70-71.

(2) Para la Banca extranjera afincada en nuestro país, la Ley de 11 de julio de 1941, «de nacionalización y traspaso de Bancos», supuso un duro golpe. Esta Ley, en su artículo primero, preveía la absorción por la Banca nacional «de los negocios bancarios que al presente giren en España a nombre de entidades extranjeras...». Los artículos siguientes establecían los caracteres que habían de reunir las entidades bancarias para ser incluidas en el proceso nacionalizador.

(3) Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. últ. cit.*, pág. 137; vid., asimismo, K.-O. BORN, *La Banca extranjera en España*, en «Papeles de Economía Española», núm. 18, 1984, pág. 196.

(4) Por ello constituyó una excepción la Banca Nazionale del Lavoro, autorizada a establecerse en nuestro país por Orden del Ministerio de Economía de 9 de mayo de 1941, lo que se debió a la estrecha cooperación económica entre Italia y España en aquellos años. Es el único caso de establecimiento de una sucursal extranjera en nuestro país en el largo período que media entre el final de la guerra civil y la aprobación del Real Decreto 1388/1978, de 23 de junio.

## 2. *Disciplina reguladora de la presencia de la Banca extranjera en España*

El espíritu proteccionista que inspira la LOB de 1946 se prolongó tras la publicación de la Ley de Ordenación del Crédito y de la Banca, de 14 de abril de 1962. La LOCB de 1962 postulaba ciertamente una apertura del sistema; su Base séptima exigía «mayores facilidades y libertad al acceso a la profesión de banquero y al ejercicio de ésta» y hablaba ya de autorizaciones para la constitución de «nuevos Bancos». Asimismo, y por lo que se refiere a la Banca extranjera, la gran novedad de la LOCB de 1962 consistía en que, por primera vez desde la LOB de 1927, se refiere al *establecimiento* de la Banca extranjera y no tan sólo al ejercicio de la actividad bancaria por parte de la Banca extranjera *ya establecida*. Pero es justo reconocer que este intento liberalizador, que trata de suprimir el *statu quo* bancario por lo que se refiere a la creación de nuevos Bancos, resultó baldío durante muchos años. El párrafo segundo del artículo 2 de la referida LOCB establecía un plazo de dos años para el desarrollo de sus Bases por el Gobierno. Este mandato del legislador no fue, sin embargo, cumplimentado hasta 1978 en que, por virtud del Real Decreto de 23 de junio se reguló la presencia de la Banca extranjera en España.

Esta demora en el cumplimiento de dicha obligación legal se debió posiblemente a la oposición de la «gran Banca» española ya establecida, que no se resignaba a perder la privilegiada posición que resultaba de un intervencionismo administrativo que impedía toda competencia. En todo caso, es lo cierto que hasta el Real Decreto de 1978 se mantiene por inercia esa posición de privilegio. Como ha puesto de manifiesto el profesor MARTÍN-RETORTILLO, «el complejo mecanismo intervencionista derivado del *statu quo* bancario nos ha venido situando frente a uno de esos supuestos característicos en los que su sentido restrictivo se institucionaliza en la práctica, por encima de las razones mismas que lo justifican, al servicio de los intereses reales y concretos de un determinado grupo» (5).

¿Qué innovaciones trae consigo el Real Decreto 1388/1978, de 23 de junio? Este Real Decreto regula el establecimiento directo de la Banca extranjera en nuestro país. El espíritu que le informa, como

(5) Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO, *op. últ. cit.*, pág. 267.

se desprende de su propio Preámbulo, es el de «establecer en España una situación similar a la vigente en la totalidad de los países desarrollados de economía de mercado, a cuya comunidad pertenecemos». Las legislaciones de estos países establecen, por lo general, pocas restricciones que limiten el establecimiento de Bancos extranjeros. Ha de señalarse, no obstante, que con el fin de evitar los riesgos de una excesiva penetración de la Banca extranjera en nuestro país y el aumento del control exterior sobre la economía española, el Real Decreto establece una serie de límites a la liberalización, límites que se dan tanto en el momento del acceso o establecimiento como en el momento del ejercicio de la profesión por las filiales y las sucursales de Bancos extranjeros.

Más adelante nos referiremos a las limitaciones operativas básicamente recogidas en el artículo 7 del RD 1388/1978. Por lo que atañe a las limitaciones en el momento del acceso, es de señalar que el referido Real Decreto somete el establecimiento en nuestro país de una filial o de una sucursal de Banco extranjero al requisito de la autorización previa (arts. 3, 1, y 5, 1, respectivamente). A diferencia de lo que sucede con las autorizaciones para la creación de Bancos nacionales, que son de competencia del ministro de Economía (art. 2, 1, Decreto 2246/1974, de 9 de agosto), esta autorización corresponde al Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y previo informe del Banco de España y del Consejo Superior Bancario. Su otorgamiento está subordinado a la observancia de dos requisitos:

1. El principio de reciprocidad, que se recogía ya en el artículo 40, 2, de la LOB de 1946, aunque referido al *ejercicio de la profesión bancaria* por los Bancos extranjeros ya establecidos y *no al acceso o establecimiento*, como en el caso que nos ocupa. Principio que constituye una fisura respecto del principio general de equiparación entre el comerciante extranjero y nacional (6).

2. El criterio de los *intereses de la economía nacional*. Este criterio modula también la autorización de creación de Bancos privados nacionales (art. 2, 1, del Decreto 2246/1974). En base a dicho criterio, se ha afirmado reiteradamente que el otorgamiento de autorizaciones para la creación de establecimientos de crédito extran-

---

(6) Vid., en este sentido, LÓPEZ ANTÓN, *Establishment of foreign Banks in Spain*, en «The International Lawyer», vol. 19, núm. 2, 1985, pág. 569; FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, pág. 145.

jeros tiene carácter discrecional; aplicando, asimismo, la doctrina de la discrecionalidad con el sentido que ésta tenía con anterioridad a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, estos actos de autorización se consideraron inmunes al control de los Tribunales de Justicia. Sin embargo, estas afirmaciones tal vez no sean acertadas. Más que atribuir una potestad discrecional, el criterio de «los intereses de la economía nacional» responde a la fórmula de los conceptos jurídicos indeterminados, que no deja resquicio a juicio o estimación subjetiva de la Administración. La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados exige un proceso reglado de aplicación e interpretación de la ley creadora del concepto, de modo que «el juez puede fiscalizar sin esfuerzo alguno tal aplicación, valorando si la solución a la que con ella se ha llegado es la única solución justa que la ley permite» (7).

## II. SISTEMAS DE ACCESO DE LA BANCA EXTRANJERA EN EL ORDENAMIENTO CREDITICIO ESPAÑOL

### 1. *Las distintas modalidades de acceso*

La penetración de la Banca extranjera en nuestro país ha adoptado modalidades diversas. En ocasiones, se han creado entidades operativas, dotadas de una cierta estabilidad, que han ejercido de modo directo la profesión bancaria en nuestro país; nos referimos, en concreto, a las filiales y sucursales de Bancos extranjeros. Otras veces, sin embargo, la presencia de la Banca extranjera en nuestro país se ha sustanciado en una participación (mayoritaria o minoritaria) en el capital social de Bancos españoles. Esta técnica de acceso indirecto, a diferencia de lo que sucede con las filiales y sucursales, no resulta de una implantación directa en el Estado de acogida; no se crea una nueva «entidad operativa», dotada de mayor o menor autonomía, que realice directamente operaciones de Banca.

Supuesto híbrido es el de la «oficina de representación». Al igual que la filial y la sucursal, es creada de modo unilateral y autónomo por un establecimiento de crédito extranjero. A nuestro juicio, debe incluirse, no obstante, en el apartado de las técnicas de acceso in-

(7) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA - Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1983, pág. 435; asimismo, F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, *passim*.

directo, ya que, como ha puesto de manifiesto FERNÁNDEZ ROZAS, se caracteriza por «no constituir *per se* una entidad operativa» (8), es decir, sus funciones son esencialmente de carácter informativo, estando imposibilitadas para realizar negocios de Banca.

## 2. Acceso directo: filiales y sucursales de Bancos extranjeros

Esta forma de acceso es objeto de regulación por el Real Decreto 1388, de 23 de junio de 1978, que regula la presencia de la Banca extranjera en España. Este Real Decreto regula el establecimiento de nuevos Bancos extranjeros a partir de su vigencia, no resultando aplicable «a los Bancos españoles con participación de capital extranjero y sucursales de Bancos extranjeros u oficinas de representación de Bancos extranjeros existentes en el momento de su entrada en vigor» (disposición transitoria segunda).

La creación en España de una filial o de una sucursal por personas físicas no residentes o por personas jurídicas extranjeras constituye, a tenor del artículo 3, párrafo 3, de la Ley de Inversiones Extranjeras (Decreto 3021/1974, de 31 de octubre), un supuesto de inversión extranjera en España. Ha de advertirse, no obstante, que esta inversión no se sujeta a la normativa general en la materia. La disposición final primera, tanto de la Ley como del Reglamento de Inversiones Extranjeras, atribuye un carácter especial a aquellas inversiones que se realizan en determinados tipos de empresas (entre ellas las que se realicen en empresas dedicadas a la actividad bancaria). Estas inversiones son objeto de regulación por sus disposiciones específicas, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la Ley o del Reglamento de Inversiones Extranjeras en lo no regulado por aquéllas.

En este sentido, hemos de advertir que, aun cuando el párrafo 2 del artículo 35 del Reglamento de Inversiones Extranjeras (Decreto 3022/1974, de 31 de octubre) considera competente a la Dirección General de Transacciones Exteriores para «autorizar las inversiones extranjeras destinadas a la creación, funcionamiento y operaciones en España de establecimientos o sucursales de sociedades extranjeras...», los artículos 3 y 5 del RD 1388, de 23 de junio de 1978, atribuyen tal competencia respecto de las filiales y sucursales bancarias al Consejo de Ministros. En principio, parece correcto

---

(8) Vid., de ese autor, *op. cit.*, pág. 158.

entender, sin embargo, que son de aplicación la Ley y el Reglamento de Inversiones Extranjeras en cuanto a la tramitación del expediente de inversión (art. 37 del Reglamento, básicamente) (9); pero, incluso en este caso, ha de hacerse alguna salvedad, pues en el supuesto que estamos contemplando la propuesta en el expediente de inversión es formulada por el ministro de Economía y no por la Junta de Inversiones Extranjeras (tal como dispone el artículo 36 del Reglamento para los expedientes que han de ser autorizados por el Consejo de Ministros); y, de otro lado, la solicitud deberá ser informada por el Banco de España y el Consejo Superior Bancario y no (como establece el ar. 37, 3, del Reglamento) por los ministros competentes por razón de la materia.

#### A) *Bancos filiales*

##### a) *Delimitación de la figura y condiciones de creación.*

En todas las legislaciones de los Estados miembros de la CEE, los Bancos filiales de Bancos extranjeros se presentan como sociedades de derecho nacional del país en el que están constituidas, sometidas, a todos los efectos, a su legislación bancaria. Asumen, por tanto, una forma jurídica de naturaleza similar a la adoptada por la Banca nacional, y las limitaciones o particularidades que afectan a su actividad derivan exclusivamente de la nacionalidad extranjera de los socios que detentan su capital social.

De acuerdo con estas premisas, el artículo 3 del Real Decreto de 23 de junio de 1978 atribuye al Consejo de Ministros la facultad de autorizar «la creación de Bancos españoles con capital íntegramente suscrito por Bancos extranjeros». Este acto administrativo de autorización para la creación de una nueva entidad crediticia tiene el carácter de acto de organización, ya que inserta a la nueva entidad bancaria en un *complesso organizzativo* (en la terminología italiana), en un ordenamiento sectorial peculiar como es el bancario, que definirá su *status*, sus derechos y obligaciones, así como su sujeción a los poderes directivos de algunas autoridades administrativas (10). Pues bien, estos Bancos filiales, cuya creación ha sido

(9) Vid., en este sentido, ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU, *Control de cambios (Régimen jurídico de las transacciones con el extranjero)*, tomo II, Madrid, 1985, pág. 1029.

(10) Este acto de habilitación para la constitución de la empresa bancaria no se ajusta al concepto tradicional de autorización entendida como acto de «remoción de límites» para el ejercicio de una actividad. La autorización bancaria responde

autorizada por el Consejo de Ministros, deberán «revestir la forma de sociedad anónima española, constituida por el procedimiento de fundación simultánea; se sigue así, en cuanto a la forma de la sociedad, el criterio establecido en el artículo 3, 1, del Decreto 2246/1974 para los Bancos nacionales. En consecuencia, la filial española de una entidad de crédito extranjera se constituye como sociedad anónima española, siendo asumida la totalidad de sus acciones en el acto fundacional por «Bancos extranjeros». Obsérvese que parece exigirse con carácter necesario la intervención de varios Bancos extranjeros en la creación de la nueva entidad (*joint banking venture*). Se trata, en definitiva, de una norma acorde con lo establecido en el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, en virtud del cual en la constitución de una sociedad anónima deben concurrir al menos tres personas, físicas o jurídicas. No parece, sin embargo, incompatible con el referido artículo 10 el hecho de que, en un momento posterior al de la constitución de la sociedad filial, uno de los socios adquiera la totalidad de las acciones. No es menos cierto que, en la medida en que toda cesión o transferencia de las acciones ha de realizarse con la autorización previa del Banco de España (art. 4, 1, del Real Decreto), la adquisición de la totalidad de dichas acciones por uno de los socios se hará con el visto bueno de dicha institución. El Banco de España, por tanto, tiene competencia administrativa no sólo en materia de establecimiento, sino también con motivo de la realización de determinadas operaciones, entre las que figura la cesión o transferencia de acciones.

Es de advertir, asimismo, que el requisito de que la suscripción del capital de la filial sea realizada en su integridad por entidades bancarias extranjeras supone, en este supuesto, una derogación de lo establecido para la creación de nuevos Bancos privados por el

---

más bien a lo que se ha dado en llamar «autorización operativa», por virtud de la cual se crea un *status* jurídico de sujeción especial del destinatario, «una relación jurídica entre los interesados y la Administración, que no se limita a un control preventivo, sino que lo extiende durante toda la vigencia de dicha relación, quedando el interesado en una posición de sumisión especial respecto a la Administración autorizante». Vid. esta cita en MANZANEDO MATEOS, *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Madrid, 1968, págs. 411 y 412. Asimismo, S. MARTÍN-RETORTILLO, *op. cit.*, págs. 280 y 281; ídem, *Acción administrativa sanitaria: Autorización para la apertura de farmacias*, en el núm. 24 de esta REVISTA, págs. 117 y ss., en especial 153; NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milán, 1972, págs. 45-47; GIANNINI, «Istituti di credito e servizi di interesse pubblico», en *Moneta e credito*, 1949, vol. II, págs. 105 y ss.; ídem, «Intorno all'autorizzazione all'apertura di sportelli», en *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 1950, II, págs. 303 y ss.

artículo 3, apartado 4, del Decreto 2246, de 9 de agosto de 1974. A tenor del citado artículo, los nuevos Bancos que se creen deberán «estar constituidos únicamente por personas físicas», sin que la participación en el capital de personas físicas extranjeras pueda exceder del 15 por 100 (apartado 5); en el caso que nos ocupa, sin embargo, los socios sólo podrán ser personas jurídicas (*entidades bancarias extranjeras*), que deberán asumir la totalidad del capital social de la filial.

Los Bancos filiales de otros extranjeros deben mantener un capital suscrito de, al menos, 750 millones de pesetas [art. 3, *b*), del Real Decreto 1388/1978, de 23 de junio]. Esta cantidad se vio aumentada a 2.000 millones de pesetas por el Real Decreto 677/1983, de 25 de marzo, con el objeto de soslayar los efectos de la inflación y la depreciación de la peseta respecto de otras monedas extranjeras. Los Bancos filiales deben suscribir, además, una prima de emisión del 100 por 100, que se constituye en reserva y de la que no se puede disponer sin autorización del ministro de Economía; se puede entender, en definitiva, que, a partir del Real Decreto de 25 de marzo de 1983, el montante total mínimo para la constitución de una filial de un Banco extranjero es de 4.000 millones de pesetas. El elevado importe de esta suma explica que la mayoría de las entidades bancarias que se han establecido en España hayan adoptado la forma de sucursales; aunque los Decretos 1388/78 y 677/83 establecen que éstas deben de mantener un capital suscrito en cuantía similar al exigido a las filiales, no prevén que, para su válida constitución, deban suscribir prima de emisión alguna (11).

De igual modo que sucede en el caso de creación de un Banco español con capital nacional, la solicitud de creación de una filial de establecimiento de crédito extranjero debe ir acompañada del justificante de haberse constituido en el Banco de España un depósito obligatorio del 5 por 100 del capital fundacional (12). Este

(11) Vid., en este sentido, CASTILLERO (del Servicio de Estudios del Banco de España), *La Banca extranjera en España. Marco legal y evolución de la creada según la normativa del Real Decreto 1388/1978*, «Boletín Económico del Banco de España», octubre 1985, pág. 44.

(12) Este justificante, requerido por el artículo 2 del Decreto 63/1972, de 13 de enero, para la creación de Bancos con capital nacional, se incluye también entre la documentación exigible para tramitar la solicitud de creación de la filial de un Banco extranjero; así resulta de una carta enviada el 4 de septiembre de 1978 por el Gobernador del Banco de España a los representantes de los Bancos extranjeros interesados en instalarse en nuestro país, en la que especifica los documentos que deben acompañar a la solicitud. Vid. el texto de dicha carta en FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, págs. 148-150.

depósito, previo, por tanto, a la resolución del Consejo de Ministros, otorgando o denegando la autorización solicitada, es indisponible y se devuelve inmediatamente en caso de que la solicitud sea denegada. Autorizada la creación, y con carácter previo al otorgamiento de la escritura fundacional, se debe ingresar en el Banco de España, en cuenta de disponibilidad condicionada, una cantidad, complementaria del depósito previo, necesaria para cubrir el importe del 50 por 100 del capital que ha de estar desembolsado en el momento de constitución de la filial [art. 3, c), del Real Decreto]. El desembolso del 50 por 100 restante del capital de la filial se debe efectuar en un período no superior a dos años. Tal como resulta de las normas generales, la filial bancaria, como cualquier sociedad anónima española, está sujeta a la obligación de inscripción en el Registro Mercantil (arts. 17 C. de com., 6 LSA y 84, 1, y 86, 1, Regl. Reg. Mer.); es, además, preceptivo que, con carácter previo a la inscripción en el Registro Mercantil, debe realizarse una inscripción de la nueva entidad bancaria en el Registro de Bancos y Banqueros [arts. 1, c), y 2 del Decreto de 9 de julio de 1948].

b) *Limitaciones en el funcionamiento de las filiales.*

A pesar de que los Bancos filiales de otros extranjeros se someten a las mismas normas que los Bancos españoles de capital nacional, la nacionalidad extranjera de los socios que detentan su capital social ha dado lugar a la previsión de ciertas limitaciones por cuanto se refiere a la transferencia de acciones, a la distribución de beneficios y a algunas de sus condiciones operativas (financiación limitada en el mercado interior, número de oficinas o de agencias, composición de su cartera de valores e inspecciones del Banco de España). Veamos:

a) En materia de *transferencia de acciones*, el artículo 4 del RD 1388/1978 exige que cualquier cambio en la propiedad o posesión de las acciones representativas del capital social de estos Bancos esté sujeto a autorización del Banco de España. Cuestión discutible es la relativa a quiénes podrán ser beneficiarios de la transmisión o de la constitución de un gravamen sobre dichas acciones. A nuestro modo de ver, la referida norma no pretende sólo impedir cambios en el accionariado sin autorización administrativa; se intenta, además, conseguir que los nuevos accionistas sean, asimismo,

entidades bancarias extranjeras (13). En otro caso, la condición bajo la cual se autorizó la creación del Banco filial (asunción íntegra del capital por Bancos extranjeros) desaparecería, y con ello se lesionaría la previsión del artículo 4, párrafo 2, en cuanto establece que la autorización de transmisión de acciones no debe modificar la normativa especial aplicable a las filiales de Bancos extranjeros según el Real Decreto. En base a la misma argumentación, parece correcto entender que ese criterio debe aplicarse igualmente a la exigencia de autorización del ministro de Economía para ceder los derechos de suscripción de nuevas acciones con motivo de las ampliaciones de capital (art. 4, 3, RD 1388/1978).

b) En materia de distribución de beneficios las filiales de Bancos extranjeros se someten a la normativa prevista para la Banca española, y, por lo que se refiere a la *transferencia al exterior de dichos beneficios*, el artículo 8, 1, del Real Decreto prevé que se realice de acuerdo con la Ley de Inversiones Extranjeras y disposiciones concordantes. Esta última previsión es reiterativa, ya que la disposición adicional primera de la Ley de Inversiones Extranjeras establece que el régimen general (de la Ley) es aplicable en todos los aspectos no regulados por las disposiciones específicas que rigen la inversión extranjera en determinadas empresas (entre las que figuran las bancarias). La norma aplicable en este caso no es otra que la recogida en el artículo 9 de la Ley de Inversiones Extranjeras en la que se consagra la libre transferibilidad al exterior de los beneficios obtenidos sin limitación cuantitativa, a menos que dichos beneficios «se hayan obtenido infringiendo las normas legales de inversión extranjera o incumpliendo las condiciones impuestas en la autorización administrativa...».

c) La materia relativa a las *limitaciones operativas* se regula en el artículo 7 del Real Decreto y pretende evitar los riesgos de una excesiva penetración de la Banca extranjera. Son las siguientes:

De una parte, fijación de un *límite en la captación de recursos* (en proporción no superior al 40 por 100 de sus inversiones) en el mercado interior, excluyéndose de esta limitación la financiación obtenida en el mercado interbancario español. Según ALVAREZ PAS-

(13) Vid. ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, *op. cit.*, pág. 1032, para quienes «frente a la libre transmisión de las inversiones extranjeras efectuadas al amparo de la normativa general, el RD 1388/1978 establece una serie de garantías y cortapisas para evitar que las acciones representativas de dicha inversión puedan caer en manos de personas distintas a las que se concedió la autorización de invertir»; en el mismo sentido, LÓPEZ ANTÓN, *op. cit.*, pág. 588.

TOR Y EGUIDAZU (14), «esta condición... pretende paliar el tradicional temor de la Banca española a una excesiva competencia de los Bancos extranjeros en el mercado doméstico». En todo caso, estas limitaciones no han supuesto un obstáculo a la actuación de la Banca extranjera en nuestro país (15). Han determinado, si acaso, la utilización por la Banca extranjera de un sistema de captación de pasivos totalmente distinto al de la Banca nacional; así como la Banca española refinancia sus operaciones de activo principalmente mediante depósitos, la Banca extranjera lo hace a través del mercado interbancario y del sector exterior. En el sector exterior, además, la Banca extranjera ha estado excluida de las limitaciones que la circular del Banco de España núm. 9, de 22 de enero de 1979, establece para la Banca española por cuanto se refiere a la captación de depósitos en divisas y colocación o utilización de los mismos. Señalemos también que sus inversiones se han centrado en créditos a tipos de interés variable y en créditos sindicados, cubriendo así un sector de servicios bancarios escasamente atendidos por la Banca nacional.

Otra limitación operativa relevante consiste en la *prohibición de abrir más de tres agencias*, incluida la oficina principal.

De otro lado, ha de señalarse que, a tenor del artículo 7, c), «*su cartera de valores estará integrada exclusivamente por fondos públicos y títulos de renta fija*. No obstante, podrán mantener en su cartera, por un período no superior a seis meses, acciones adquiridas en ejecución de deudas correspondientes a préstamos de buena fe». Con esta disposición se pretende evitar que un Banco filial (cuya instalación en España constituye ya una inversión extranjera realizada por Bancos extranjeros que asumen íntegramente su capital) pueda, a su vez, invertir en empresas españolas, adquiriendo total o parcialmente sus acciones (16). Se trata, en definitiva, de obstaculizar una progresiva expansión de la Banca extranjera en sectores económicos de nuestro país, por vía de participación en el capital de empresas españolas. La limitación resulta, quizá, excesiva, pues prohíbe toda inversión, por mínima que sea su cuantía.

(14) Vid. *op. cit.*, pág. 1032.

(15) Vid. S. EGUIDAZU, *La política bancaria comunitaria y las negociaciones de adhesión*, en «Información Comercial Española», abril 1985, pág. 67; CASTILLERO, *op. cit.*, pág. 44; K.-O. BORN, *op. cit.*, págs. 196-199; LÓPEZ ANTÓN, *op. cit.*, pág. 582.

(16) Vid. LÓPEZ ANTÓN, *op. cit.*, pág. 582; en el mismo sentido, ALVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU, *op. cit.*, págs. 1034-1035, quienes se refieren gráficamente a estas participaciones como «inversiones en cascada».

Señalemos, finalmente, que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7, *d*), «durante los cinco primeros años de su existencia, serán *inspeccionados por el Banco de España* al menos una vez al año. Si, como consecuencia de alguna inspección, se pusiera de relieve el incumplimiento manifiesto de normas de obligado cumplimiento o la existencia de indicios justificados de riesgo evidente para los fondos ajenos, el ministro de Economía, a propuesta del Banco de España, podrá disponer la intervención del Banco filial por el Banco de España mediante nombramiento de interventores, sin cuyo concurso no podrán actuar los órganos ejecutivos del Banco o sucursal intervenidos.

Con el mismo trámite, el Consejo de Ministros, a propuesta del ministro de Economía, podrá proceder a la revocación de la autorización administrativa de creación o establecimiento cuando las circunstancias que la inspección pusiera de relieve revistan especial gravedad».

Una norma prácticamente idéntica se prevé para los Bancos nacionales [art. 4, *c*), del Decreto 2246/1974, de 9 de agosto]. La única diferencia estriba en que, competente para revocar la autorización de creación de un Banco filial, cuando concurren circunstancias de «especial gravedad» en la infracción será el Consejo de Ministros, a propuesta del ministro de Economía, mientras que, tratándose de Bancos nacionales, tal competencia corresponde al ministro de Economía.

Sanción distinta se prevé en el supuesto de «incumplimiento manifiesto de normas de obligado cumplimiento o existencia de indicios justificados de riesgo evidente para los fondos ajenos». Se prevé entonces la facultad discrecional del ministro de Economía, a propuesta del Banco de España (propuesta que, a nuestro entender, no tiene carácter vinculante) de disponer la intervención de la filial extranjera por el Banco de España. Resulta dudoso que la intervención de una entidad bancaria se pueda realizar por simple Decreto ministerial. Sobre todo porque nuestra legislación mercantil prevé dos supuestos de designación de interventores y ambos son establecidos en normas con rango de ley: la intervención en caso de suspensión de pagos (Ley de 26 de julio de 1922) y la intervención en el embargo de empresas (Decreto-ley 18/1969, de 20 de octubre (17).

Dos precisiones más:

---

(17) Vid. ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU, *op. cit.*, págs. 1036-1037.

a) Por «normas de obligado cumplimiento» habrá que entender no sólo las recogidas en el Real Decreto, sino cualquier otra norma que con carácter imperativo regule la actuación de la Banca privada.

b) La expresión «indicios justificados de riesgo evidente para los fondos ajenos» parece referible tan sólo a los Bancos filiales, ya que, en el caso de las sucursales, la responsabilidad patrimonial de la matriz se extiende a las operaciones que éstas realicen, por lo que sería extraño que se diese tal circunstancia.

## A) *Sucursales*

### a) *Rasgos distintivos.*

A diferencia de lo que sucede con las filiales, las sucursales de Bancos extranjeros —como toda sucursal— no gozan de verdadera autonomía jurídica, es decir, de personalidad jurídica propia y de un patrimonio distinto o separado del de la empresa matriz. Disponen, simplemente, de autonomía de gestión (*centre d'affaires*, en la terminología francesa), pudiendo realizar operaciones jurídicas válidas y eficaces con terceros, sin necesidad de consultar con la casa matriz. Pero, por razón de la misma falta de autonomía patrimonial o económica, la sucursal no responde patrimonialmente de los contratos que celebra, sino que compromete directamente a la empresa principal, en cuyo nombre actúa. El cliente, a su vez, tiene acción no sólo respecto de los bienes asignados a la sucursal con la que ha tratado, sino también respecto de los bienes de la matriz, aunque estén situados en el extranjero (18); en realidad, se trata de una aplicación concreta del principio de indivisibilidad del patrimonio del deudor, consagrado en nuestro Derecho en el artículo 1911 del Código Civil (19).

(18) Vid. GAVALDA, «Les succursales bancaires en droit international et spécialement en droit communautaire», en *Droit et pratique du commerce international*, tomo II, núm. 3, 1985, pág. 438.

(19) Idéntico principio se recoge en el artículo 2740 del Código Civil italiano. Sin embargo, gran parte de la doctrina de aquel país ha defendido la tesis de que las sucursales de establecimientos de crédito extranjeros no son equiparables, en el terreno jurídico, a las sucursales de Bancos italianos. Este sector de la doctrina entiende que la sucursal de Banca extranjera constituye una *individualità giuridica propria*, dotada de un patrimonio distinto o separado del de la matriz, así como de autonomía objetiva y subjetiva (vid. MOLLE, *La banca nell'ordinamento giuridico italiano*, Milán, 1980, págs. 100-102; PIRAS, *Gli stabilimenti bancari nella dinamica dei rapporti d'impresa*, Milán, 1975, págs. 266 y ss.). Esta naturaleza peculiar de las sucursales italianas de Bancos extranjeros, tal como la entienden estos autores, tiene su justificación en el dato de que su establecimiento en Italia es equiparable a la

Esta dependencia orgánica de la sucursal respecto de su sede principal (identidad del sujeto titular y del objeto social) ha permitido configurarla como apéndice o prolongación de la matriz. En nuestro Derecho, así se deduce del Real Decreto 1388/78 que, si bien

---

constitución de un establecimiento de crédito nacional. Así se deduce —según esa doctrina— del artículo 5, c), de la Ley bancaria italiana (Ley de 7 de marzo de 1938, núm. 141), que las considera establecimientos de crédito y las somete a iguales controles y disciplina (ha de advertirse que si bien dicho artículo habla de *filiati* de establecimientos de crédito extranjeros, este término no goza en Italia de sustantividad propia respecto de las *succursali*; ambos términos son utilizados por la doctrina indistintamente para referirse a un tipo de dependencia bancaria que coincide en sus rasgos con la sucursal española y la sucursal comunitaria; vid. DE VECCHIS, «Dipendenze in Italia di enti creditizi stranieri», en *Banca, Borsa*, 1981, pág. 68).

Su mención en el elenco establecido en el artículo 5, c), de la Ley bancaria determina la íntegra aplicabilidad a dichas dependencias de la reglamentación bancaria nacional, que será la que regule el régimen operativo de las sucursales, así como los controles a los que se verán sometidas en el ejercicio de su empresa (art. 2506 Código Civil italiano). Pero, además, según dichos autores, esa mención es índice de la voluntad del legislador de considerar tales organismos bancarios situados en la tipología de los establecimientos de crédito, junto a entes dotados de personalidad jurídica (vid. DE VECCHIS, *op. cit.*, pág. 70).

Estos argumentos han llevado a estos autores a «aislar» el patrimonio de la sucursal italiana de Banco extranjero, entendiéndose que no responde de las obligaciones que hubiese contraído la empresa matriz con terceros, sino tan sólo frente a «sus» acreedores. Se trataría, en definitiva, de un *patrimonio di destinazione o patrimonio allo scopo*, que responde sólo de las operaciones realizadas con «sus» acreedores y no de aquellas que hubiese realizado la casa principal con terceros (vid. FERRARA, Jr., *Gli imprenditori e le Società*, Milán, 1980, págs. 174 y 175). Este modo de razonar se apoya en el tenor literal de los artículos 1, apartado 2, y 4 del RD de 4 de septiembre de 1919, al disponer que los Bancos extranjeros que piden autorización para la instalación de *sedes o succursali* indiquen «l'ammontare del capitale che intendono assegnare alla speciale gestione» en el territorio del Estado, debiendo, asimismo, elaborar un *bilancio separato* del que resulte el capital destinado a las operaciones en el Estado y el efectivamente utilizado. En atención a la asignación de parte del capital a la gestión especial de la sucursal y al hecho de que, en su opinión, cumple una función de garantía del cumplimiento de las obligaciones similar a la que cumple el capital en la constitución de una sociedad, estos autores individualizan una autonomía patrimonial que permite considerar a la sucursal como «centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas, nuevo *genus* entre la personalidad jurídica plena y la mera autonomía contable y operativa» (vid. CAPRIGLIONE, *L'impresa bancaria tra controllo e autonomia*, Milán, 1983, páginas 364 y 366).

La tesis expuesta, defendida por ilustres tratadistas, ha sido, sin embargo, puesta en tela de juicio. En este sentido, se ha dicho que la equiparación de la sucursal de Banca extranjera a los establecimientos de crédito nacionales tiene su justificación en la necesidad de aplicar a aquélla la «ley profesional», toda la disciplina pública del ordenamiento del crédito, que es una normativa de «policía económica», sujeta al principio de territorialidad. Pero es lo cierto —se agrega— que la sujeción a dicha ley no confiere a la sucursal más que una autonomía de gestión, que no tiene por qué conllevar un *coupe-circuit* jurídico absoluto con la matriz (vid. GAVALDA, *op. últ. cit.*, pág. 438). Tampoco las referencias a un capital asignado a la gestión especial de la sucursal o a un balance separado permiten concluir con la existencia de un patrimonio autónomo; sobre todo si se percibe la obligación que tiene la matriz de publicar el balance consolidado de toda la empresa, tal como establece el párrafo 1 del artículo 2506 del Código Civil italiano (vid. PORTALE, «*Le succursali di banche estere (autonomia patrimoniale o statuto personale autonomo?)*», en

sujeta a las sucursales a la misma regulación que los Bancos españoles (art. 7), confirma explícitamente la responsabilidad patrimonial de la empresa madre, entendiendo por sucursal «el establecimiento abierto en España por un Banco extranjero, bajo la denominación social y plena responsabilidad patrimonial de éste» (artículo 5, 2). Esta es también la posición que sigue la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades que, en Sentencia de 22 de noviembre de 1978 (aff. núm. 33/78), define la sucursal como «*centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison mère, pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir négocier des affaires avec des tiers, de telle façon que ceux-ci, tout en sachant qu'un lien de droit éventuel s'établira avec la maison mère dont le siège est à l'étranger, sont dispensés de s'adresser directement à celle-ci, et peuvent conclure des affaires au centre d'opérations qui en constitue le prolongement*» (20). Hasta tal punto la sucursal constituye un apéndice o prolongación de la matriz que la autorización que se otorga para su establecimiento en España tiene un carácter estrictamente «personal» e intransferible, de modo que si se enajenase la sucursal dicha autorización quedaría cancelada automáticamente (art. 5, 3, del Real Decreto de 23 de junio de 1978).

*L'attuazione delle direttive CEE in materia creditizia* —Atti del convegno tenuto a Napoli il 10 e 11 dicembre 1981—, Milán, 1983, pág. 322). Pero tal vez haya sido la normativa comunitaria la que ha terminado de invalidar la concepción de la sucursal como «patrimonio autónomo» dotado de una cierta «subjetividad jurídica». En este sentido, la Directiva de 12 de diciembre de 1977 establece: a) la posibilidad de rechazar la autorización a la implantación de sucursales de establecimientos de crédito extranjeros cuando estos últimos no posean fondos propios distintos (artículo 4, 2); b) la posibilidad de revocar la autorización otorgada a una sucursal cuando la autoridad competente del país en el que tiene su sede el establecimiento de crédito principal revoque la autorización a dicho establecimiento (art. 8, 2); por último, la tendencia a un *home country control* (ya vislumbrada en el tercer considerando de la referida Directiva), que supondrá un sistema de vigilancia por la matriz de todas sus dependencias bancarias establecidas en países de la Comunidad. Este objetivo es el que persigue la Directiva de 13 de junio de 1983 en materia de vigilancia sobre los entes crediticios ejercitada sobre base consolidada (vid., sobre esta Directiva, DASSESE, *The supervision of credit institutions on a consolidated basis: the Directive of 13 June 1983 of the Council of the European Communities*, en «Revue de la Banque», núm. 6, 1984, págs. 7 y ss.).

Por todo ello, parece acertado concluir que las sucursales gozan simplemente de una autonomía de gestión y de una contabilidad separada que justifican sobradamente la asignación de una parte del capital de la matriz para el desenvolvimiento de sus actividades. Como dice PORTALE, «no se puede hablar de sujeto o de patrimonio autónomo, sino de un "estatuto personal" autónomo de las sucursales, distinto del "estatuto personal" del establecimiento de crédito extranjero» (vid., de este autor, *op. cit.*, págs. 323 *in fine* y 324).

(20) Vid. «Recueil des Arrêts de la CEE», 1978, pág. 2194.

b) *Condiciones de establecimiento.*

Así como la filial de un Banco extranjero asume la forma jurídica prevista para la propia Banca nacional por la legislación bancaria del país en el que se constituye, el establecimiento de una sucursal exige el reconocimiento previo de la personalidad jurídica de la sociedad matriz por parte de la legislación española. No obstante, a partir de la Directiva 77/780 de la CEE, todo Estado miembro debe otorgar autorización de establecimiento a una sucursal comunitaria, incluso si el establecimiento de crédito creador, constituido en otro Estado comunitario, no reviste una de las formas jurídicas exigidas por el Estado miembro en el que se pretende implantar la sucursal a sus establecimientos de crédito (art. 4, 2, de la referida Directiva).

Por lo que se refiere a la asignación de capital que deben mantener suscrita, el artículo 6 del Real Decreto de 23 de junio de 1978 exigía que las sucursales de Bancos extranjeros mantuviesen una asignación no inferior a 750 millones de pesetas, totalmente desembolsada en efectivo en el momento de su constitución. El Real Decreto 677/1983, de 25 de marzo, eleva esa cifra a 2.000 millones, que habrá de estar en un 50 por 100 desembolsada en efectivo en el momento de su constitución; el 50 por 100 restante deberá desembolsarse en período no superior a un año, a contar desde su inscripción en el Registro de Bancos y Banqueros; a diferencia de lo que sucede en el caso de creación de una filial, el establecimiento de una sucursal bancaria extranjera no conlleva la obligación de suscribir una prima de emisión (21).

En cuanto al procedimiento de autorización es similar al fijado

---

(21) En ocasiones, la cuantía de la aportación que realiza un Banco extranjero interesado en la apertura de sucursales está condicionada por la circunstancia política del momento. Recientemente, las solicitudes de autorización a la apertura de sucursales por cuatro Bancos japoneses y uno canadiense han quedado estancadas en el Banco de España, cuyo informe recomendatorio es previo y preceptivo al pase del expediente al Ministerio de Economía y Hacienda. La justificación que se dio a esta retención de los expedientes fue la del temor de la Banca nacional a un excesivo crecimiento de la cuota del mercado (algo más del 14 por 100) de la Banca extranjera. No obstante, el Banco de España manifestó que su «escaso interés» por la instalación de dichas sucursales podía superarse si los aspirantes mejoraban sus condiciones de entrada, bien incrementando la aportación realizada en calidad de recursos propios, bien adquiriendo, entera o troceada, alguna entidad bancaria española. Los Bancos japoneses han optado por la primera de las posibilidades, comprometiéndose a elevar el capital mínimo de aportación hasta 3.000 millones de pesetas y a desembolsarlo de una sola vez. Vid. el diario «El País» de 16 de noviembre de 1985 (pág. 45), el de 27 de noviembre de 1985 (pág. 49) y el de 31 de diciembre del mismo año (pág. 31).

para los Bancos filiales; se precisa autorización del Consejo de Ministros, a propuesta del ministro de Economía y previo informe del Banco de España y del Consejo Superior Bancario, atendiendo para ello a los intereses de la economía nacional y a la aplicación del principio de reciprocidad (art. 5 del Real Decreto de 23 de junio de 1978). Aunque no tenga personalidad jurídica propia, la apertura de una sucursal por un establecimiento de crédito extranjero es considerada, a la vista de la legislación profesional, como una empresa nueva. Debe, pues, satisfacer las formalidades habituales de creación de un Banco (inscripción). De este modo, al igual que las filiales, la sucursal es creada por medio de documento público, autorizado por fedatario español (art. 29 del Reglamento de Inversiones Extranjeras), que deberá ser inscrito en el Registro Mercantil (arts. 14 del Reglamento de Inversiones Extranjeras y 88 y 97 del Reglamento del Registro Mercantil). A esta inscripción en el Registro Mercantil deberá preceder la inscripción en el Registro de Bancos y Banqueros [arts. 1, c), y 2 del Decreto de 9 de julio de 1948].

c) *Limitaciones operativas.*

Por lo que se refiere a las limitaciones operativas, rigen las mismas que hemos analizado respecto de las filiales: límite en la captación de recursos en el mercado interior, límite de oficinas, cartera de valores integrada exclusivamente por fondos públicos y títulos de renta fija e inspecciones del Banco de España.

3. *Acceso indirecto*

A) *Inversiones extranjeras en Bancos españoles.*

*La cuestión del control de hecho*

En ocasiones, la presencia de la Banca extranjera en nuestro país no se realiza directamente, es decir, mediante el establecimiento de una filial o de una sucursal, sino asumiendo una participación (mayoritaria o minoritaria) en el capital social de un Banco español. La relevancia práctica que tiene el optar por uno u otro modo de acceso es manifiesta: en el primer caso, la filial o la sucursal creada se someterá a las condiciones de establecimiento y las limitaciones operativas que establece el Real Decreto 1388/1978, de 23 de junio,

regulador de la presencia de la Banca extranjera en España. En el segundo caso, la inversión que realiza una entidad bancaria no residente en un Banco español no modifica la naturaleza de dicho Banco, que seguirá siendo español y sujeto, por tanto, a la legislación aplicable a los Bancos españoles.

El régimen legal de estas inversiones y su misma evolución resulta, en cierto modo, complejo (22). El Decreto-ley 16/1959, de 27 de julio, sobre Inversiones Extranjeras en España, establecía que la participación extranjera máxima en empresas españolas (sin necesidad de autorización administrativa) era del 50 por 100 del capital. Sólo con autorización del Gobierno se podía superar este porcentaje. No obstante, el artículo 3 de este Decreto-ley sometía ciertas actividades (entre las que mencionaba la bancaria) a sus legislaciones especiales, quedando como supletorio en lo no previsto por las mismas. Pues bien, por sorprendente que parezca, no resulta fácil saber si durante la vigencia del Decreto-ley 16/1959 existió alguna norma especial que regulara la inversión extranjera en las empresas de Banca. De una parte, como dudosa y discutible se presenta la aplicación del Reglamento de 8 de febrero de 1927, que preveía como límite máximo de participación extranjera en Bancos españoles el de una tercera parte de su capital social (23). En el caso de que dicho Reglamento (como nos parece más razonable) no se considerase aplicable al supuesto que nos ocupa, la participación extranjera podría llegar hasta un 50 por 100 del capital social del Banco español, tal como establecía el Decreto-ley 16/1959.

Posteriormente, la Orden de 21 de mayo de 1963, dictada en desarrollo del Decreto-ley 53/1962, de 29 de noviembre, sobre Bancos industriales y de negocios, prevé en su artículo 3 que la participación de Bancos extranjeros en Bancos industriales y de negocios creados durante su vigencia podrá ser de un 50 por 100 como máximo. Esta Orden constituye una norma especial bancaria, aplicable, sin embargo, con dos limitaciones: a) se refiere únicamente a Bancos industriales y de negocios, sin hacer referencia a la inversión

(22) Vid., sobre esta cuestión, ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU, *Control de cambios*, tomo II, Madrid, 1985, págs. 1021-1023; asimismo, FERNÁNDEZ ROZAS, *La Banca extranjera en España*, Oviedo, 1981, págs. 172-173. Para un detallado análisis de las distintas modalidades de inversiones extranjeras en España en el sector bancario y en otros sectores económicos, vid. MARTÍN MATEO, *Derecho público de la economía*, Madrid, 1985, págs. 315-325.

(23) Considera aplicable el Reglamento de 8 de febrero de 1927 V. GARCÉS (vid., de este autor, *Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España*, 2.ª ed., Barcelona, 1975, págs. 121-122).

extranjera en Bancos comerciales; b) en la medida en que alude exclusivamente a los «Bancos», parece excluir la participación de las personas físicas y sociedades extranjeras no bancarias.

De otra parte, resultaba también discutible la posibilidad de superar el porcentaje del 50 por 100 por medio de autorización del Consejo de Ministros. Esta posibilidad (recogida por la legislación entonces vigente de inversiones extranjeras) parecía excluida en este caso por el tenor literal del artículo 5 del Decreto-ley de 29 de noviembre de 1962, del que la citada Orden de 21 de mayo de 1963 no era sino desarrollo. El párrafo 2 de este artículo establecía de modo terminante que «en el capital de estos Bancos no podrán tener participación otros en cuantía total que exceda del 50 por 100». Parece, por tanto, que la referida Orden establecía como límite máximo de participación extranjera en el capital social de los *Bancos industriales y de negocios* el del 50 por 100, sin que dicho límite pudiera superarse, ni siquiera con autorización administrativa.

Al no existir norma específica respecto de los *Bancos comerciales*, esta laguna legal debía superarse acudiendo a la legislación vigente de inversiones extranjeras, es decir, al Decreto-ley de 27 de julio de 1959, cuyo artículo 5 establecía la necesidad de autorización del Consejo de Ministros cuando la participación extranjera superase el 50 por 100 del capital social del Banco español (24).

En relación con los Bancos de nueva creación, tanto industriales y de negocios como comerciales, toda esta disciplina cambia sustantivamente con el Decreto 63/1972, de 13 de enero, en el que se estableció que la participación de personas físicas o jurídicas extranjeras en el capital del *Banco a crear* no podía exceder en su conjunto de un 15 por 100 [art. 1, e)]. Este Decreto, que regulaba la participación extranjera en Bancos industriales o comerciales creados a su amparo (los creados con anterioridad seguían rigiéndose por sus disposiciones específicas), introducía tres novedades respecto de la Orden de 21 de mayo de 1963: 1) se refiere no sólo a los Bancos industriales o de negocios, sino también a los comerciales; 2) suprime el requisito de que el inversor tenga que ser un Banco extranjero, admitiendo la posibilidad de que el inversor extranjero sea persona física o jurídica no bancaria; 3) reduce el porcentaje máximo de inversión extranjera en Bancos españoles del 50 al 15 por 100.

(24) Vid., en este sentido, LUCAS FERNÁNDEZ, *Inversiones extranjeras en España*, Madrid, 1975, págs. 58-59.

En 1974, un nuevo Decreto-ley, el 2246/74, de 9 de agosto, establece una nueva normativa para los Bancos de nueva creación. La posible participación de capital extranjero quedaba sujeta a las siguientes condiciones: *a)* límite de 15 por 100 del capital social; *b)* la participación debía proceder de personas físicas extranjeras, no de personas jurídicas, ya fueran bancarias o no bancarias; *c)* las nuevas acciones que se emitieran como consecuencia de ampliaciones de capital durante los primeros cinco años deberían ser suscritas necesariamente entre los antiguos accionistas, no pudiendo cederse a terceras personas los derechos de suscripción sin autorización del Banco de España; de ese modo, durante dicho período de tiempo, los socios extranjeros no podrían suscribir nuevas acciones en un porcentaje superior al 15 por 100.

A la vista de algunos problemas suscitados en la aplicación de ese Decreto-ley 2246/1974, se dicta el Real Decreto 1294/1981, de 5 de junio. En este Real Decreto se prevé que las limitaciones en la cuantía de la participación (15 por 100 como límite máximo) y en la naturaleza de los participantes (solamente personas físicas) sólo serán de aplicación durante los cinco primeros años de existencia de los Bancos. De este modo, transcurrido ese período de tiempo y alcanzada por los Bancos la confirmación definitiva de la autorización de creación (art. 5 del Decreto 63/1972, de 13 de enero), las inversiones extranjeras se regirán por las normas generales aplicables en la materia (25); es decir, el porcentaje de inversión libre será del 50 por 100 y los inversores extranjeros podrán ser personas físicas o jurídicas. Para exceder el tope del 50 por 100 se precisará autorización administrativa del Consejo de Ministros (art. 5 del Reglamento de Inversiones Extranjeras) (26).

(25) Dichas normas son el Decreto 3021/1974, de 31 de octubre, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto refundido de las disposiciones legislativas sobre inversiones extranjeras (véase especialmente la disposición final primera de dicho Decreto), y el Decreto 3022/1974, de la misma fecha, que aprueba el Reglamento en la materia.

(26) Esta normativa general en materia de inversiones extranjeras ha sido objeto de una reciente e importante modificación por Real Decreto 1042/1985, de 29 de mayo, que liberaliza el régimen de autorización de las inversiones extranjeras en España. Tal como establece su Exposición de Motivos, con este Real Decreto «se pasa del actual sistema de autorización previa al de liberalización con mera notificación previa o verificación con silencio administrativo positivo». Este Real Decreto exceptúa, sin embargo, de dicha liberalización las inversiones realizadas en empresas cuya actividad corresponda a sectores con legislación específica, en los límites definidos por sus normas peculiares; en la enumeración de esas empresas (vid. Anexo de la Orden de 19 de julio de 1985 que desarrolla el Real Decreto 1042/1985) se incluyen las bancarias. No obstante, entendemos que cuando por remisión de la le-

Aunque parezca reiterativo, es necesario resaltar, una vez más, que tanto la Orden de 1963 como los Decretos de 1972 y 1974 se aplican exclusivamente a los Bancos que fueron creados a partir de las fechas de entrada en vigor de las mismas, no afectando, por tanto, las restricciones que en ellas se establecen a los Bancos existentes o constituidos con anterioridad a esas fechas. Con todo, la disposición adicional del Decreto 2246/1974, de 9 de agosto, que modifica la regulación de la creación de nuevos Bancos privados, contiene una importante excepción, al prever la posibilidad «en casos especiales en que así convenga al interés nacional» de que por acuerdo del Consejo de Ministros (27) se otorgue autorización «para la constitución de Bancos de estatuto especial por razón de la participación extranjera no sometidos a las normas del presente Decreto». En realidad, el otorgamiento o no de la autorización para la constitución de un Banco de estatuto especial responde a una apreciación discrecional del Consejo de Ministros, que concederá dicho estatuto cuando considere que la incorporación del Banco supone un beneficio para la economía española (28).

#### *La cuestión del control de hecho.*

La Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946, establecía en su artículo 45 que cuando la adquisición de acciones o participaciones en el capital social de empresas bancarias españo-

---

gislación específica de este tipo de inversiones o por cualquier otro motivo resulte aplicable la normativa general (Ley y Reglamento de Inversiones Extranjeras) a las inversiones realizadas en estas empresas, el Real Decreto de liberalización tendrá plenos efectos.

(27) En supuestos normales, la autorización para la creación de nuevos Bancos privados corresponde al Ministro de Hacienda (hoy de Economía), según el artículo 2, 1, del Decreto 2246/1974.

(28) Vid., en este sentido, LÓPEZ ANTÓN, *Establishment of Foreign Banks in Spain*, en «The International Lawyer», 1985, vol. 19, núm. 2, pág. 591. En virtud de esta autorización, el Gobierno español permitió la creación de dos Bancos: 1) el Banco Árabe Español, S. A. (Aresbank), creado en 1975, con una participación extranjera en el 60 por 100 de su capital; 2) el Banco Saudí Español (Saudesbank), creado en 1979, con una participación extranjera en el 50 por 100 de su capital. Como ha puesto de manifiesto MARTÍN OVIEDO, las particularidades de estos Bancos de estatuto especial no se limitan a que su constitución sea autorizada por acuerdo del Consejo de Ministros o a que la participación extranjera en su capital sea superior al 15 por 100, establecido como límite máximo en el artículo 3, 5, del Decreto 2246/1974; según este autor, las singularidades se extienden a otro punto de gran importancia, como es el hecho de que tales Bancos se hayan constituido con la participación de personas jurídicas nacionales y extranjeras, a pesar de que el artículo 3, párrafos 4 y 5, del Decreto 2246/1974 lo prohíbe (*Derecho Bancario Español*, Madrid, 1977, páginas 19, en nota, y 21).

las «*lleve de hecho anejo el control de las mismas*» será precisa autorización del Ministro de Hacienda (hoy de Economía), previo informe del Consejo Superior Bancario. La cuestión que aquí se plantea es la de saber si una participación *minoritaria* (inferior al 50 por 100, o incluso del propio 50 por 100) puede, bajo ciertas circunstancias, ser calificada también como «de control».

La referida Ley de Ordenación Bancaria de 1946 no establece ningún porcentaje específico que delimite o precise el concepto de control de hecho. La autoridad administrativa será, por tanto, la que deberá decidir sobre esta cuestión. No está de más, sin embargo, revisar algunos de los preceptos que en nuestro ordenamiento pueden orientar acerca de qué porcentajes se vienen a estimar como un control de hecho ejercido por una entidad sobre otra, algo que, en definitiva, puede servir también de orientación en el caso de la adquisición de acciones de un Banco español por un inversor extranjero. En este sentido, el artículo 7, 3, del Reglamento de Inversiones Extranjeras describe el control de hecho como «una situación de dominio o prevalencia en la empresa, derivada de cualquier circunstancia que permita comprobar a la Administración la existencia de una influencia decisiva de los socios extranjeros en la gestión de la sociedad». De otro lado, el «anteproyecto de reforma de la Ley de Sociedades Anónimas» de 1979 (art. 233) entiende, asimismo, que una sociedad es dominante cuando ejerce una influencia decisiva sobre la actuación de otra sociedad, que es, por ello, dependiente de aquella. El término «influencia decisiva» nos deja todavía sin una definición específica del llamado «control de hecho».

Un criterio más concreto encontramos en el Reglamento del Impuesto de Sociedades. En su artículo 39.3 establece, en efecto, el 25 por 100 del capital social como el porcentaje que delimita la vinculación o no vinculación entre dos sociedades, señalando, además, que tal vinculación se dará también «cuando, sin mediar esta circunstancia, una sociedad ejerza en otra funciones que impliquen el ejercicio del poder de decisión». Más próxima y significativa es, quizá la disciplina legal sobre consolidación de balances de las entidades financieras. El artículo 8.3, c), de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, establece, a los efectos de dicha consolidación de balances, que una entidad se considera controlada por otra cuando la dominante tenga una participación en el capital de la dominada no inferior al porcentaje que establezca el Gobierno reglamentariamente, y cuando la dominada esté sometida a la «dirección única» de la

dominante. Se considerará que existe «dirección única» cuando al menos la mitad más uno de los consejeros de la dominada son consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta. Mas, en relación con ese párrafo c) del artículo 8.3 de la Ley 13/1985, el Real Decreto 1371/1985, de 1 de agosto, establece que el porcentaje aludido (fijado por el Gobierno) es de un 20 por 100 del capital social de la entidad dominada (29). Parece, por tanto, que, a los efectos de consolidación de balances de las entidades financieras, se supone que existe una situación de control cuando la participación es superior al 20 por 100 del capital social. Hay que añadir, no obstante, que, según el artículo 2.3 del citado Real Decreto 1371/1985, los propios interesados pueden justificar ante el Banco de España que no existe tal control. En conclusión, se puede afirmar que la legislación española da ciertas indicaciones acerca de la posibilidad de entender que existe vinculación y posibilidad de control entre varias sociedades cuando se produzca una participación igual o superior al 20 por 100 del capital social.

En todo caso, es interesante hacer una breve referencia a las posibles consecuencias que se darán cuando se adquiera una posición de «control», sin previa autorización administrativa. En el caso de que el Banco de España, ante la adquisición de acciones por un Banco extranjero sin autorización administrativa, entendiera que existe control de hecho y que, por tanto, la adquisición requería autorización administrativa prevista en el artículo 45, párrafo c), de la Ley de Ordenación Bancaria, las consecuencias podrían ser de dos tipos:

a) La declaración de nulidad de la adquisición por el Banco extranjero de las acciones del Banco español, por tratarse de un acto contrario a una norma imperativa (art. 6.3 del Código Civil). Esta nulidad deberá ser declarada por la vía judicial, en virtud de procedimiento que puede ser iniciado por el Banco de España. La declaración de nulidad de la compraventa de las acciones constituye el medio de hacer efectiva la norma que exige la autorización administrativa en los casos establecidos por el artículo 45, c), de la Ley de Ordenación Bancaria. Esta autorización que ha de otor-

---

(29) Este porcentaje del 20 por 100 está en la línea del Decreto 702/1969, de 26 de abril, en cuyo artículo 6 se establecía como grupo de empresas filiales de un Banco al conjunto de todas aquellas en las que la participación directa o indirecta del Banco es de un 20 por 100, como mínimo.

gar el Ministro de Economía limita, por tanto, la autonomía privada de los Bancos interesados en la operación de transferencia de acciones. Se trata, una vez más, de un acto administrativo que incide en una relación jurídica *inter privatos*, limitando la libertad económica de los mismos (30).

b) Cabe, de otro lado, que de acuerdo con el artículo 56 de la Ley de Ordenación Bancaria, el Banco extranjero sea sancionado por infracción de la citada Ley. Ese artículo se refiere a los Bancos en general, sin distinguir entre Bancos operantes y no operantes en España. El artículo 57 establece una escala de sanciones eventualmente aplicables en el caso de infracción. Para Bancos no operantes en España, solamente las sanciones de advertencia, amonestación y multa tendrían lugar. La sanción de multa puede ser por cantidad fija hasta 150.000 pesetas o, lo que sería más grave, por cantidad proporcional a la infracción cuando tenga base cifrable, y hasta el 20 por 100 de ésta.

Las posibles consecuencias de una infracción del artículo 45, c), de la Ley de Ordenación Bancaria deben medirse también en función de la posterior actuación del Banco de España en el ejercicio de sus facultades de control e intervención de la Banca privada que le concede la ley, y que puede ser fácil de justificar en el supuesto de una situación de crisis del Banco español en el que el Banco extranjero haya adquirido su participación. Un mayor rigor por parte del Banco de España podría llevar consigo no sólo unas más duras sanciones a la hora de aplicar el artículo 57 de la Ley de Ordenación Bancaria (31), sino también otras acciones como la exclusión del Fondo de Garantía de Depósitos, en el caso de una insolvencia económica, que podría provocar la suspensión de pagos o la quiebra del Banco en cuestión (o, como alternativa, su adquisición por el Fondo de Garantía de Depósitos). Estas posibles acciones que el Banco de España podría aplicar constituyen un importante elemento disuasorio para cualquier Banco extranjero que pretenda llevar a cabo una adquisición de acciones sin una autorización

(30) Sobre esta intervención administrativa en las relaciones jurídico-privadas y los problemas de cobertura legal que conlleva, vid. RIVERO YSERN, *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Sevilla, 1969, págs. 16 y ss.

(31) Algunas de estas acciones serían: a) suspensión por un plazo máximo de un año de las ventajas que conceden las disposiciones vigentes a los Bancos en sus relaciones con el Banco de España; b) suspensión de los elementos directivos en sus funciones, con o sin nombramiento de administradores provisionales, y c) exclusión del Registro de Bancos operantes en España, liquidación y disolución de la entidad sancionada.

administrativa, particularmente cuando el Banco español en el que invierta no tenga una situación económica plenamente saneada.

### B) *Oficinas de representación*

La característica más importante de la oficina de representación es la de no realizar operaciones de Banca. Así se desprende del artículo 2 del Real Decreto 1388/1978, de 23 de junio, en virtud del cual no les está permitido «desarrollar operaciones de crédito, depósito e intermediación financiera». De este modo, sus funciones son esencialmente de tipo informativo y de promoción comercial de la entidad bancaria a la que representan (32). Debido a lo limitado de sus funciones, su instalación «no se considera desde la perspectiva del país de acogida como establecimiento de un Banco, por lo que ni está sometido a las formalidades de éste ni a las consiguientes limitaciones o prohibiciones cuando existan» (33).

Con frecuencia, la instalación de una oficina de representación se realiza a título provisional, transformándose luego en una forma de implantación más estable (sucursal o filial) (34).

Por tratarse de una forma de implantación más débil que la de las filiales o sucursales de Bancos extranjeros, no está sujeta a las mismas formalidades; en este sentido, competente para otorgar la autorización a la implantación es el ministro de Economía y no, como en el caso de aquéllas, el Consejo de Ministros.

### III. NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE BANCA (35)

La finalidad que persigue la normativa comunitaria en materia de Banca se enmarca en un proceso gradual que, teniendo como objetivo la consecución de un sistema bancario unitario en toda la comunidad (resultante del establecimiento de una reglamentación

(32) ABELLA POBLET, *op. cit.*, pág. 203.

(33) FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, pág. 160.

(34) Vid. CHAMAS, *L'Etat et les systemes bancaires contemporains*, París, 1965, pág. 56; RIVOIRE, *Les banques dans le monde*, París, 1984, pág. 100; H. KIM-W. MILLER, *Competitive Structure of the International Banking Industry*, Lexington (Massachusetts), 1983, pág. 37.

(35) Vid., en general, sobre este tema, VASSEUR, *Droit Bancaire français et Marché Commun*, París, 1981, *passim*.

común en todos los Estados miembros), tendría dos fases (36). Una, primera, en la que cada Estado miembro mantendrá su propia normativa bancaria, pero suprimiendo de ella toda restricción en materia de establecimiento y de libre prestación de servicios que suponga un trato discriminatorio respecto de los Bancos de otros países de la Comunidad. Y otra, segunda, en la que se coordinarán las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los distintos Estados miembros, estableciendo condiciones objetivas y uniformes de acceso o autorización de entidades crediticias extranjeras, reduciendo en lo posible el margen de discrecionalidad que a este respecto existe todavía en muchas legislaciones. Este es el propósito a que responden, respectivamente, las Directivas aprobadas por el Consejo de la Comunidad el 28 de junio de 1973 (Directiva 73/183 CEE) y el 12 de diciembre de 1977 (Directiva 77/780 CEE) (37).

### 1. *La Directiva de 28 de junio de 1973 (73/183 CEE)*

Pretende, como ha quedado expuesto, suprimir las restricciones basadas en discriminación por razón de nacionalidad al establecimiento y libre prestación de servicios de Bancos y otras instituciones financieras. Procura, por tanto, en este ámbito, que las personas físicas o sociedades que realizan una actividad bancaria o de intermediación financiera lo hagan, en cualquiera de los Estados miembros de la Comunidad, en las mismas condiciones y con los mismos derechos que los nacionales.

En su artículo 3, la Directiva contiene un listado de las restricciones que cada país miembro debería eliminar de su legislación para que el objetivo del trato asimilado de extranjeros y nacionales pueda ser conseguido. Entre estas restricciones a suprimir están: *a)* el requisito de que los establecimientos de crédito extranjeros destinen en el ejercicio de su actividad un capital superior al exigido a los Bancos nacionales de iguales características; *b)* la condición de reciprocidad; *c)* la obligación de una autorización especial para los Bancos extranjeros; *d)* la condición de nacionalidad exigida a los miembros de los Consejos de Administración, directores

(36) Vid. CLAROTTI, *La coordination des législations bancaires*, en «Revue du Marché Commun», núm. 254, febrero 1982, pág. 68.

(37) Estas dos Directivas han sido publicadas, respectivamente, en los Diarios Oficiales de la Comunidad de 16 de julio de 1973 y de 17 de diciembre de 1977.

de Bancos y directores de sucursales; e) la inscripción de los Bancos extranjeros en una lista especial; f) el requisito de que la sociedad que solicite autorización para ser admitida al ejercicio de la actividad bancaria esté constituida en el Estado miembro receptor; g) la duración limitada de las autorizaciones acordadas a los súbditos extranjeros. Este largo listado de restricciones que han de ser eliminadas nos servirá, más adelante, al considerar las limitaciones a suprimir en la legislación bancaria española para que el trato dispensado a los establecimientos de crédito extranjeros no sea más gravoso que el dispensado a los nacionales.

La importancia de esta Directiva de 28 de junio de 1973 se ha visto desvirtuada, al ser sobrepasada por dos Sentencias pronunciadas en 1974 por el Tribunal de Justicia de la Comunidad: Sentencia «Reyners», de 21 de junio de 1974, y Sentencia «Van Binsbergen», de 3 de diciembre de 1974. Estas Sentencias consagran la aplicabilidad directa de las disposiciones de los artículos 52 y 59 del Tratado de Roma, que recogen el principio de igualdad de trato con los súbditos nacionales en materia de establecimiento y en materia de prestación de servicios. En consecuencia, el principio de no discriminación en estas materias se aplicará directamente a cualquier «actividad económica no asalariada» (término empleado en el párrafo segundo del artículo 52), sea o no bancaria, aunque el Consejo de la Comunidad no hubiese aprobado ninguna Directiva (38). Aun en el caso de que las dos Sentencias citadas no hubiesen sido pronunciadas, entendemos que el principio de no discriminación o de igualdad de trato en materia de establecimiento y de libre prestación de servicios bancarios hubiese podido ser invocado ante los Tribunales de un Estado miembro, incluso si ese Estado no hubiese dictado, en el plazo previsto por la Directiva de 1973, un acto interno de adaptación. Y ello porque, dado el carácter incondicionado y suficientemente preciso de las disposiciones contenidas en la Directiva de 1973, se presenta ésta como un ejemplo paradigmático para reconocerle efectos directivos (39).

---

(38) Vid., en este sentido, GEORG RESS, «La libre circulación de personas, de servicios y de capitales», en la obra colectiva *Treinta años de Derecho Comunitario*, cap. II, Luxemburgo, 1984, pág. 334.

(39) Sobre la eficacia directa de las Directivas comunitarias, vid. MUÑOZ MACHADO, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Madrid, 1986, páginas 128-143.

## 2. La Directiva de 12 de diciembre de 1977 (77/780 CEE) (40)

La Directiva 183, de 28 de junio de 1973, representa el primer paso de un proceso gradual tendente a la realización de un sistema bancario unitario en toda la Comunidad. Este acto normativo pretende, como ya hemos dicho, que cada Estado miembro permita a los Bancos que operan en la Comunidad la apertura de filiales y sucursales en las mismas condiciones y con los mismos derechos que los Bancos nacionales de ese Estado, prohibiendo toda discriminación por razón de la nacionalidad.

Pero, si bien es verdad que este texto normativo suprime las restricciones fundadas en la nacionalidad, no es menos cierto que dejaba inalteradas las disposiciones legales y administrativas bancarias de los distintos Estados miembros, de modo que seguían vigentes las normas propias de cada Estado relativas a los requisitos para el ejercicio de los derechos de establecimiento y de prestación de servicios (41). De este modo, el alcance liberalizador era bastante limitado, resultando «afectadas por la Directiva las discriminaciones fundadas en la nacionalidad, pero no así las restantes» (42). En consecuencia, las oficinas de representación, sucursales o filiales creadas en la Comunidad debían de conformarse íntegramente a las condiciones de acceso y de ejercicio de la actividad establecidas por la reglamentación bancaria de cada Estado miembro de acogida. La propia Directiva de junio de 1973 es consciente de este reducido alcance liberalizador: en su séptimo considerando establece, en efecto, que, «a la espera de una coordinación, la Directiva deja inalteradas las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que, aplicables sin condición de nacionalidad, prohíben a las personas físicas o a las sociedades constituidas bajo ciertas formas el ejercicio de cualquiera de las actividades contempladas por la Directiva». Suprime, por tanto, las restricciones en materia de establecimiento y de libre prestación de servicios sin proceder, previa o simultáneamente, a una armonización o coordinación de las legislaciones bancarias de los Estados miembros.

(40) Vid., sobre esta Directiva, LE BRUN, *Une première étape vers l'harmonisation européenne des réglementations bancaires*, en «Revue de la Banque», 1979, I, páginas 25 y ss.

(41) Vid., en este sentido, DE VECCHIS, *Dipendenze in Italia di enti creditizi stranieri*, en «Banca, Borsa e Titoli di Credito», 1981, parte prima, pág. 69 *in fine*.

(42) Vid. ORTIZ-ARCE, *Las entidades financieras y de crédito en el marco de la CEE (Análisis del Derecho comunitario derivado afectando a Bancos y a Cajas de Ahorros)*, en «Revista de Instituciones Europeas», núm. 2, 1981, pág. 371.

El primer intento armonizador en materia bancaria aparece con la Directiva de 12 de diciembre de 1977 (43). Este acto normativo adoptado por la Comisión no realiza, sin embargo, una coordinación puntual o precisa. Constituye más bien un marco de principios comunes en el que se tratan de objetivar las condiciones de autorización para el acceso a la actividad bancaria. En el futuro, la Comisión deberá, mediante propuesta de nuevas Directivas, dotar de contenido concreto a cada uno de esos principios inspiradores, estableciendo un conjunto de reglas que permita transformar o convertir en realidad lo que todavía es un simple esbozo de Mercado Común bancario. El objetivo que busca la referida Directiva de 1977 se hace explícito en su propio preámbulo: consistía en establecer condiciones uniformes de autorización para categorías similares de entes crediticios (44); hasta el punto de que cualquier institución de crédito establecida en un país podría operar en cualquier otro sin necesidad de autorización previa y bajo su forma legal originaria. La acción interventora del Estado se reducirá entonces a la mera verificación de la posesión de los requisitos objetivos por parte de quienes acceden al sector. Este proceso en favor de la uniformidad permitiría, además, centralizar el control de un ente crediticio, que opera a través de agencias, sucursales o filiales en varios Estados miembros, en las autoridades competentes del Estado miembro en el que el ente crediticio tiene su sede social (*home country control*). Es lo cierto, sin embargo, que la citada Directiva de 1977 no realiza aquel objetivo. La consecución del mismo tendrá lugar, más bien, al final de una larga fase de coordinación o armonización, que tiene en esa Directiva su primera manifestación. No habría sido posible

(43) La disposición final primera de esta Directiva estableció un plazo de veinticuatro meses, a contar desde su notificación, para que los Estados miembros adoptasen las medidas necesarias para su actuación. Un supuesto de retraso en la actuación de la misma lo constituye el Estado italiano; el 1 de julio de 1980, el Gobierno italiano presentó al Senado de la República un proyecto de ley solicitando la delegación para actuar la Directiva, siendo así que la Directiva 77/780 debía haber sido actuada antes del 15 de diciembre de 1979. Este retraso del Estado italiano constituye una infracción del Tratado por incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 189, 3, que ha sido condenada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad en Sentencia de 1 de marzo de 1983. Vid., sobre este particular, SALANITRO, *Le direttive comunitarie in materia creditizia*, en «Banca, Borsa e Titoli di Credito», 1982, I, pág. 105; ídem, *Concorrenza Bancaria e Direttive comunitarie*, en «Banca, Borsa e Titoli di Credito», 1985, I, págs. 137-138.

(44) Para CAPRIGLIONE, la uniformidad y objetivación de las condiciones de autorización de las distintas categorías de entes crediticios es el objetivo primario de la Directiva de 1977, y su realización exige la progresiva restricción de los márgenes de apreciación discrecional (vid., de este autor, *L'impresa bancaria tra controllo e autonomia*, Milán, 1983, págs. 351, 352, 357).

de otro modo. Las diferencias existentes en las legislaciones nacionales (que se manifiestan, v. gr., en las distintas acepciones que tiene el término «Banco» en cada Estado miembro) no permitía crear un Mercado Común bancario por medio de una Directiva única.

- Para un mejor conocimiento del alcance de esa Directiva de 1977, veamos ahora sus aspectos más relevantes: beneficiarios de la Directiva, condiciones de autorización de establecimientos de crédito y apertura de sucursales.

#### A) *Beneficiarios de la Directiva*

Los beneficiarios de la Directiva son los establecimientos de crédito, entendiéndose por tales —como señala su artículo 1— las empresas que reciben del público depósitos y otros fondos reembolsables y conceden créditos por cuenta propia (45). Quedan excluidas, por tanto, de la aplicación de la misma determinadas empresas que, si bien tienen como actividad principal la de conceder créditos, obtienen su financiación en el mercado monetario o interbancario (tal es el caso de los establecimientos financieros) y no directamente del público.

Por otro lado, resulta polémica la interpretación que se debe hacer de la expresión «conceder créditos por cuenta propia». En este sentido se ha manifestado la necesidad de precisar el contenido de esta proposición en una coordinación ulterior, ya que, entre tanto, la expresión tendrá que ser interpretada de acuerdo con cada legislación nacional (46).

---

(45) De acuerdo con esta definición de la Directiva 77/780, la reciente Ley francesa número 84-46, de 24 de enero de 1984, relativa a la actividad y al control de los establecimientos de crédito, prevé, entre las operaciones de Banca que una persona moral debe de realizar habitualmente para poder ser considerada establecimiento de crédito, «la reception de fonds du public» y «les opérations de crédit» (art. 1, párrafo 2). El texto de esta Ley se recoge en la revista «Banca, Borsa e Titoli di Credito», 1984, I, págs. 364-384.

(46) Vid., en este sentido, CLAROTTI, *op. cit.*, pág. 75. El autor pone un ejemplo muy ilustrativo: así como el *leasing* en Francia y Bélgica es asimilado al crédito, de modo que el establecimiento que realice este tipo de operaciones, si obtiene su financiación del público, estará sujeto a la Directiva, no sucede lo mismo en aquellos países, como Alemania, donde el *leasing* no se asimila al crédito; en consecuencia, en estos últimos países, aun obteniendo financiación del público, los establecimientos que realizan tales operaciones no podrán ser considerados como establecimientos de crédito.

B) *Condiciones de autorización de establecimientos de crédito*

La Directiva exige el otorgamiento de una autorización como requisito previo al ejercicio de la actividad bancaria por los establecimientos de crédito. No define, sin embargo, un modelo preciso de autorización. Fija tan sólo (art. 3, 2) unas condiciones mínimas obligatorias que deberá satisfacer un establecimiento de crédito para que le sea otorgada por la autoridad competente: *a)* existencia de fondos propios distintos; *b)* existencia de fondos propios mínimos suficientes, y *c)* presencia de, al menos, dos personas que determinen efectivamente la orientación de la actividad del establecimiento de crédito, y que deberán, además, reunir la honorabilidad necesaria y la experiencia adecuada para ejercer sus funciones.

Esta simple consideración muestra el amplio margen de libertad que la Directiva atribuye a las legislaciones de los Estados miembros. Por una parte, corresponderá a estos Estados fijar la naturaleza y el carácter de la autoridad que ha de conceder la autorización. De otro lado, y en forma aún más significativa, las condiciones de autorización que establece el artículo 3, 2, son genéricas e indeterminadas, correspondiendo a los Estados miembros dotarlas de contenido. Piénsese, por ejemplo, en las diferencias entre las distintas legislaciones estatales por cuanto se refiere a la composición y al nivel «mínimo» de los fondos propios suficientes para que se pueda otorgar la autorización: ese «mínimo» varía entre los 6 millones de marcos en la República Federal, los 50 millones de francos belgas en Bélgica y los 5 millones de libras en el Reino Unido (45). Piénsese, asimismo, en la relatividad de las nociones de honorabilidad y experiencia que deberán ser perfiladas por cada legislación nacional. Otro tanto sucede con la expresión «personas que determinen efectivamente la orientación de la actividad»; la norma parece referirse a las personas que ostentarán la representación del establecimiento de crédito, pero, por razón de la misma generalidad de la expresión, es preciso que cada Estado miembro determine qué funciones corresponden a dichos representantes, funciones que podrán ser distintas en cada Estado miembro según el tipo de establecimiento de crédito de que se trate.

Señalemos, finalmente, que, al lado de las condiciones mínimas obligatorias, la Directiva da también muestras de gran flexibilidad

(47) Vid. ORTIZ-ARCE, *op. cit.*, pág. 389.

al permitir a cada uno de los Estados miembros destinatarios fijar «condiciones suplementarias», aunque ciertamente habrán de ser «de aplicación general». Esta última apreciación es importante. No podrá tratarse, en efecto, de criterios o condiciones discrecionales o arbitrarias que conlleven un trato discriminatorio, imponiendo a determinados establecimientos de crédito el cumplimiento de condiciones particulares que no se exijan a otros establecimientos de crédito de las mismas características (48). El reconocimiento a los Estados miembros de la facultad de establecer condiciones suplementarias para la autorización pone, no obstante, de relieve el alcance limitado de la liberalización que se realiza con esta Directiva; así sucede, entre otras razones, porque para que un establecimiento de crédito se pueda instalar en otro Estado miembro deberá revestir una de las formas jurídicas admitidas en ese país para el ejercicio de la actividad bancaria (49).

Respondiendo a la preocupación de suprimir aquellas condiciones de tipo discrecional previstas en las legislaciones de los Estados miembros (50), la Directiva trata de eliminar el criterio de las «necesidades económicas del mercado» (art. 3, 3) como condición para que se pueda otorgar la autorización a un establecimiento de crédito. La prohibición de este criterio se explica porque la apreciación o no apreciación de su existencia responde siempre a una decisión discrecional que, en muchos casos, puede tener ingredientes discriminatorios, dificultando la realización del principio de libertad de establecimiento. Recordemos, no obstante, que en la medida en que este criterio estaba admitido en la legislación de varios Estados miembros (Francia, Italia, Dinamarca, Irlanda, Grecia), se concedió

(48) Vid., en este sentido, GAVALDA, *La première directive de coordination des législations bancaires de la CEE (12 décembre 1977)*, en «Rev. Trim. Dr. Européen», 1979, pág. 234. En términos gráficos se expresa CLAROTTI: «en d'autres termes, les conditions fixées "à la tête du client" ne seront plus permises» (*op. cit.*, pág. 79). De la necesidad de utilizar «criterios generales» de autorización, es decir, «de análoga validez, siempre que se den los mismos supuestos», hacía ya mención el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO en su análisis del concepto indeterminado del «interés para la economía nacional», recogido en el artículo 2, 1, del Decreto 2246/1974, que ha de ser apreciado por el Ministro de Hacienda (hoy de Economía) para autorizar la creación de nuevos Bancos privados en España (vid. *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro*, Madrid, 1975, pág. 276).

(49) Vid., en este sentido, L. A. ROJO y GIL (del Servicio de Estudios del Banco de España), *España y la CEE. Aspectos monetarios y financiación*, en «Información Comercial Española», junio-julio 1979, pág. 36.

(50) Vid. R. TERMES, *La integración en la CEE desde la perspectiva de las entidades financieras españolas: oportunidades de mercado y riesgos de competencia*, en «Información Comercial Española», mayo 1981, págs. 25-26.

un periodo transitorio durante el cual esos Estados podían continuar utilizándolo; se intentó con ello evitar las consecuencias económicas negativas que podría provocar un repentino abandono de este criterio por dichos Estados, generando dificultades técnicas o de estructura del sistema bancario (produciéndose, por ejemplo, una reasignación de cuotas de mercado entre la Banca nacional y la extranjera (51). En este sentido se establece que los Estados miembros que no pudiesen suprimir tal criterio de sus reglamentaciones nacionales «en el plazo de 24 meses, desde la notificación de la Directiva» (art. 14, 1), podrán continuar utilizándolo durante un plazo de siete años, prorrogable por un nuevo periodo de cinco años. Este periodo transitorio, cuya duración máxima es, pues, de doce años, se cuenta, por tanto, a partir de la notificación de la Directiva a los Estados miembros destinatarios (realizada el 15 de diciembre de 1977). En el término de seis meses, desde la notificación de la misma, deberá el Estado miembro, a su vez, notificar a la Comisión su decisión motivada de mantener dicho criterio (52).

Con el objeto de reducir el margen de discrecionalidad que conlleva la apreciación del criterio de las «necesidades económicas del mercado», se establecen una serie de criterios u objetivos generales de referencia, en base a los cuales deberá realizarse dicha apreciación. Estos objetivos, cuya concreción correspondía al Comité consultivo creado por la Directiva, son los siguientes: la seguridad del ahorro, el aumento de la productividad del sistema bancario, una mayor homogeneidad de la concurrencia entre los distintos ramos bancarios y una gama más amplia de servicios bancarios en relación con la población y la actividad económica.

(51) Para este argumento en relación con los Bancos españoles, vid. S. EGUIAZU, *La política bancaria comunitaria y las negociaciones de adhesión*, en «Información Comercial Española», abril 1985, pág. 65.

(52) Un caso muy particular es el griego. A diferencia de lo que ocurrió más tarde con España, Grecia no incorporó en su Tratado de Adhesión ninguna previsión relativa a la cláusula de las «necesidades económicas de mercado». Transcurrió, además, el periodo de seis meses (del 1 de enero al 30 de junio de 1981) establecido para notificar a la Comisión la decisión de mantener dicho criterio, sin que la Comisión recibiese notificación en ese sentido. En noviembre de 1981, el Gobierno griego manifestó su intención de mantener dicho criterio. A pesar de que tal solicitud fue formulada fuera de plazo, el Consejo estimó que los problemas estructurales del sistema bancario griego justificaban sobradamente el mantenimiento de la cláusula. En este sentido, el Consejo aprobó la Directiva de 8 de julio de 1985, notificada a los Estados miembros el 15 de julio y publicada en el «Diario Oficial» de la Comunidad el 16 de julio del mismo año. Esta Directiva modifica el párrafo b) del apartado 3 del artículo 3 de la Directiva 77/780, facultando a la República griega para continuar aplicando dicho criterio hasta 1989 (plazo, a su vez, prorrogable por el Consejo, a solicitud de Grecia, hasta el 15 de diciembre de 1992).

C) *Apertura de sucursales de establecimientos de crédito comunitarios*

La Directiva de 1977 no sólo regula el acceso a la actividad de los establecimientos de crédito —término éste que incluye las nociones de matriz y filiales—, sino también la autorización para la instalación de sucursales (art. 4). La Directiva considera que es sucursal «la sede de actividad que constituye una parte desprovista de personalidad jurídica, y que efectúa directamente, en todo o en parte, las operaciones inherentes a la actividad de establecimiento de crédito».

Pues bien, así como en el acceso de los establecimientos de crédito la autorización es necesaria y obligatoria (no obstante la fluidez y flexibilidad de las condiciones), la autorización para la instalación de sucursales se configura como una mera posibilidad, siendo discrecional de cada Estado el exigirla o no. Mas, en caso de exigirla, el procedimiento y las condiciones de autorización serán los mismos previstos para los establecimientos de crédito nacionales; así se deduce del núm. 1 del artículo 4 de la Directiva, a cuyo tenor «los Estados miembros *pueden* subordinar la creación, en su territorio, de sucursales de establecimientos de crédito a los que sea aplicable la Directiva y que tengan su sede social en otro Estado miembro, a una autorización de acuerdo con la legislación y el procedimiento aplicables a las entidades domiciliadas en su territorio» (53). Se puede afirmar, pues, que la previsión del artículo 4 no realiza el objetivo previsto en el Preámbulo de la Directiva de facultar a todo establecimiento de crédito a abrir libremente sucursales en cualquier Estado de la Comunidad, pero, indudablemente, constituye un primer paso en ese sentido. Señalemos, finalmente, que, por otro lado, así como el establecimiento de una filial exige que ésta asuma una de las formas jurídicas admitidas por la legislación bancaria del Estado miembro para el ejercicio de la actividad bancaria, el establecimiento de una sucursal no se pue-

(53) Cuando la legislación de un Estado miembro exija autorización para la instalación de sucursales, ésta se requerirá para la apertura de la primera sucursal, ya que, a tenor del artículo 1, párrafo 3, las demás sedes de explotación son consideradas como una «sucursal única». Ahora bien, esta regla sufre una excepción cuando la legislación del Estado miembro exige una autorización separada por cada sucursal de los establecimientos de crédito nacionales, en cuyo caso la misma norma se aplicará a las sucursales de los establecimientos de crédito que tienen su sede en otro Estado de la Comunidad (art. 4, párrafo 4).

de obstaculizar por el hecho de que la entidad de crédito de la que forma parte se haya constituido en otro Estado miembro, según una forma jurídica no admitida en el Estado de acogida.

D) *Apertura de sucursales de establecimientos de crédito con sede social fuera de la Comunidad*

El artículo 9 de la Directiva establece una regla general por virtud de la cual ningún Estado miembro debe fijar, respecto de las sucursales de establecimientos de crédito con sede social fuera de la Comunidad, condiciones de acceso y de ejercicio de la actividad bancaria que supongan un trato más favorable que aquél al que están sujetas las sucursales de establecimientos de crédito con sede en la Comunidad.

En alguna ocasión, países de la Comunidad concedieron facilidades de implantación y ejercicio de la actividad bancaria a sucursales de terceros países (facilidades de tipo fiscal, atribución de las facultades de control sobre las sucursales a las autoridades competentes de los Estados en que se encontraban las matrices —*home country control*)—, etc.). Sin embargo, a partir de la disposición contenida en el párrafo primero del artículo 9, el trato dispensado a las sucursales de países comunitarios habrá de ser más favorable o, en todo caso, igualmente favorable que el dispensado a las sucursales de Bancos extracomunitarios.

Esta regla resulta inaplicable a las filiales de entidades de crédito de terceros países. Respecto de la filial de un Banco extracomunitario, la legislación de un Estado miembro puede establecer condiciones particulares o especiales de acceso más gravosas que las previstas para las filiales de establecimientos de crédito de Estados miembros. Ahora bien, una vez constituida la filial en un Estado miembro, éste le debe dispensar el mismo trato que el que merecen las filiales de establecimientos crediticios con sede en la Comunidad, ya que así lo exige el artículo 58 del Tratado.

Por otro lado, el artículo 9, en su párrafo tercero, faculta a la Comunidad a concluir acuerdos con terceros países, por virtud de los cuales, y sobre la base de la reciprocidad, se aplique a las sucursales de establecimientos de crédito con sede en los mismos un trato uniforme en todo el territorio de la Comunidad, análogo al que reciben las sucursales de Bancos comunitarios.

#### IV. INCIDENCIA DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN LA LEGISLACIÓN BANCARIA ESPAÑOLA

##### 1. Alcance de las negociaciones de adhesión

Las negociaciones de adhesión entre las autoridades comunitarias y las españolas, en el capítulo relativo al derecho de establecimiento y libre prestación de servicios de Banca y establecimientos financieros, se inician a comienzos de 1980 y llegan a su fin en la sesión de 22 de marzo de 1982 celebrada en Bruselas.

El objetivo básico de la delegación española a lo largo de la negociación se había cifrado en obtener para nuestro país períodos transitorios o suspensiones temporales que permitiesen una aplicación gradual de las disposiciones que conformaban el acervo comunitario (54). De este modo, la adaptación de la legislación española a las disposiciones comunitarias se haría de forma escalonada, sin cambios bruscos que pudiesen incidir peligrosamente en la estructura bancaria. En ningún caso, sin embargo, se pusieron en discusión dichas disposiciones comunitarias, admitiendo nuestra delegación el principio de la íntegra aplicación de la legislación de la Comunidad desde el momento mismo de la adhesión (el llamado *acquis communautaire*).

La delegación española pretendía, en definitiva, estas dos cosas (55): a) De un lado, que el principio de no discriminación (contenido en los artículos 52 y 59 del Tratado, así como en las Directivas de 1973 y 1977), no se aplicase durante un largo período transitorio, que comenzaría el día mismo de la adhesión; es decir, que durante ese período la Banca extranjera siguiera rigiéndose por la normativa especial prevista para ella. b) De otro lado, que el período de doce años previsto en el artículo 3 de la Directiva de 1977 para suprimir el criterio de las «necesidades económicas del mercado» se empezara a computar desde el momento de la adhesión (por equiparación con el momento de entrada en vigor de la Directiva en nuestro país) y no —como prevé el párrafo b) del apartado tercero de dicho artículo— desde la notificación de la Directiva.

Muy distinto era, sin embargo, el parecer de las autoridades co-

(54) Vid. S. EGUIAZU, *La política bancaria comunitaria y las negociaciones de adhesión*, en «Información Comercial Española», abril 1985, pág. 63.

(55) Vid. E. PUNSET, *El sistema bancario español ante las Comunidades*, en «Información Comercial Española», mayo 1981, pág. 15.

munitarias. Para la delegación comunitaria ninguna de las dos solicitudes era de recibo. En cuanto al criterio de las «necesidades económicas del mercado», las autoridades comunitarias entendían que la aplicación integral del acervo comunitario, desde el día mismo de la adhesión, exigía respetar el sistema de cómputo previsto en la Directiva de 1977; añadiendo que, en todo caso, esa dificultad se podía soslayar solicitando el nuevo Estado miembro de la Comunidad una derogación temporal del artículo 3 de la Directiva. Y, por lo que se refiere al principio de no discriminación, las autoridades comunitarias entendían que la solicitud española de mantener la normativa especial discriminatoria respecto de la Banca extranjera a lo largo de un extenso período transitorio pugnaba con los artículos 52 y 59 del Tratado de Roma, que consagraban los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios dentro de la Comunidad y que habían sido declarados directamente aplicables por el Tribunal de Justicia de la Comunidad (Sentencias «Reyners» y «Van Binsbergen»).

Así las cosas, se celebra la sesión de 22 de marzo de 1982, en la que se pone fin a las negociaciones relativas a la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en materia de Banca, plasmando los acuerdos tomados en la misma en el Tratado de Adhesión (Anexo XXXII). ¿A qué conclusiones se llega? En síntesis, a las siguientes:

En el punto relativo a la cláusula de las «necesidades económicas del mercado», las objeciones planteadas por las autoridades comunitarias a la postura de la delegación española son asumidas por ésta en su integridad. Se acuerda, por tanto, conceder un período transitorio durante el cual nuestras autoridades nacionales competentes podrán seguir aplicando este criterio discrecional, en el bien entendido de que su aplicación no debe conllevar un trato discriminatorio por razón de la nacionalidad. La duración del período transitorio se fija en siete años, a contar desde la adhesión (de modo que expirará el 31 de diciembre de 1992). Se abandona, por tanto, la pretensión inicial del plazo de doce años (desde la adhesión), que trastocaba el sistema de cómputo previsto por la Directiva de 1977. Transcurridos los referidos siete años, la supresión de la cláusula de las «necesidades económicas del mercado» facilitará no sólo el establecimiento de las filiales y sucursales de Bancos extranjeros (RD 1388/1978), sino de los mismos Bancos españoles de nue-

va creación, ya que también, respecto de ellos, el otorgamiento de autorizaciones estaba supeditado —como proclama el artículo 2 del Decreto 2246/1974, de 9 de agosto— a «los intereses de la economía nacional».

Por lo que se refiere al principio de no discriminación, la delegación española aceptó, asimismo, el punto de vista comunitario, declarando expresamente la aplicación de los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios desde el momento mismo de la adhesión. La delegación solicitó, no obstante, un período transitorio para la adaptación de la legislación bancaria española a la normativa comunitaria en lo relativo a los límites establecidos a la Banca extranjera en algunas de sus condiciones operativas (límites al número de oficinas y a la captación de recursos internos).

## 2. *Discriminaciones o restricciones de nuestra normativa bancaria que deberán ser suprimidas*

Este esquema nos permite indicar ahora las discriminaciones o restricciones más importantes que recoge nuestra normativa bancaria (básicamente, el RD 1388/1978, modificado por el RD 677/1983) y que deberán ser *suprimidas* con nuestra adhesión a la Comunidad. Nos referimos a las siguientes:

1.<sup>a</sup> Obligación de suscribir un capital de dotación no inferior a 2.000 millones de pesetas para la apertura de filiales o de sucursales de Bancos extranjeros. Se trata de la limitación establecida en los artículos 1 y 2 del RD 677/1983, de 25 de marzo. Esa cantidad de 2.000 millones [cantidad que en el RD 1388/1978, de 23 de junio, artículos 3, *b*), y 6, respectivamente, era de 750 millones de pesetas] contrasta con la cuantía mínima exigida para la creación de Bancos españoles, que es de 750 millones para actuar en las plazas de Madrid y Barcelona y de 500 millones para actuar en las restantes plazas (art. 3, 2, del D. 2246/1974, de 9 de agosto).

2.<sup>a</sup> Necesidad de autorización previa y expresa del Banco de España para realizar operaciones de transferencia, cesión, pignoraición o gravamen de las acciones representativas del capital social de las filiales de Bancos extranjeros, tal como se infiere del artículo 4 del RD 1388/1978. En relación con los Bancos españoles, tal autorización sólo es necesaria, en efecto, durante los primeros cinco años de su existencia [art. 4, *a*), del D. 2246/1974].

3.<sup>a</sup> Necesidad de que, en caso de aumento de capital de las sociedades de Bancos extranjeros, la cesión de los derechos de suscripción exija la previa y expresa autorización del ministro de Economía (art. 4, párrafo tercero, del RD 1388/1978). Sin embargo, en el supuesto de ampliaciones de capital de Bancos españoles, los antiguos accionistas pueden ceder a terceros sus derechos de suscripción sin necesidad de autorización, pues, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4, *b*), del D. 2246/1974, tal autorización (del Banco de España y no del ministro de Economía, como sucede con las filiales de Bancos extranjeros) sólo es necesaria durante los cinco primeros años de existencia del Banco.

4.<sup>a</sup> Intransferibilidad de la autorización concedida para la apertura de una sucursal de Banco extranjero y su cancelación en caso de que la sucursal llegue a enajenarse. Tal previsión, establecida en el artículo 5, párrafo tercero, del RD 1388/1978, no aparece recogida ciertamente en las normas sobre expansión de los Bancos españoles (D. 2245/1974, de 9 de agosto; Orden de 20 de septiembre de 1974; Orden de 3 de mayo de 1976, y Orden de 29 de julio de 1981).

Al lado de estos supuestos, el artículo 7 del RD 1388/1978, relativo a las «condiciones operativas» establece también toda una serie de normas específicas que se traducen, asimismo, en un trato discriminatorio. Tal es lo que sucede con las siguientes:

1.<sup>a</sup> La cartera de valores de las filiales y las sucursales de Bancos extranjeros puede estar íntegra exclusivamente por fondos públicos y títulos de renta fija [art. 7, *d*), RD 1388/1978].

2.<sup>a</sup> El artículo 7, *d*), prevé una inspección anual por el Banco de España de las filiales y sucursales de Bancos extranjeros durante los cinco primeros años de su existencia. Es cierto que una previsión similar se recoge en el artículo 4, *c*), del D. 2246/1974 para los Bancos españoles de nueva creación, por lo que su mantenimiento no constituye, en principio, trato discriminatorio alguno. Se aprecia, sin embargo, una diferencia por lo que se refiere al órgano administrativo facultado para revocar la autorización administrativa de creación o de establecimiento, cuando de la inspección resultasen circunstancias de especial gravedad: mientras esa revocación corresponde al Ministerio de Economía y Hacienda, cuando se trata de Bancos españoles, en el supuesto de filiales y sucursales de Ban-

cos extranjeros tal revocación ha de ser dictada por el Consejo de Ministros.

3.<sup>a</sup> Restricciones a la libertad de apertura de nuevas oficinas. El D. 2245/1974 consagra el principio de libertad de apertura de nuevas oficinas por los Bancos nacionales, si bien, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de dicho Decreto y en la Orden de 20 de septiembre de 1974, que lo desarrolla, el proceso de expansión debe estar acompañado de un determinado crecimiento de los recursos propios. Pues bien, tratándose de filiales y sucursales de Bancos extranjeros no es posible abrir más de tres agencias, incluida la oficina principal [art. 7, *b*), del RD 1388/1978]. Para soslayar esta limitación, algunos Bancos extranjeros han preferido instalarse en España por un sistema de acceso indirecto, adquiriendo Bancos españoles, en lugar de acogerse al sistema de establecimiento directo previsto en el RD 1388/1978. La adquisición del paquete mayoritario del capital social de Bancos españoles permite a los Bancos extranjeros eludir la norma limitativa bancaria prevista en el RD 1388/1978 (56), amparándose en las posibilidades que les proporciona la legislación de inversiones extranjeras.

4.<sup>a</sup> Otra restricción a la capacidad operativa de las sucursales y filiales de los Bancos extranjeros viene determinada por la imposibilidad de obtener financiación ajena en el mercado interior en proporción superior al 40 por 100 de sus inversiones en valores y créditos a entidades españolas, públicas y privadas, más los activos de cobertura del coeficiente de caja. Así se desprende del artículo 7, *a*), del RD 1388/1978.

5.<sup>a</sup> En materia de participación del extranjero en el capital social de Bancos españoles se advierte otra discriminación. El RD 1294/1981, de 5 de junio, modificativo del artículo 3 del D. 2246/1974, de 9 de agosto, que preveía una participación máxima de extranjeros (necesariamente, además, personas físicas) del 15 por 100, limitó la aplicabilidad de dicho artículo a un período de cinco años desde su constitución (57). Aun en estos términos, tales disposiciones

(56) Vid. SÁNCHEZ GUILARTE, *Líneas generales de la normativa comunitaria en materia de entidades bancarias*, en «Situación», Servicio de Estudios del Banco de Bilbao, núm. 1, 1985, págs. 65-67. Se trata, por tanto, de una verdadera laguna que se detecta en el Decreto 1388/1978, regulador de la presencia de la Banca extranjera en España. Respecto de esta laguna, el autor plantea la necesidad de reflexionar en torno a «si se trata de un defecto legislativo o de una situación voluntariamente consentida por las autoridades» (pág. 67).

(57) Transcurridos esos cinco años, y de acuerdo con la normativa general sobre inversiones extranjeras, los Bancos o sociedades extranjeras podríán adquirir hasta

son incompatibles con la previsión del artículo 221 del Tratado, según el cual «en el plazo de tres años, a partir de la entrada en vigor del presente Tratado, los Estados miembros aplicarán a los ciudadanos de los demás Estados miembros el trato de nacional en lo que respecta a su participación financiera en el capital de las sociedades definidas en el artículo 58...».

Finalmente, una última discriminación, aunque en este caso favorable a la Banca extranjera, es la que resulta de la Circular del Banco de España núm. 9, de 22 de enero de 1979, que establece unas limitaciones sobre recursos y colocaciones en divisas convertibles aplicables a los Bancos españoles y no a los extranjeros.

### 3. *Permanencia temporal de algunas restricciones*

Todas estas limitaciones, que afectan fundamentalmente a la Banca extranjera y que se traducen en condiciones operativas o de establecimiento discriminatorias, deben de estar suprimidas desde el momento mismo de la adhesión. No obstante, hemos de matizar que respecto de determinadas condiciones operativas, las autoridades comunitarias y las españolas han llegado al acuerdo de aplazar su supresión. Esta derogación o excepción temporal (terminología ésta utilizada en el Tratado de Adhesión) se ha dado en dos casos:

1. En la limitación establecida para la apertura de oficinas o agencias bancarias. En este supuesto las autoridades españolas disponen de un período transitorio de cuatro años durante el cual los Bancos extranjeros no podrán crear en España más que tres oficinas (incluyendo la filial o sucursal principal). A partir del 1 de enero de 1990 podrán crear una oficina suplementaria; dos cada año, a partir del 1 de enero de 1991 y del 1 de enero de 1992, y, finalmente, a partir del 1 de enero de 1993 se producirá una liberalización total de la expansión bancaria extranjera, que se desenvolverá en las mismas condiciones establecidas para la Banca española y, por tanto, en función del volumen de recursos propios de que disponga.

2. En la limitación establecida a la captación de recursos en el mercado interno español, fuera de los medios bancarios. Se esta-

---

el 50 por 100 del capital social del Banco español, o incluso superar esa cuantía, previa autorización del Consejo de Ministros.

blece, igualmente, un período transitorio por virtud del cual el porcentaje del 40 por 100 de financiación ajena en el mercado interior se verá incrementado en un 10 por 100 anual a partir del 1 de enero de 1988, llegándose a un 100 por 100 a partir del 1 de enero de 1993, año en el que la paridad con la Banca española será plena.

