



**LA ACTIVIDAD PÚBLICA DE SUPERVISIÓN FINANCIERA
REFORMA Y RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN**

María Lidón Lara Ortiz

**Directores: José Luis Blasco Díaz
Marta Oller Rubert**

CASTELLÓN, MAYO - 2017

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

ABE	Autoridad Bancaria Europea
ANC	Autoridad Nacional Competente
BCE	Banco Central Europeo
BM	Banco Mundial
CE	Constitución española
CEDH	Carta Europea de Derechos Humanos
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CONSOB	Commissione Nazionale per la Società e la Borsa
ECC	Entidades de contrapartida central
FMI	Fondo Monetario Internacional
FROB	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria
FSB	Consejo de Estabilidad Financiera (Financial Stability Board)
JERS	Junta Europea de Riesgo Sistémico
LABE	Ley de Autonomía del Banco de España
LCAFB	Ley de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias
LDIEC	Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito
LMV	Ley Mercado de Valores
LORBE	Ley de Órganos Rectores del Banco de España
LOSSEC	Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito
MEDE	Mecanismo Europeo de Estabilidad
MUR	Mecanismo Único de Resolución
MUS	Mecanismo Único de Supervisión
OPA	Oferta pública de adquisición
PPC	Participaciones preferentes convertibles
SEBC	Sistema Europeo de Bancos Centrales
SEC	Securities Exchange Commission
SIP	Sistemas Integrados de Protección
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TRLGDCyU	Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
TRLMV	Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores
TRLSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
UB	Unión bancaria
UE	Unión Europea

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	13
-------------------	----

CAPÍTULO I

LA ACTIVIDAD PÚBLICA DE SUPERVISIÓN FINANCIERA. ESPECIAL REFERENCIA A LA REGULACIÓN BANCARIA.....	21
---	----

1. LA ACTIVIDAD PÚBLICA DE SUPERVISIÓN FINANCIERA.....	21
1.1. Concepto y extensión en relación con su fundamento: el Estado como garante de la estabilidad del mercado financiero y de la protección del consumidor de productos financieros comercializados en él.....	21
1.2. Evolución de la actividad pública de supervisión durante el siglo XX y hasta nuestros días.....	27
2. LA REGULACIÓN DE LOS MERCADOS FINANCIEROS.....	36
2.1. Regulación y desregulación.....	36
2.1.1. <i>Fundamentos jurídicos: diferencias en la regulación de los mercados de crédito y de inversión.</i>	36
2.1.2. <i>Fundamentos de teoría económica para la regulación o desregulación de los mercados financieros.</i>	39
2.1.3. <i>La confrontación de los fundamentos jurídicos y de teoría económica.</i>	45
2.1.4. <i>Diferentes modelos de regulación de los mercados financieros. La adopción del modelo sectorial en España: su repercusión en la función de control.....</i>	50
2.2. La autorregulación.....	56
2.2.1. <i>Concepto. Ventajas y desventajas de la autorregulación.....</i>	56
2.2.2. <i>La protección de los intereses generales: el control de la autorregulación.....</i>	60
2.2.3. <i>La complejidad técnico-económica y la necesaria discrecionalidad como fundamento de la autorregulación. Perspectivas de futuro de su aplicación y posible admisión del ejercicio de las funciones reguladoras públicas por entidades privadas....</i>	68
2.3. La globalización de los mercados financieros: efectos sobre su regulación.....	75

2.3.1.	<i>La arquitectura institucional financiera en el plano internacional. El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea y el Consejo de Estabilidad Financiera.</i>	78
2.3.2.	<i>La falta de competencia y el soft law: posibles fórmulas para su superación en materia bancaria.</i>	84
2.3.3.	<i>La globalización financiera: ¿El fin de la desregulación?</i>	89
2.3.3.1.	La incidencia de la crisis económica de 2007 en la regulación de los mercados financieros.	89
2.3.3.2.	La <i>Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act</i> de los Estados Unidos y la Volker Rule como paradigma de regulación en un sistema de tradición desreguladora.	90
2.3.3.3.	La noción actual del concepto de supervisión prudencial.	97
2.3.3.4.	El futuro de la regulación bancaria construida sobre las bases prudenciales.	104
3.	LA CRISIS ECONÓMICA DE 2007-2008 Y LA NECESIDAD DE REFORMAR EL SISTEMA DE SUPERVISIÓN FINANCIERA.	108
3.1.	El origen de la crisis financiera y su vinculación con defectos de supervisión	108
3.1.1.	<i>Los defectos de supervisión en Estados Unidos</i>	108
3.1.2.	<i>Los defectos de supervisión en España</i>	113
3.2.	La incorporación de los principios de responsabilidad, independencia y transparencia al nuevo sistema de supervisión	116

CAPÍTULO II

	LA REFORMA DE LA SUPERVISIÓN FINANCIERA EN LA UNIÓN EUROPEA: LA CREACIÓN DE LA UNIÓN BANCARIA	121
1.	LA REGULACIÓN DE LOS MERCADOS FINANCIEROS EN LA UNIÓN EUROPEA	121
2.	ANTECEDENTES DE LA UNIÓN BANCARIA	123
3.	EL INFORME DE LAROSIÈRE	129
3.1.	Su evaluación de las causas de la crisis en Europa y soluciones propuestas	129
3.2.	Crisis financiera y deuda soberana: la ruptura de su conexión como solución de carácter macroeconómico	133

3.3.	La creación del Sistema Europeo de Supervisión Financiera como respuesta a los problemas microeconómicos.....	138
4.	LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL DE LA UNIÓN BANCARIA.....	140
4.1.	La supervisión macroprudencial: el control del riesgo sistémico.....	140
4.2.	La supervisión microprudencial: elementos clave del régimen jurídico de las Autoridades Europeas.....	144
5.	LA UNIÓN BANCARIA: VALORACIÓN CRÍTICA DE SUS MECANISMOS. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS AUTORIDADES REGULADORAS.....	150
5.1.	El Mecanismo Único de Supervisión: especial consideración a la asunción de responsabilidad extracontractual por defectos de supervisión.....	152
5.1.1.	<i>Distribución organizativa entre autoridades europeas: reparto de funciones desde el punto de vista del estatuto del regulador como sujeto activo de la actividad entre BCE y ABE.....</i>	156
5.1.2.	<i>Reparto de las competencias objetivas integradas en la supervisión europea del MUS, entre BCE y ANC.....</i>	159
5.1.2.1.	Autorización.....	161
5.1.2.2.	Revocación.....	162
5.1.2.3.	Establecimiento de sucursales.....	164
5.1.2.4.	Control de requisitos prudenciales.....	165
5.1.2.5.	Ejercicio de la potestad sancionadora.....	168
5.1.3.	<i>Distribución competencial entre BCE y Autoridades Nacionales Competentes por razón de la clasificación del sujeto supervisado.....</i>	170
5.1.4.	<i>La determinación de la responsabilidad de los reguladores por defectos de supervisión en el MUS.</i>	172
5.2.	El Mecanismo Único de Resolución: el control judicial de las decisiones de intervención y resolución, y la responsabilidad patrimonial derivada del mismo.....	182
5.2.1.	<i>El alcance de la actividad administrativa del MUR.....</i>	182
5.2.2.	<i>El control judicial de la gestión del riesgo y de las resoluciones para adopción de medidas de actuación temprana y de resolución.....</i>	189
5.2.3.	<i>La responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados en el ejercicio del poder de resolución en el MUR.....</i>	199

5.3.	La asistencia financiera prestada por el Mecanismo Europeo de Estabilidad: su constitucionalidad y el control de sus decisiones.....	204
5.3.1.	<i>La constitucionalidad del MEDE.....</i>	206
5.3.2.	<i>El control de las decisiones adoptadas por el MEDE y su relación con el principio de transparencia.....</i>	210
6.	EL PROBLEMA DE LA REGULACIÓN DE LAS AGENCIAS DE CALIFICACIÓN CREDITICIA.....	219
6.1.	La trascendencia de sus evaluaciones de solvencia.....	220
6.2.	La responsabilidad de las ACC frente al inversor.....	222
6.3.	Propuestas de mejora para el control de su actividad: su relación con el supervisor.....	225
7.	LOS PUNTOS DÉBILES DE LA UNIÓN BANCARIA Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.....	233

CAPÍTULO III

	LA REFORMA DE LA SUPERVISIÓN BANCARIA EN ESPAÑA.....	245
1.	EL SUPERVISIÓN BANCARIA EN ESPAÑA.....	245
1.1.	Problemas particulares de supervisión bancaria en España y justificación de la reforma.....	245
1.2.	La configuración abierta del modelo económico en la Constitución Española y la dificultad en la determinación de las bases de la ordenación del crédito.....	252
1.3.	El Banco de España y los procesos de adquisición y pérdida de competencias como regulador.....	258
1.3.1.	<i>La configuración del Banco de España como eje del sistema financiero.....</i>	261
1.3.2.	<i>La autonomía del Banco de España. ¿Realidad o ficción?.....</i>	265
1.3.3.	<i>La integración del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC): el sistema monetario único como primer paso hacia la supervisión prudencial común del MUS.....</i>	268
1.3.4.	<i>La independencia de los supervisores en el MUS: su configuración como entidades administrativas independientes.....</i>	272

1.3.5. Las competencias del Banco de España tras su incorporación al MUS.....	277
2. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS: EL CONCEPTO DE NORMA BÁSICA EN LA ORDENACIÓN DEL CRÉDITO.....	281
3. PROBLEMAS CLÁSICOS EN TORNO A LA REGULACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORRO. SITUACIÓN INICIAL Y NECESIDAD DE REFORMA.....	289
3.1. Las cajas de ahorros en sus orígenes: motivos para un diferente tratamiento normativo en base a su naturaleza jurídica y finalidad social.....	292
3.2. La complicada distribución de competencias sobre las cajas de ahorros como problema adicional para su supervisión eficaz.....	296
4. CAJAS DE AHORROS: LA REESTRUCTURACIÓN Y REFORMA DEL SECTOR.....	302
4.1. Justificación de la introducción del modelo de ejercicio indirecto de la actividad de crédito en las cajas de ahorros.....	303
4.2. Primera fase: principales acciones de la regulación de urgencia en el régimen jurídico de las cajas de ahorros.....	308
4.3. Segunda fase: La reforma de las cajas de ahorros en la Ley 26/2013, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.....	324
4.3.1. <i>Supuestos de transformación contemplados en la Ley 26/2013: Problemas interpretativos y de integración normativa.....</i>	<i>324</i>
4.3.1.1. El supuesto básico: La transformación de cajas de ahorro que superan los límites legales.....	327
A) No es necesaria autorización administrativa ulterior.....	329
B) El plan de retorno.....	331
C) Transformación por disposición de la ley.....	333
D) Régimen sancionador en caso de no transformación a iniciativa de la entidad incurso en causa legal.....	335
4.3.1.2. La transformación de fundaciones ordinarias que superen el límite legal de participación en una entidad de crédito.....	336
4.3.1.3. Los supuestos transitorios como última etapa de la reestructuración del sector de las cajas.....	341
A) La transformación de cajas de ahorro que a la entrada en vigor de la Ley 26/2013 no reunían los requisitos para continuar operando como tales.....	341

B)	La transformación de cajas de ahorro que estuvieran ejerciendo la actividad financiera de forma indirecta a la entrada en vigor de la Ley 26/2013.....	342
C)	La transformación de cajas de ahorro que a la entrada en vigor de la Ley 26/2013 estuvieran incursas en causa legal de transformación en fundación de carácter especial.....	345
D)	La transformación de cajas de ahorro que a la entrada en vigor de la Ley 26/2013 estuvieran incursas en causa legal de transformación en fundación de carácter especial durante un periodo superior a seis meses.....	346
E)	La transformación de cajas de ahorro que a la entrada en vigor de la Ley 26/2013 hubieran iniciado su transformación en fundación de carácter especial sin estar incursas en causa legal.....	347
F)	La transformación de fundaciones de carácter especial.....	348
4.3.1.4.	El sector de las cajas de ahorros tras la reestructuración.....	349
4.3.2.	<i>El nuevo régimen jurídico de las cajas de ahorros. Principales modificaciones introducidas por la reforma.....</i>	350
4.3.2.1.	La reducción de la representación pública en los órganos de gobierno de las cajas de ahorros y su relación con la concreción de la naturaleza jurídica de la entidad.....	352
4.3.2.2.	Mejoras de gobierno corporativo para suplir la falta de transparencia en la gestión de las cajas de ahorros.....	355
4.3.2.3.	Valoración de la reforma del régimen jurídico de las cajas de ahorros: los problemas no solucionados.....	360
4.3.3.	<i>Reinterpretación de la doctrina constitucional sobre la delimitación de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en relación con las cajas de ahorros a la luz de la reforma.....</i>	365
4.3.3.1.	Las bases de la ordenación del crédito tras la reforma.....	369
4.3.3.2.	Las competencias sobre organización interna de las cajas de ahorros tras la reforma.....	372
4.3.3.3.	Las competencias sobre disciplina, inspección y sanción en relación con las cajas de ahorros.....	379
5.	LA NUEVA FIGURA DE LAS FUNDACIONES BANCARIAS: ESPECIALIDADES DE SU SUPERVISIÓN.....	388
5.1.	Mecanismos de control de los órganos de gobierno de la fundación bancaria y de su gestión.....	391
5.1.1.	<i>Organización interna y límites a la distribución de beneficios.....</i>	<i>391</i>
5.1.2.	<i>Régimen de incompatibilidades y autocontratación: principales defectos.....</i>	<i>393</i>

5.1.3.	<i>Obligaciones de buen gobierno corporativo y el control de la influencia de la fundación bancaria sobre la gestión sana y prudente de la entidad de crédito participada.....</i>	399
5.2.	Mecanismos de control de la participación de la fundación bancaria en la actividad de la entidad de crédito.....	403
5.2.1.	<i>El Protocolo de gestión de la participación financiera.....</i>	405
5.2.2.	<i>El Plan financiero.....</i>	406
5.3.	La triple supervisión de las fundaciones bancarias: problemas prácticos.....	409
5.4.	Valoración del sistema de supervisión de las fundaciones bancarias.....	411
5.4.1.	<i>Defectos de supervisión subsistentes a la reforma, y sus posibles soluciones.....</i>	411
5.4.2.	<i>Cuestiones pendientes de la reforma en España sobre la base de la experiencia italiana.....</i>	414

CAPÍTULO IV

LA INTERVENCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS SUPERVISORES.....423

1. LA INTERVENCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO. EL FROB, COMO ORGANISMO ESPECIALIZADO DE RESOLUCIÓN BANCARIA.....423

1.1.	Finalidad y naturaleza jurídica del FROB.....	425
1.2.	Los presupuestos habilitantes de los procedimientos de intervención gestionados por el FROB.....	432
1.2.1.	<i>Intervenciones administrativas de actuación temprana.....</i>	434
1.2.2.	<i>Intervenciones administrativas de resolución bancaria.....</i>	439
1.3.	Aspectos formales del procedimiento de resolución: la alternativa de la decisión en base al principio <i>no creditor worse off</i>.....	453
1.4.	Mecanismos de control de la actividad del FROB.....	458
1.4.1.	<i>Las garantías de los procedimientos de intervención. ¿Existe garantía patrimonial reconocida a los particulares?.....</i>	459
1.4.2.	<i>El control judicial de las medidas acordadas por el FROB: su régimen procesal especial.....</i>	474
1.4.2.1.	<i>La impugnación de los actos mercantiles del FROB.....</i>	475
1.4.2.2.	<i>La impugnación de los actos administrativos del FROB.....</i>	479
1.4.3.	<i>Otros controles de la actividad del FROB: el control parlamentario y el económico.....</i>	487

2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS SUPERVISORES FINANCIEROS.....495

2.1.	Principales dificultades para la aplicación de las bases generales de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas.....	495
2.2.	El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial en la actualidad.....	502
3.	LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL GENERADOS EN LA ACTIVIDAD DE SUPERVISIÓN.....	512
3.1.	Razones para la distinción de supuestos de responsabilidad y su punto común.....	512
3.2.	Los supuestos de responsabilidad patrimonial por omisión del supervisor. Análisis de las principales dificultades.....	520
3.2.1.	<i>La antijuridicidad de la omisión: la concreción de las funciones incumplidas.....</i>	524
3.2.2.	<i>La verificación del nexo causal: su interrupción y la teoría del riesgo.....</i>	528
3.3.	Los supuestos de responsabilidad patrimonial como consecuencia de una actuación positiva del regulador.	539
3.3.1.	<i>La responsabilidad patrimonial por diferencias en las valoraciones de los bienes intervenidos.....</i>	541
3.3.2.	<i>La responsabilidad patrimonial por vulneración del principio no creditor worse off y por acuerdos anulados.....</i>	550
4.	LA COMPATIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL REGULADOR CON SU RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA <i>EX DELICTO</i>	553
5.	LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR INOBSERVANCIA DEL DERECHO EUROPEO.....	559
6.	LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA TRANSPARENCIA COMO INDICADORES DE BUENA ADMINISTRACIÓN. EL CAMINO QUE QUEDA POR RECORRER.....	565
	CONCLUSIONES FINALES.....	573
	BIBLIOGRAFÍA.....	585
	ANEXO.....	623

INTRODUCCIÓN

La actividad pública de supervisión financiera ha sido revisada profundamente en los últimos años, dando lugar a una reforma basilar que afecta tanto al desarrollo de la propia actividad como a la estructura organizativa sobre la que la misma se sustenta. En este sentido, el cambio de escenario que ha supuesto la creación de redes de supervisores europeos, estructurados en torno al Banco Central Europeo, y complementados con diversos mecanismos de supervisión, resolución y estabilidad, y con la creación de nuevas autoridades europeas, requiere que el estudio de esta actividad pública en España se aborde, en gran medida, desde esa perspectiva.

El objetivo esencial de este trabajo es analizar las consecuencias que tal reforma implica para esta actividad de control, con la finalidad de dilucidar si la regulación financiera y especialmente la bancaria, es eficiente y dispensa una auténtica protección a los inversores al tiempo que garantiza la estabilidad sistémica, a través de la adecuada configuración de la institución de la responsabilidad patrimonial de los reguladores financieros, ya que la determinación y reconocimiento de la posible responsabilidad patrimonial en que pueden incurrir los supervisores, nunca ha dado lugar, en la práctica judicial española, a un pronunciamiento favorable en el que se estimen las reclamaciones formuladas.

No pretende este ser un estudio profundo sobre la institución de la responsabilidad patrimonial, institución sobradamente tratada por la doctrina científica, pero en la que encontramos, en los últimos años, un sector que reclama su revisión para acomodarla a la realidad administrativa actual. Precisamente, la revisión de la institución desde un punto de vista general, debe responder al hecho de que su configuración inicial tal vez ya no sea completamente adecuada para un sistema administrativo cada vez más complejo. De hecho, a pesar de su configuración inicial como responsabilidad de carácter objetivo, en la práctica judicial contencioso-administrativa se encuentran cada vez más pronunciamientos desestimatorios que incorporan matices de índole subjetiva en los que se valora el elemento culpabilístico, y que alcanzan especial relevancia cuando se ejercen funciones discrecionales, o

incluso cuando las potestades regladas se hacen depender de conceptos jurídicos indeterminados, como ocurre con frecuencia, en esta actividad de control.

Es relevante que esta institución se construya sobre una escasa base normativa, formada tan solo por seis artículos, en concreto los artículos 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, de los que efectivamente resulta aquel carácter objetivo inicial, pero que se complementa con un amplio desarrollo jurisprudencial, que acaba siendo, en realidad, tan importante como su regulación para el entendimiento y aplicación de esta institución. Y es aquí donde encontramos que existe una aparente contradicción en la aplicación práctica de las normas de responsabilidad patrimonial, respecto a la dicción literal que resulta de estas, sobre todo, referida a ciertos ámbitos como el de la actividad pública de control del sector del crédito.

Particularmente, cuando se trata de derivar responsabilidad patrimonial de la actividad de supervisión financiera, el principal obstáculo que encontramos reside en el margen de discrecionalidad con el que actúan los reguladores, el cual dificulta enormemente el reconocimiento del elemento de la antijuridicidad del daño, es decir, lo complejo en estos casos recae en llegar a fundamentar que el particular no tiene deber jurídico de soportar el daño sufrido. Motivo por el que entendemos que el régimen general de responsabilidad patrimonial en estos casos, se aproxima en su construcción jurisprudencial a aquel que se trata de derivar responsabilidad al Estado por error judicial, supuesto en el que la limitación de la garantía de la responsabilidad patrimonial encuentra su fundamento en preservar la independencia de la función jurisdiccional que tienen encomendada. Como veremos, en los diferentes niveles normativos de los que resulta configurada la actividad de supervisión financiera actual –internacional, europeo, y nacional-, se recoge como principio el de independencia de los reguladores, existiendo muestras de la atribución de potestades discrecionales al perfilarse gran parte de sus funciones. Esto hace casi imposible que a través de las reglas generales de la institución de la responsabilidad patrimonial se llegue a obtener un pronunciamiento favorable en el que se reconozca tal responsabilidad del supervisor. Por este motivo, y sobre la base del contenido real de

la actividad de supervisión financiera, debemos replantearnos la institución de la responsabilidad en este ámbito.

Así pues, lo que realmente consideramos objeto de este trabajo es plantearnos si los criterios generales del instituto de la responsabilidad patrimonial aplicables a cualquier actividad administrativa, cuando nos situamos en el ámbito de la actividad de control y, más concretamente, en relación con la actividad de supervisión financiera reformada, siguen siendo adecuados, o si hay razones que aconsejen que se cambie su inicial configuración objetiva, no con la finalidad de reducir las garantías del ciudadano, sino para encontrar vías alternativas que hagan efectivo el principio de plena indemnidad del perjudicado.

Como puede apreciarse, estamos partiendo de la hipótesis de que tal responsabilidad es aplicable al ámbito de la supervisión financiera, es decir, de que existe y que no es este un ámbito en que la misma queda excluida de plano, pues existen trabajos de otros autores en los que se plantea si tal vez, en esta parcela de intervención pública, tal responsabilidad es un mito. Lo cierto es que como consecuencia de las importantes dificultades para poder determinar y reconocer que existe, puede parecer que es así, pero realmente, sí existe tal responsabilidad patrimonial de los supervisores financieros en el ejercicio de su actividad, porque lo contrario supondría una involución de la misma institución, y esto es inadmisibles en un Estado de Derecho. Pero su configuración actual, aunque se plantee como una responsabilidad objetiva, de entrada más garantista para el ciudadano, la hace inaccesible para éste. Esta consecuencia nos debe llevar a reconsiderar la institución de la responsabilidad patrimonial en la actividad de supervisión financiera, pero no abordando el tema desde la propia institución a revisar, sino desde la actividad objeto de control de la que puede derivarse, porque es allí donde sus particularidades vetan, en la práctica, el acceso a esta garantía.

Por los motivos expuestos, se dedica una buena parte de este trabajo a poner de relieve las particularidades de la regulación financiera tras la reforma operada, pero sin olvidar el sistema anterior de supervisión, porque es en él donde encontramos los defectos de esta actividad pública que la reforma pretende superar, y es, en referencia

al mismo que encontramos los antecedentes en los que se han desestimado las reclamaciones de responsabilidad patrimonial planteadas.

Debe advertirse que, a pesar de la considerable extensión de este trabajo, se han contemplado sólo las principales normas que pautan la actividad de control, ya que la materia tratada es muy compleja, de alto contenido técnico, y está integrada por una gran cantidad de instrumentos normativos de diferente origen (Derecho de la Unión Europea y Derecho nacional, a lo que hay que sumar las directrices y principios internacionales considerados *soft law*, y otros instrumentos de discutible valor jurídico (como las circulares, instrucciones, guías técnicas de los reguladores, etc.), los cuales forman un conjunto normativo muy amplio, y a veces caótico. Por este motivo, con intención de clarificar y de simplificar el tema abordado, se contemplan las principales normas, pero no todas las existentes.

Del mismo modo, y dado que la actividad financiera se divide en tres sectores definidos como el del mercado del crédito o actividad bancaria, el del mercado de valores, y el sector de los seguros, este trabajo, si bien hace referencia inicialmente a la actividad financiera en general, contemplando las cuestiones comunes de los tres sectores que incluye, el estudio se centra mayormente en la supervisión bancaria, salvo cuando se hace referencia a pronunciamientos anteriores sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial a un supervisor en España, pues es en relación con el mercado de valores donde las reclamaciones de este tipo han abundado.

Expuesta del modo que antecede la finalidad de este trabajo, resulta imprescindible dedicar una parte importante del mismo al análisis de las competencias que ostentan los supervisores tras la reforma, en los distintos niveles normativos que existen, porque no se puede ser responsable de lo que no se es competente, de modo que la concreción previa de las competencias de los supervisores es imprescindible para poder llegar a plantearse qué regulador puede ser responsable, cuando las competencias, en la red de supervisores que se ha creado en el contexto de la Unión Europea, están compartidas entre varios. Como veremos, la determinación del regulador competente en dicha red, conlleva la aplicación de la normativa europea o nacional, según el caso, con la consecuencia de que esta diversidad es el presupuesto

de que el sistema de responsabilidad patrimonial que resulte aplicable no sea el mismo en todos los casos. Clarificar esta consecuencia es también muy necesario, y al mismo tiempo es fundamento de nuestra tesis, porque el sistema europeo de supervisión financiera va a dar lugar a diferentes resultados en la aplicación de las consecuencias de la actividad de regulación, ya que depende, en parte, de las normas internas de cada Estado miembro, y una de esas consecuencias es que se pueda llegar a reconocer o no responsabilidad patrimonial en el regulador en el ejercicio de su actividad. Es conveniente que el sistema de responsabilidad patrimonial que se adopte por todos los Estados que participan en dicha red de supervisores europea, sea uniforme, y actualmente no lo es, de modo que la solución que encontremos, según las circunstancias no será siempre la misma. Ni siquiera será idéntica, si con ocasión del mismo supuesto, pudiense llegar a concurrir la responsabilidad del Banco Central Europeo y el Banco de España o la Comisión Nacional del Mercado de Valores, porque en el Derecho europeo la construcción tiene unos tintes mucho más subjetivos, que podría llevarnos a excluir la responsabilidad del Banco Central Europeo, pudiéndola admitir, en el plano teórico, respecto del Banco de España o Comisión Nacional del Mercado de Valores, en la proporción correspondiente.

Nuestra tesis, plantea la conveniencia de adoptar un sistema de responsabilidad patrimonial específico para los reguladores financieros, que se construya sobre las bases comunes que pueden encontrarse en los ordenamientos europeos y que participan en la red europea de supervisores, siendo su finalidad tanto uniformizar su planteamiento, como resolver la inseguridad jurídica que encontramos al interponer reclamaciones de responsabilidad patrimonial por perjuicios sufridos por particulares como consecuencia de la actividad pública de supervisión financiera. Esta propuesta es específica para este ámbito, sin que estemos considerando, en esta sede, extenderla al resto de la actividad pública, porque son las particularidades de aquella las que aconsejan el cambio propuesto.

Como consecuencia de todo lo expuesto, este trabajo se divide en cuatro capítulos dedicados: el primero, a justificar la existencia de la actividad pública de supervisión financiera, y exponer las cuestiones generales de la misma tales como fundamento y finalidad de la actividad, sistemas de supervisión existentes, problemas

actuales, y la necesidad de su reforma; el segundo, se dedica a detallar lo que ha supuesto la reforma de esta actividad en la Unión Europea, especialmente, en lo referente al reparto competencial que será determinante de una posible responsabilidad de los supervisores y a cómo se regula esta institución en la normativa especial de esta actividad de control, y a evidenciar los retos que en un futuro próximo deben abordarse en ese marco; el tercero, a analizar la reforma implementada en España, con sus particularidades tanto en lo referente a la delimitación de competencias de los reguladores nacionales, como a poner de relieve las debilidades preexistentes no superadas a pesar de la reforma, o las fisuras del nuevo sistema; y el cuarto, a analizar las consecuencias de las intervenciones administrativas realizadas en el ejercicio de las funciones de supervisión y de resolución bancaria, siendo una de ellas la posible responsabilidad patrimonial manifestada de forma diversa. Los cuatro capítulos, finalmente, van seguidos de nuestras conclusiones finales.

La metodología utilizada en la ejecución del presente trabajo ha sido tanto deductiva como inductiva. El método lógico deductivo, se ha aplicado, con carácter general, en el análisis de las nuevas normas delimitadoras de las funciones y competencias de los reguladores, comparándolas con el sistema anterior o, en ocasiones, con las normas de ordenamientos jurídicos de otros países, con la finalidad de dilucidar sobre si su contenido es plenamente acertado o no, mediante un proceso que comienza en la regla general, para mediante su análisis, determinar su alcance particular. El método empírico inductivo, se ha aplicado también, y dado que estamos ante una disciplina jurídica, se ha efectuado a través del estudio del caso, esto es, mediante el análisis jurídico de antecedentes integrados en pronunciamientos jurisprudenciales, que han resuelto situaciones fundamentalmente análogas o, al menos, similares en sus elementos clave, yendo así de lo particular a lo general. Este último método es especialmente relevante en relación con las cuestiones tratadas en el capítulo cuarto.

Con la finalidad de cerrar esta introducción, nos gustaría destacar la importancia que tiene el tema planteado, porque su relevancia conecta directamente con los problemas actuales del Derecho administrativo, ya que, en el fondo, lo que se pretende es la mejora de la institución de la responsabilidad patrimonial. En este

sentido, nos parece necesaria una última referencia a los fundamentos que sirven de presupuesto a este trabajo, y en concreto a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su artículo 41.3 dispone que «Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros». El derecho a ser indemnizado se concibe en el precepto mencionado como un elemento determinante de la buena administración. A la vista de ello, al finalizar este estudio ponemos de relieve, aunque de una forma muy superficial, la vinculación que existe entre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y la transparencia administrativa, ya que a ambas se refiere, como manifestaciones del Derecho a la buena administración, el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, respectivamente en sus apartados 2 (en cuanto al derecho de acceso) y 3, de modo que las relaciones sinérgicas de ambos quedan vinculadas por el fin común que persiguen.

Algunas de las consideraciones que se incluyen en este trabajo, aunque centradas en la reinterpretación de la institución de la responsabilidad patrimonial referida a los supervisores financieros, pretenden contribuir al mejor cumplimiento de los objetivos de racionalización, eficiencia en la gestión y buena gobernanza de dichos supervisores, objetivos estos que fundamentan la posible reforma de la arquitectura institucional de la supervisión en el ámbito económico y financiero en España, la cual ha sido recientemente objeto de consulta previa (finalizada el 17 de marzo de 2017) para la posible redacción de un Anteproyecto de Ley sobre la racionalización y ordenación de los organismos supervisores de los mercados y para la mejora de su gobernanza, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 109 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

CAPÍTULO I

LA ACTIVIDAD PÚBLICA DE SUPERVISIÓN FINANCIERA ESPECIAL REFERENCIA A LA REGULACIÓN BANCARIA

1. LA ACTIVIDAD PÚBLICA DE SUPERVISIÓN FINANCIERA.

1.1. Concepto y extensión en relación con su fundamento: el Estado como garante de la estabilidad del mercado financiero y de la protección del consumidor de productos comercializados en él.

La actividad pública de supervisión financiera es aquella por la que se desarrolla la función pública de control de ciertos aspectos de la actividad financiera, aspectos que se consideran de relevancia para los intereses generales. La limitación de su extensión es consecuencia de la necesidad de permitir un margen de actuación a los operadores del mercado para que puedan desarrollar su actividad económica en un marco de libre comercio, conjugando así el principio de economía de mercado –recogido en el artículo 38 CE-, con el rol del Estado como garante de un *statu quo* donde ese libre mercado se pueda desarrollar con eficacia en términos económicos, y al mismo tiempo exista un margen en el que el Estado controle, en lo esencial, su funcionamiento pues la Constitución también atribuye a los poderes públicos la promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico en el marco de una política de estabilidad económica –artículo 40 CE-.

Se trata de una actividad pública de control de riesgos¹, precisamente de los riesgos asumidos en el ejercicio de esa actividad por los operadores, y que se extienden al riesgo de la desatención de pagos por parte de las entidades que operan

¹ Como actividad de control de riesgos se contempla por la mayoría de autores. En este sentido, entre otros muchos, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2013), “Fundamentos y características de la regulación bancaria”, en MUÑOZ MACHADO Y VEGA SERRANO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica (Vol. X, Sistema Bancario)*, pág. 19 y ss., Ed. Iustel, Madrid; y JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (2013), *Regulación bancaria y crisis financiera*, Ed. Atelier (Barcelona), pág. 13; también ESTEVE PARDO, J. (2011), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons (Madrid), págs. 361 y 362, donde se destaca la existencia de riesgo en la actividad bancaria, considerándolo inherente a la misma, de modo que a los poderes públicos se les atribuye la función de determinación y decisión sobre un riesgo que no se acepta.

en la materia, riesgo de pérdidas bancarias, y riesgo para la estabilidad de la economía en su conjunto².

Supone el ejercicio de poderes públicos de policía, considerándose que la policía del crédito está establecida para terciar entre los intereses que confluyen³ (públicos y privados), y diferenciándose por la doctrina científica un concepto amplio y otro estricto⁴. De este modo, la acepción amplia del concepto de supervisión financiera en el ámbito del crédito se extiende sobre cuatro elementos que son: el establecimiento de un conjunto de normas que rigen el acceso de las entidades bancarias a la actividad que les es propia, la actividad de control de las entidades bancarias realizado por las Administraciones públicas para verificar que cumplen la normativa anterior y la establecida para continuar en el ejercicio de su actividad, la utilización de potestades coactivas por parte de las Administraciones públicas en los casos de incumplimiento por parte de las entidades, y el ejercicio del poder sancionador en este ámbito. El concepto amplio de supervisión se refiere, por tanto, a la ordenación o regulación -en sentido estricto-, la inspección, y la disciplina de las entidades que desarrollan la actividad, como facultades de la actividad pública de intervención de la actividad de los operadores del mercado tendente a garantizar su solvencia y buen funcionamiento en cuanto incide en la estabilidad del conjunto del sistema. También se habla de un concepto amplio de “regulación”, de modo que regulación y supervisión, en este caso, son conceptos coincidentes incluyendo el aspecto normativo de la actividad y el conjunto de instrumentos de intervención pública⁵. Supervisión y regulación son conceptos sinónimos si son utilizados, en ambos casos, en su sentido más amplio. El sentido originario de “regular” es gobernar o dirigir de conformidad con las normas (reglas, por su raíz etimológica), sin embargo, el

² En relación con los riesgos que afectan a la actividad bancaria vid. ob. cit. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2013), “Fundamentos y características...”, pág. 24 y ss.

³ JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (2013), ob. cit. *Regulación bancaria...*, pág. 62.

⁴ IZQUIERDO CARRASCO, M. (2012), “La supervisión pública sobre las entidades bancarias”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.), *La regulación Económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 174-176.

⁵ VEGA SERRANO, J.M. (2011), *La regulación bancaria*, Ed. La Ley (Madrid), pág. 15. También la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2006 hace referencia a las dos facetas del concepto amplio de regulación que engloba tanto la actividad normativa como los poderes públicos de intervención administrativa, y que se extiende incluso a la creación de órganos de vigilancia del sistema. En este sentido más amplio, regulación y supervisión (también entendida en su sentido más amplio), pueden ser utilizados como sinónimos, y en este sentido la expresión regulación viene influida, desde el punto de vista terminológico, por la *regulation-deregulation* anglosajona.

término se utiliza actualmente, también para referirse al aspecto de control por agencias y otras entidades que desempeñan funciones similares a las reguladoras, y que no son estrictamente entes públicos. La ambigüedad del término “regulación” sobreviene en los sistemas de autorregulación, a los que nos referiremos más adelante, porque el término “regla” ya no se identifica con el de norma jurídica en sentido estricto⁶. A pesar de todo, incluso en los casos de autorregulación, o desregulación, existen mínimos normativos que imponen un régimen de supervisión pública en el sentido de actividad pública de control.

En su acepción estricta, la actividad de supervisión quedaría limitada a la inspección y disciplina de las entidades de crédito, como actividad de control de todas las fases de la vida de la empresa financiera, desde el momento de su admisión, hasta su exclusión del mercado, en relación con las que el control recae en gran medida en la comprobación del cumplimiento de las normas prudenciales, como núcleo de la regulación financiera, y en su caso, en la intervención de las mismas en supuestos de crisis⁷.

En general, en este trabajo, salvo menciones específicas a alguno o algunos de los aspectos concretos de la actividad de supervisión, la referencia a esta actividad, lo será en su sentido más amplio englobando todos ellos.

Ya hemos apuntado antes que los intereses que confluyen en la actividad financiera son públicos y privados, y que la actividad pública de policía financiera, lo que pretende es mantener la estabilidad del sistema equilibrando todos ellos. Hay que tener en cuenta que los intereses privados, no son sólo los de las entidades que operan en el mercado, sino que también son los de los inversores y consumidores de productos. Pero este interés, que también se protege, siendo de naturaleza privada tiene relevancia pública tanto directa como indirectamente. La primera de ellas deriva del hecho de que los poderes públicos deben proteger a los consumidores y usuarios por mandato constitucional –ex art. 51 CE, en el ordenamiento jurídico español-, y la segunda deriva de que la confianza de los mismos en los mercados es esencial para su funcionamiento, de modo que si no se sienten protegidos, se producen episodios de

⁶ DOWD K. y HUTCHINSON M., “How Should Financial Markets Be Regulated?”, *Financial Markets, Cato Journal*, Vol.34, Nº 2 (Spring/Summer2014), pág. 354.

⁷ ZUNZUNEGUI F., (2005), *Derecho del Mercado Financiero*, Ed. Marcial Pons (Barcelona), pág. 45.

pánico financiero⁸, que agudizan las situaciones de crisis y este hecho incide en el desarrollo de los mercados, y en la estabilidad económica general.

Por todo lo indicado, con esta actividad de control, lo que se pretende es proteger los intereses de los inversores y consumidores de productos financieros, y garantizar, el equilibrio y adecuado desarrollo de los mercados y la estabilidad del sistema financiero⁹. La consecución de estos objetivos justifica la intervención pública en la regulación de esta actividad, y además, esta faceta de intervención pública tiene otras justificaciones, ya que, pretende optimizar el rendimiento de los mercados, reducir su volatilidad, y proteger a quienes no tienen conocimientos técnicos para invertir en productos muy sofisticados¹⁰.

Es de destacar que, en ocasiones, los intereses públicos y los privados pueden entrar en conflicto. La preferencia de uno sobre otro se ha ido perfilando en los últimos años como consecuencia de las crisis bancarias y de las crisis de algunos Estados soberanos que rescataron a las entidades en situación económica de bancarota. Como consecuencia de tales acontecimientos, y de las reformas legislativas subsiguientes, ha quedado patente que la justificación del mantenimiento de la estabilidad del sistema tiene un fundamento cualificado frente a la faceta de

⁸ La importancia de reconducir el pánico financiero adoptando medidas de emergencia ha sido tratado en GUYNN R.D. (2010), "The financial panic of 2008", en *A survey of current regulatory trends*, nº octubre 2010, Ed. The International Bar Association's (Task Force on the Financial Crisis), págs 25-54, recuperado el 20 de septiembre de 2014 en <http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2010/11/20/the-financial-panic-of-2008-and-financial-regulatory-reform/>. En relación con la importancia que tiene la confianza de los consumidores-inversores para el buen funcionamiento del sistema financiero, y en relación con la Gran Depresión de 1929, se pueden citar las palabras del Presidente de Estados Unidos, Roosevelt en 1933, que trataba de incentivar los depósitos bancarios incrementando la confianza de los depositantes: «People will again be glad to have their money where it will be safely taken care of and where they can use it conveniently at any time. I can assure you that it is safer to keep your money in a reopened bank than under the mattress». Citado en BARTH, J.R, CAPRIO, G. Jr., LEVINE, R. (2006), *Rethinking Bank Regulation: till angels govern*, Ed. Cambridge University Press (New York), pág. 29. En la actual crisis ese pánico financiero afectó no sólo a los inversores sino también a los demás operadores del sistema, de modo que la desconfianza entre las mismas entidades financieras agudizó la situación de pánico. Para apreciar el papel del pánico financiero en el proceso de evolución de la actual crisis vid. PINEDA SALIDO L. (2011), "La crisis financiera de los Estados Unidos y la respuesta regulatoria internacional" *Revista Aequitas*, volumen 1, Ed. Asociación Veritas (Madrid), págs. 129-214.

⁹ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2013), ob. cit. "Fundamentos y características de la regulación...", pág. 19. En un sentido similar, IZQUIERDO CARRASCO, M. (2012), "La supervisión pública sobre las entidades bancarias", en REBOLLO PUIG, M. (dir.), *La regulación Económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 168.

¹⁰ BARTH, J.R, CAPRIO, G. Jr., LEVINE, R. (2006), ob. cit. *Rethinking Bank Regulation...*, pág. 29. Según los autores: «In addition to the desire to spur economic development and to ensure systemic stability, some financial sector regulation has been based on the desire to protect consumers of (and investors in) financial services from fraud, manipulation, and other abuses. These interventions also can be justified as maximizing output, reducing volatility, and protecting the unsophisticated».

protección del inversor, por tener aquella un carácter más marcado de defensa del interés general. Esto determina que, en caso de entrar en conflicto ambos intereses, se deberá dar preferencia a garantizar la estabilidad del sistema, frente a la protección de los intereses particulares de los inversores. Aunque más adelante se profundizará en esta cuestión, por ahora debemos destacar que la regulación financiera tiende a garantizar esta preferencia de protección del interés general frente al particular, pero al margen de su posible conflicto con los intereses generales, también se refuerza, con las últimas reformas la protección de los intereses particulares de los consumidores de productos financieros y de crédito. En base a la idea de que la función de garantizar la estabilidad del sistema es la principal finalidad de las normas de regulación de la actividad financiera y de su supervisión, que es un criterio seguido a nivel internacional¹¹, se ha llegado a afirmar, como antes señalábamos, que la protección del consumidor-depositante-inversor es una protección indirecta, ya que la finalidad última de estas normas es el correcto funcionamiento del mercado y no la protección de los consumidores¹². La STJUE de 12 de octubre de 2004 en el asunto C-222/02 hace referencia a la prioridad que las normas de supervisión financiera tienen en relación con la protección del interés general frente a la protección de los intereses particulares de los depositantes, y de ella se desprende la idea de que la protección de los consumidores, depositantes o inversores, es indirecta, siendo la misión principal de la actividad de supervisión financiera, la protección de los intereses generales¹³. En nuestra opinión, la protección de los consumidores es directa e indirecta, pues no se puede olvidar que la protección de los mismos *per se*, deriva de un mandato constitucional, en el caso de España, del artículo 51 CE, y además, es un valor

¹¹ Vid. Informe del Banco de Pagos Internacionales de diciembre de 2011 para consulta sobre reforma de los *Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz*, recuperado el 21 de agosto de 2014 en http://www.bis.org/publ/bcbs213_es.pdf. En este Informe se establece que «El primer Principio Básico establece la promoción de la seguridad y la solvencia del sistema bancario como el objetivo principal de la supervisión bancaria. En cada jurisdicción podrán atribuirse otras competencias al supervisor bancario siempre y cuando no entren en conflicto con este objetivo principal».

¹² ZUNZUNEGUI F., (2005), ob. cit. *Derecho del Mercado...*, pág. 31.

¹³ La misma STJUE de 12 de octubre de 2004 (asunto C-222/02), en su número 44, recoge: «...al igual que en el Derecho alemán, se excluye en otros Estados miembros que una supervisión deficiente pueda generar la responsabilidad, para con los particulares, de las autoridades nacionales de supervisión de las entidades de crédito. Se ha alegado que esta normativa se basa en consideraciones relacionadas con la complejidad de la supervisión bancaria, que obliga a las autoridades a proteger una pluralidad de intereses, entre los que destaca el de garantizar la estabilidad del sistema financiero».

protegido también en el marco de la Unión Europea¹⁴. Por este motivo, no puede descuidarse la protección de los consumidores-inversores, y es más, debe promoverse su protección, precisamente, basándonos en la idea de que la desconfianza de los mismos en el saneamiento de los mercados produce un ambiente de recesión que afecta, asimismo, el desarrollo de este sector económico incidiendo nuevamente en los intereses generales que con la actividad de supervisión financiera se pretenden proteger¹⁵.

No puede tampoco desconocerse que un sistema bancario saneado redundaría en la mejora del estado del bienestar, siendo este objetivo también una finalidad de interés público¹⁶. Mantener un sistema saneado es lo que pretende la regulación financiera, pero ya de entrada esta es una empresa utópica en términos absolutos, ya que las crisis económicas son cíclicas¹⁷ y con ello se resienten diversos sectores de la economía, no siendo ajeno a esto el sistema financiero. El papel de la supervisión pública en este ámbito, lo que debe pretender, ya que no podrá evitar futuras crisis económicas, es evitar que estas sean sistémicas. El problema de la última crisis es que los fallos regulatorios del sistema anterior favorecieron el carácter sistémico de la misma, y quedaron vinculadas, con la bancarrota de las entidades, también las

¹⁴ La Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 dispensaba cierta protección en este sentido, pretendiendo alcanzar el grado de armonización necesario para ofrecer a los inversores un alto nivel de protección. Actualmente existe una propuesta de reforma de la misma.

¹⁵ No en vano, ambas finalidades se ponen en relación y sirven de fundamento de la labor interventora en esta materia tal y como se recoge en el preámbulo de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que expresamente declara «...corresponde al ordenamiento jurídico articular, con una profundidad interventora mayor que las empleadas en otras áreas de actividad económica, la regulación necesaria para la mejor prevención y gestión de los riesgos financieros y, al tiempo, el fomento de las más favorables condiciones de financiación de la economía. Se puede decir que el fundamento último de toda la legislación financiera consiste en la necesidad de garantizar la estabilidad y el eficiente funcionamiento de los mercados financieros con el fin de proteger a los agentes implicados, en especial a los clientes e inversores, y, en última instancia, proporcionar a las economías las condiciones de financiación, óptimas pero prudentes, para impulsar su prosperidad en el largo plazo».

¹⁶ BARTH, J.R, CAPRIO, G. Jr., y LEVINE, R. (2006), ob. cit. *Rethinking Bank Regulation...*, pág. 21. Y, también, ASLANBEIGUI, N. "Transaction introduction" (2009), en PIGOU, A.C., *The economics of welfare*, Ed. Transaction Publishers Rutgers – The State University of New Jersey (New Jersey), pág. liv-lvii.

¹⁷ La Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, en su Preámbulo (vid. nº I), considera peligros o riesgos de la actividad de crédito para justificar la necesidad de regulación de la materia los siguientes: «La propia tendencia cíclica de las economías, el natural apetito de las empresas financieras por modelos de negocio que priorizan la optimización de beneficios a corto plazo, la impredecible evolución de la innovación financiera y la creciente y mundial interdependencia entre entidades y mercados financieros, pueden conducir a estas instituciones y al conjunto de las economías a situaciones de dificultad, con graves consecuencias sobre el funcionamiento global del sistema económico».

economías nacionales en un buen número de países. Esto es, precisamente lo que se debe evitar.

Con las últimas reformas se ha ampliado la extensión del objeto de control público desde el punto de vista prudencial, esto es, en lo esencial, ampliando el núcleo de control de la supervisión entendida en sentido estricto. Pero también se han establecido límites para los posibles futuros rescates de entidades de crédito con problemas financieros. Esto último, de entrada, es beneficioso para el funcionamiento del sistema, porque puede servir de freno a la especulación, pero juega en perjuicio de la protección de los consumidores-inversores, en los que se puede generar un sentimiento de desconfianza hacia el sistema¹⁸, puesto que, en caso de que fallasen los controles prudenciales, y tuviera lugar la intervención y resolución de una entidad financiera, aquellos podrían perder sus ahorros e inversiones. Es aquí, donde cobran especial relevancia otros mecanismos que refuercen la confianza de los mismos en el sistema¹⁹.

1.2 Evolución de la actividad pública de supervisión durante el siglo XX y hasta nuestros días.

Durante el siglo XX, se produjo un mayor desarrollo de la actividad intervencionista del Estado en la economía, y específicamente en la regulación y supervisión de la actividad de crédito, actividad que se ha ido desarrollando dentro del

¹⁸ Sobre la importancia de la confianza de los consumidores-inversores en la estabilidad del sistema, vid. ZUNZUNEGUI F., (2005), ob. cit. *Derecho del Mercado...*, pág. 38; y también: "Customer Due Diligence for Banks", Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, 2001, disponible en <http://www.bis.org/publ/bcbs85.htm>, última consulta 10 de noviembre de 2014.

¹⁹ Como por ejemplo, los Fondos de Garantía de Depósitos. Vid. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (2013), ob. cit. *Regulación bancaria y...*, pág. 70 y ss. La confianza de los consumidores-inversores es esencial para el buen funcionamiento de los sistemas financieros, de ahí que una de las instituciones más relevantes en la materia de supervisión financiera sean los Fondos de Garantía de Depósitos. El autor destaca la importancia de dichos fondos como mecanismo necesario para conseguir la confianza del consumidor, que, como parte más débil en la relación, debe recibir la protección de los poderes públicos. También otros sistemas de capitalización de origen público o privado: en este sentido, MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., (1991), "Sistema bancario y crediticio", en MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S. (dir.), *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, Ed. La Ley (Madrid), pág. 139, donde se destaca la importancia de la capitalización del Fondo de Garantía de Depósitos, y se hace referencia a la financiación del mismo por varias vías: la pública, mediante aportaciones del Banco de España, la privada, mediante la aportación de mismas entidades de crédito, y la autofinanciación resultante de la gestión y administración de sus propios activos.

área del Derecho Público económico como límite al *laissez faire*²⁰ que caracterizó las etapas anteriores, cambiando el papel del sector público en la actividad económica. Durante el siglo XX, acontecimientos históricos como la crisis económica de 1929 y la necesidad de reparar las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, propiciaron un mayor intervencionismo estatal a nivel mundial, pero actuando cada Estado de forma individual sobre sus propias economías, y existiendo, a pesar de las tendencias generales, mayor o menor grado de intervención según países. Hasta entonces, el desarrollo de la actividad se había dejado, en gran medida, en manos de los operadores del mercado, como consecuencia del liberalismo económico imperante.

La evolución del liberalismo al intervencionismo económico generó cambios en la estructura administrativa de los poderes públicos, y en su ámbito competencial, el cual vieron aumentado. Más aún, se generó un Derecho Público económico, del que es pieza clave y fundamento la atribución constitucional a los poderes públicos de la responsabilidad de mantener la estabilidad económica –en nuestro ordenamiento,

²⁰ El llamado *laissez faire* es la idea que concentra el pensamiento de los economistas clásicos y de las corrientes posteriores que se inspiraron en sus teorías para defensa del librecambio y de la mínima intervención pública en la regulación económica, pues las fuerzas del mercado se equilibran por sí mismas, y se construye a partir de la obra de Adam Smith, *La riqueza de las naciones* (1776). Así se recoge en numerosos estudios posteriores, entre ellos destacamos, LANDREZ y COLLANDER (2006), *Historia del pensamiento económico*, Ed. McGraw-Hill (Madrid), pág. 103; y FUENTES QUINTANA (dir.) *Una introducción al pensamiento económico*, Ed. Galaxia Gutenberg – Círculo de lectores, Barcelona. Una traducción al español de la obra de Smith, respecto de la que se ha indicado que las ideas de Smith aparecen matizadas y adaptadas a las circunstancias de la época en nuestro país (vid. pág. 133 y ss de FUENTES QUINTANA (dir.), ob. cit., *Una Introducción...*), es ALONSO ORTIZ J. (1792), *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, Ed. Viuda e Hijos de Santander (Valladolid), consultado el 15 de octubre de 2014 en:

http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/ficheros/libreria/La_Riqueza_de_las_Naciones.pdf
Ciertamente, de la lectura de la versión traducida se aprecian ideas muy diferentes a un liberalismo económico puro, ya que está presente la intervención pública en la regulación económica como algo necesario, e incluso ventajoso en algunas actividades. Por ejemplo, se hace referencia a la reducción de los desequilibrios de los mercados por la regulación pública (pág. 203), la incidencia de la regulación pública en los mercados no altera la posición de cada operador en el mercado porque afecta a todos por igual, solo marca la dirección general del mercado (pág. 249), el monopolio es el mayor enemigo de la negociación justa, y nunca se debe permitir (pág. 256), cuando el gobierno dispone un reglamento de comercio o policía nunca podrá incurrir en error porque tiende a la defensa del interés general (pág. 440), la regulación pública de la actividad económica pretende el beneficio del interés público. En relación con la actividad de banca se refiere a la incidencia de su regulación en el mercado de crédito. Vid. pág. 146: recoge la máxima de que donde sea que el uso de capital pueda rendir mayores utilidades, más alto será el tipo de interés; pág. 151: dice que en esa época en Francia la cuota de interés no se había regulado en ningún momento, y por eso algunos comerciantes preferían comerciar en él a hacerlo en otros países más regulados a pesar de que estos eran más ricos; pág. 163 a 165, hace referencia expresa a la regulación de los tipos de interés (usura); pág. 181, valora los riesgos de la actividad de banca y seguros; pág. 188: deja constancia de que las quiebras son más frecuentes en los tráficos más arriesgados (dentro de estos se refiere a la actividad de crédito, además de, por supuesto, al comercio marítimo).

resulta de la aplicación combinada de los artículos 40 en relación con 38, 128, 131 y 149.1.11^º, todos ellos de la Constitución española⁻²¹. Como parte de ese Derecho Público económico²², la regulación y supervisión bancaria, dentro de la regulación financiera, ha encontrado su fundamento desde entonces en la necesidad de controlar una actividad privada como garantía de su buen funcionamiento, ya que este es beneficioso para la economía general²³, y por tanto para la sociedad. Esta actividad pública, desde sus orígenes, pretende controlar los grandes riesgos inherentes a la actividad, tanto para los consumidores de productos de este mercado, como para el sistema económico general²⁴.

Los acontecimientos económicos mundiales de los años 30 y 40 propiciaron el desarrollo del intervencionismo público en las economías nacionales y tras años de creciente desarrollo económico, sobrevino una crisis en los años 70, que es seguida, durante los años 80 de una etapa de liberalización ascendente, y que en Estados Unidos supuso, la liberalización absoluta de la actividad bancaria, con aceptación imprudente de la desregulación del sector, especialmente implicando la desregulación de los tipos de interés de los bancos comerciales²⁵, y la asunción en la actividad bancaria de grandes riesgos en lo relativo a la solvencia de las entidades²⁶. La misma evolución ha sido seguida también en la mayoría de países occidentales.

En España, la liberalización bancaria que tiene lugar en este ambiente general, queda representada por la denominada reforma Fuentes-Quintana, a través del Real Decreto 2290/1977, de 27 de agosto, para la regulación de los órganos de Gobierno y

²¹ FRANCH I SAGUER, M., (1992), *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorros*, Ed. Civitas (Madrid), pág. 31 y ss.

²² El Tribunal Constitucional declaró que el primer apartado del artículo 40 de la CE es expresión de la "Constitución económica" en SSTC de 16 de noviembre de 1981 y 28 de enero de 1982.

²³ También el Tribunal Constitucional ha destacado que los principios que orientan esa política han de dirigirse a conseguir en un marco de estabilidad económica, las condiciones favorables para el progreso social y económico, así STC 64/1990. De todo ello se desprende que el progreso económico requiere o presupone su desarrollo en un marco de estabilidad.

²⁴ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2013), ob. cit. "Fundamentos y características de la regulación...", pág. 20.

²⁵ GALBRAITH, J. K. (traducción de 1992, de ÁLVAREZ FLOREZ J.M.), *La cultura de la satisfacción*, Ed. Ariel (Barcelona), pág. 78-79.

²⁶ GALBRAITH, J. K. (traducción de 1992, de ÁLVAREZ FLOREZ J.M.), ob. cit. *La cultura de la satisfacción*, pág. 76-77. Indica el autor que en Estados Unidos durante los años 80 y dada la liberalización del sector se concedieron préstamos de grandes sumas sin demasiada garantía en la solvencia del prestatario cuando las sumas eran especialmente elevadas, estando más controlados incluso los prestatarios de pequeñas sumas: "los préstamos fueron en este caso cuantiosos y potencialmente peligrosos", añadiendo el autor que, este planteamiento tuvo graves consecuencias para el sistema: "El sistema de libre empresa asume plenamente el derecho a causarse a sí mismo daños ilimitados".

de las funciones de las cajas de ahorros, a partir de cuya entrada en vigor se equiparó la actividad de las cajas de ahorros a la de los bancos²⁷.

La tendencia a la desregulación de los años 80, manifestada en el sector bancario en Estados Unidos, ya se mostró entonces como una iniciativa pública costosa y arriesgada, que supuso el hundimiento de las cajas de ahorro, incluyendo escándalos que implicaban actividades delictivas (malversación, prevaricación y otros delitos de naturaleza similar), y que requirió de la posterior intervención pública para rescatar las entidades hundidas²⁸.

Lo que se puede apreciar tanto en España como en otros países es que la intervención pública que, anteriormente, fue ganando terreno a la libre actuación de los operadores de los mercados, no fue lineal, pues siempre estuvo marcada por la situación económica del momento. Es decir, que existiendo una tendencia ascendente desde los inicios del siglo XX (o incluso, finales del siglo XIX) hasta la actualidad en que progresivamente ha generado una mayor regulación financiera, las etapas de avances en este sentido suelen ir aparejadas a etapas de crisis, que se han ido sucediendo por una mejora de los mercados y la consiguiente liberalización de los mismos para permitir su desarrollo, y cuando nuevamente hay tensiones de las que surgen otras crisis, se vuelve a una mayor regulación e intervención pública. Podemos afirmar, por tanto, que la intervención pública en la actividad financiera y dentro de esta, de la bancaria, es una respuesta a la situación de mayor o menor estabilidad de los mercados.

La creación de la unión bancaria es respuesta a una situación de crisis, que ha generado un desarrollo tanto normativo como institucional y de mecanismos de intervención, que podrían calificarse como una reforma estructural del sistema para superar las debilidades de los mercados manifestadas en los primeros años del siglo XXI, y que es de gran envergadura porque se pretenden solucionar problemas de

²⁷ El artículo 20 del Real Decreto 2290/1977, de 27 de agosto, para la regulación de los órganos de Gobierno y de las funciones de las Cajas de Ahorros, disponía "A partir de la entrada en vigor de la presente disposición las Cajas de Ahorros podrán realizar las mismas operaciones que las autorizadas a la Banca privada, sin otras limitaciones que las vigentes para esta última en el marco de la Ley dos/mil novecientos sesenta y dos, de catorce de abril, sobre bases de ordenación del crédito y de la Banca". La versión original de la norma se puede consultar actualmente en la web de la Confederación Española de Cajas de Ahorros:

<http://hidra5.ceca.es/2000/normafin/normafin.nsf/5165c9c6c965eca1c125658700304ada/331628258d488f05c125686c004617cc?OpenDocument>

²⁸ GALBRAITH, J. K. (traducción de 1992, de ÁLVAREZ FLOREZ J.M.), ob. cit. *La cultura de la...*, pág. 78-79.

regulación financiera de carácter sistémico. Sin embargo, no se puede olvidar que contemplando con una perspectiva más amplia la regulación de los mercados, una mayor intervención pública siempre ha sucedido a etapas de crisis económica (con la excepción de la crisis de los años 70)²⁹, y se alterna con etapas de liberalización económica que acompañan a situaciones de bonanza, siendo este un proceso que ha continuado hasta nuestros días a través de crisis y tiempos de expansión económica³⁰. Siendo esto así, las grandes cuestiones que nos deberíamos plantear en consecuencia son: ¿Las novedades introducidas en la actual reforma de la supervisión pública del sistema son definitivas y estables?, ¿O son sólo una respuesta a la presente crisis?, ¿Cabe esperar que cuando la situación económica mejore, el sector bancario se liberalice de nuevo como ocurrió en los años 80 y siguientes?. Como apunte inicial a un posterior análisis de las perspectivas de futuro de la regulación bancaria, lo que debemos tener claro es que si queremos bases estables de futuro en lo que se refiere a la actuación pública supervisora, esta no puede ir y venir según las circunstancias económicas del momento, al menos en las cuestiones básicas a controlar –sobre cuáles deben ser estas, se incidirá más adelante-. Esa adaptación a las circunstancias de los mercados, sólo se puede admitir en las cuestiones de política económica que permiten incidir mínimamente en la dirección de los mercados, pero no en el ámbito nuclear de control de riesgos, como garantía de la estabilidad del sistema.

Volviendo a la evolución de esta actividad pública, los riesgos a controlar por el Estado interventor a lo largo del siglo XX han determinado el ámbito de actuación y competencias de los supervisores, hasta llegar a la situación inmediatamente anterior a la crisis actual. En España, la ahora ya derogada Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito de 1988 (en adelante, LDIEC), en su Preámbulo, justificaba la necesidad de supervisión de las entidades de crédito, en base a la idea de que «Esas entidades captan recursos financieros entre un público muy amplio, carente en la

²⁹ La respuesta a la crisis de los años 70 tiene una tendencia liberalizadora y de desregulación porque a diferencia de otras crisis en las que el desequilibrio de los mercados venía dada por la reducción de la demanda y una sobreproducción que había que frenar, la crisis de los años 70, fue consecuencia de una reducción de la oferta causada por el incremento de las fuentes energéticas utilizadas en la producción; de ahí que las medidas tendiesen, en esta ocasión, a la liberalización económica, pues se trataba de incentivar la producción y, por consiguiente, aumentar la oferta de los mercados.

³⁰ BELTRÁN FLORES, L. (1999), “La ciencia económica y su introducción en España”, en FUENTES QUINTANA (dir.) *Una introducción al pensamiento económico*, Ed. Galaxia Gutenberg – Círculo de lectores, Barcelona, pág. 412.

mayor parte de los casos de los datos y los conocimientos necesarios para proceder a una evaluación propia de la solvencia de aquéllas. La regulación y supervisión públicas aspiran a paliar los efectos de esa carencia, y facilitan la confianza en las entidades, una condición imprescindible para su desarrollo y buen funcionamiento, esencial no sólo para los depositantes de fondos, sino para el conjunto de la economía, dada la posición central que reúnen esas entidades en los mecanismos de pago». De este modo, la supervisión de la actividad crediticia, ejercida sobre la base de la LDIEC, se extendía a garantizar la solvencia, viabilidad y estabilidad de las entidades de crédito³¹, con las finalidades indicadas, dando especial importancia a la generación de confianza en los ahorradores-depositantes-inversores sobre el saneamiento del sistema.

La LDIEC fue derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (en adelante, LOSSEC), aunque la nueva ley sigue manteniendo el fundamento que la ley anterior, ya que como recoge el número 1 de su Preámbulo: «Se puede decir que el fundamento último de toda la legislación financiera consiste en la necesidad de garantizar la estabilidad y el eficiente funcionamiento de los mercados financieros con el fin de proteger a los agentes implicados, en especial a los clientes e inversores, y, en última instancia, proporcionar a las economías las condiciones de financiación, óptimas pero prudentes, para impulsar su prosperidad en el largo plazo».

A pesar de la coincidencia en su fundamento, una revisión más minuciosa de su contenido, puesto en relación con toda la normativa aprobada desde el año 2009 en adelante, permite apreciar un cambio en el concepto de supervisión financiera, con tendencia a su expansión, de modo que, además de pretenderse el mantenimiento de márgenes de solvencia en las entidades de crédito, se controlan ahora otros aspectos de la ordenación bancaria que antes no formaban parte de la supervisión prudencial y sobre los que el regulador realizaba una fiscalización menor, como agentes y operadores del mercado que, por su actividad, no se incluían en el marco regulador tradicional, pero cuya actividad incide en la estabilidad del sistema³².

³¹ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., (1991), ob. cit. "Sistema bancario y crediticio" ... pág. 146.

³² ARENILLAS LORENTE, C. (2008), "Preservar la estabilidad financiera: la crisis *subprime* y la supervisión financiera", pág. 3., recuperado el 11 de agosto de 2014 en: <http://www.carlosarenillas.es/docs/Preservar%20la%20estabilidad%20financiera.pdf>

El concepto actual de la actividad pública de supervisión financiera tiene una estrecha vinculación con el concepto actual de estabilidad del sistema financiero, que a su vez produce la ampliación del ámbito de actuación de los supervisores. La estabilidad financiera tradicionalmente se ha identificado con el buen funcionamiento de la economía mediante el cumplimiento de sus funciones, como son la canalización de fondos desde los ahorradores a los inversores, la provisión de servicios financieros a la economía en general, la ejecución de pagos, y la distribución del riesgo entre agentes económicos de una forma ordenada y eficiente. Actualmente, la ampliación de su concepto tiende a garantizar un correcto funcionamiento de las entidades de crédito, de los mercados financieros y de las infraestructuras operativas que los soportan, de tal forma que el conjunto del sistema pueda hacer frente a shocks inesperados sin poner en peligro sus funciones³³.

Con las finalidades indicadas, las nuevas normas han elevado los niveles mínimos de solvencia de las entidades de crédito³⁴ y han reforzado la supervisión de las mismas. Normativamente, en España ha supuesto la refundición de la regulación de la disciplina e intervención de las entidades de crédito (antes contenida en la LDIEC) y de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, adaptando su contenido

³³ Este concepto de estabilidad financiera ha sido acordada por el Comité de Estabilidad Financiera (CESFI), del que forma parte el Banco de España, la CNMV, la Dirección General del Tesoro y la Dirección General de Seguros, y que preside el Secretario de Estado de Economía. Este Comité fue creado por un acuerdo de cooperación firmado en 2006 entre estas instituciones y su principal objetivo es fomentar la cooperación entre ellas para la prevención y gestión de crisis con efectos potencialmente sistémicos. Vid. VEGARA D. (2006), "Funciones y objetivos del Comité de Estabilidad Financiera", Revista de Estabilidad Financiera nº 11, noviembre de 2006, Ed. Banco de España (Madrid), pág. 14. Recuperado el 14 de noviembre de 2014 en: <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/06/Fic/IEFnov06.pdf>

³⁴ La misma LOSSEC recoge los requisitos de solvencia que se recogen en los Acuerdos del Comité de Basilea III, y que a su vez han generado nueva normativa europea en la materia. Básicamente se armoniza con los criterios introducidos por el Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012 y la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE, cuya transposición a nuestro ordenamiento comenzó con el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras.

a las recientes normas de la Unión Europea, que a su vez siguen las directrices de Basilea III.

Como consecuencia de un mayor control sobre las entidades de crédito, también se han ampliado las competencias del supervisor. El aumento de competencias en materia de supervisión se introdujo en España, primero mediante el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras, y responde, no solo a la finalidad de armonizar la regulación española con la de la Unión Europea, sino también a la necesidad de establecer las bases jurídicas que permitieron la integración en la unión bancaria, y dentro de esta, más estrictamente, en el Mecanismo Único de Supervisión. En el mismo sentido, posteriormente la LOSSEC de 2014, avanza en la integración de España en el Mecanismo Único de Supervisión, regulando las relaciones del Banco de España con otras autoridades supervisoras y, en particular, con la Autoridad Bancaria Europea, cuya función crucial para garantizar una aplicación coherente y eficaz de las políticas de la Unión en materia de supervisión prudencial de las entidades de crédito»³⁵.

De todo lo anterior, se deduce que la supervisión prudencial es un concepto en expansión, en ambos aspectos -objetivo y subjetivo-. Pero con independencia de su extensión, no ha cambiado su fundamento, ya que la importancia de que el sistema financiero, y dentro de este, del bancario, sea estable radica en la importancia que tiene para la economía general este sector³⁶.

Con la regulación actual, desde el punto de vista material, la supervisión bancaria se extenderá a la solvencia de las entidades, al acceso a la actividad, a la gestión de riesgos, a algunos aspectos de su organización interna, como sus órganos y propietarios, su contabilidad, y sus relaciones con los consumidores e inversores, pretendiendo garantizar ciertos valores como la transparencia.

³⁵ Vid, Preámbulo LOSSEC en número II, párrafo 12.

³⁶ MARTIN-RETORTILLO había destacado la obviedad de las razones que justifican la intervención administrativa en esta materia, y que hoy, mantenemos en esta sede que permanecen inalteradas, y al mismo tiempo, se planteaba que la principal problemática de tal intervención radicaba en “su extensión y alcance, así como la ordenación y el sentido de las medidas que al respecto se establezcan para la protección de los fines que se tratan de salvaguardar”, cuestión que, actualmente entendemos en evolución y desarrollo. Vid. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., (1991), ob. cit. “Sistema bancario...”, pág. 127.

Mención especial debe recibir el concepto de supervisión prudencial, concepto con el que se debería identificar el núcleo mínimo de la actividad de supervisión y que debería ser coincidente en todos los países. A su extensión en la regulación vigente nos referiremos más adelante, pero en este momento destacaremos que su carácter esencial deriva de que, con él, se pretende garantizar la eficacia de la actividad supervisora, y por esto, su carácter debería ser permanente, sin verse afectado por tendencias más o menos liberalizadoras, ya que se ha considerado por el Comité de Basilea que un sistema eficaz de supervisión bancaria es aquel que es capaz de desarrollar, implementar, vigilar y hacer cumplir políticas supervisoras en condiciones económicas y financieras normales y de tensión³⁷, de modo que un mínimo control se debe aplicar igualmente con independencia de la situación de bonanza o crisis de los mercados.

Aunque hasta ahora nos hemos referido, en general, al ámbito bancario, ámbito que va a ser el objeto central de este estudio, no hay que olvidar que también el sistema financiero está formado por los mercados de inversión (valores) y del sector de los seguros y fondos de pensiones, y que la intervención pública en los mismos obedece a un fundamento semejante³⁸. De todos modos, entre la intervención pública de la actividad de crédito en sentido estricto y la regulación del funcionamiento de los demás ámbitos, se aprecian diferencias; así, por ejemplo, respecto a los mercados de inversión, han existido siempre diferencias de intensidad basadas en el carácter menos profesionalizado del consumidor de productos bancarios, que demanda una mayor tutela estatal. Esta diferencia en la intensidad de la regulación del ámbito bancario y del de los mercados de inversión ha generado ciertos problemas prácticos de supervisión por la conexión que, en algunos casos, se encuentra en la actividad de los

³⁷ Vid. Informe del Banco de Pagos Internacionales de diciembre de 2011 para consulta sobre reforma de los *Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz*, pág. 15.

³⁸ Vid. RESTOY LOZANO, F. (2011), "La supervisión de los mercados y la estabilidad financiera", *El nuevo mapa del sistema financiero*, Ed. Unión Nacional de Cooperativas de Crédito, Madrid, pág. 36. Recuperado el 1 de agosto de 2014 en <http://www.unacc.com/Portals/0/Otras%20Publicaciones/Libros/indice%20el%20nuevo%20mapa.pdf> El autor, valora que la contribución de los supervisores de los mercados financieros a efectos de servir para la preservación de la estabilidad financiera a través de tres vías: 1. La supervisión de agentes del mercado con una importancia sistémica, 2. El mantenimiento de la confianza de los inversores en el adecuado comportamiento de emisores e intermediarios, y 3. La vigilancia de las reglas, prácticas, o estrategias de los participantes en los mercados, mediante la supervisión de los mecanismos de contención de la volatilidad de las cotizaciones o el control de la actividad los operadores de alta frecuencia.

operadores de crédito en los mercados de inversión, diferencias acentuadas en Derecho comparado, y que generan problemas de supervisión como consecuencia de la globalización financiera³⁹.

2. LA REGULACIÓN DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

2.1. Regulación y desregulación

2.1.1. Fundamentos jurídicos: diferencias en la regulación de los mercados de crédito y de inversión.

La regulación de los mercados permite ejercer la función supervisora de la actividad financiera, entendiendo que la base objetiva del núcleo de la supervisión es el establecimiento de una normativa prudencial cuyo cumplimiento será la pieza más importante de la materia de control por parte de las Administraciones Públicas competentes. La justificación para acoger un sistema más o menos regulado, radica en los mismos motivos o razones de ser de la actividad de supervisión. Lo más significativo de esa justificación reside en la idea de que estamos ante la regulación de una actividad privada de interés público, y este interés permite la intervención de los poderes públicos⁴⁰, a pesar de no ser una actividad desarrollada como servicio público.

Partiendo de esta idea, y teniendo clara su justificación, debe de destacarse que, dada la amplitud y actual desarrollo de los mercados financieros y de sus productos, no ha existido, en etapas anteriores al desencadenamiento de la crisis de 2007-2008, un criterio de regulación absolutamente unificado, y esto se ha evidenciado como un problema práctico que ha conllevado graves defectos de supervisión⁴¹. Para entender el alcance de esta idea debemos tener en cuenta que,

³⁹ Aunque la globalización financiera será tratada más adelante, no puede desconocerse que ha potenciado los defectos de supervisión que para muchos han servido de germen de la crisis económica actual. Vid. GARCIA QUERO, F.J. (2010), "Aproximación crítica a la crisis económica mundial: Sistema capitalista, política monetaria y globalización financiera" en *Pecunia (Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de León)*, nº 10-2010, pág. 75-94. Recuperado el 20 de julio de 2014 en <http://revpubli.unileon.es/ojs/index.php/Pecunia/article/view/640/571>

⁴⁰ La actividad de supervisión tiene que ser entendida desde un punto de vista finalista, teniendo en cuenta el interés al que sirve. Vid. IZQUIERDO CARRASCO M., (2012), "La supervisión pública sobre las entidades bancarias", en REBOLLO PUIG (Dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 178.

⁴¹ Vid. el Informe de noviembre de 2010 del Consejo de Estabilidad Financiera "*Intensity and Effectiveness of SIFI Supervision, Recommendations for enhanced supervision*", disponible en http://www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/r_101101.pdf?page_moved=1; el Informe de enero de 2010 del Foro Conjunto del Comité de Basilea "Review of the Differentiated Nature and

por un lado, se puede diferenciar la actividad financiera para ahorrar, y por otro, la actividad financiera para invertir, y ambos ámbitos se someten a controles diferentes. Tradicionalmente la actividad estrictamente bancaria o de crédito se ha sometido a mayores controles por ir destinada a un público no profesional⁴², mientras que la actividad de inversión de los operadores ha quedado según países menos regulada, o desregulada; y en algunos casos, dejando un amplio margen a la autorregulación, lo que determinaba que en este último sector pudieran efectuarse operaciones más arriesgadas en las que la actividad especulativa quedaba fuera de control. También hay que tener en cuenta que el ámbito profesionalizado de la actividad financiera, en el que los productos financieros son más complejos y los operadores e incluso los clientes suelen ser profesionales, en algunos países, como España, tiene diferente regulador, no siendo el mismo órgano que supervisa la actividad de crédito para ahorro.

Esas diferencias de intervención pública en el ámbito de la regulación del mercado bancario y del mercado de inversión, pueden poner en peligro la estabilidad del sistema financiero en su conjunto, por transmisión de las inestabilidades, si a los operadores del mercado bancario no se les limita la posibilidad de actuar en el mercado de inversión, o, en caso de no limitar esta actividad, no se regula la posibilidad de la inversión condicionada al mantenimiento de estrictos márgenes de solvencia en relación con la actividad de crédito. Es decir, o se separan totalmente ambas actividades, o para el caso de permitir las, las entidades que operen en ambos mercados deben de garantizar suficientemente su solvencia en la actividad de crédito, pudiendo hacer inversiones en el mercado de valores sólo si garantizan los niveles de

Scope of Financial Regulation – Key Issues and Recommendations” disponible en <http://www.bis.org/publ/joint24.pdf>; y el Informe de octubre de 2009 del Senior Supervisors Group “Risk Management Lessons from the Global Banking Crisis of 2008”, disponible en http://www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/r_0910a.pdf?page_moved=1

⁴² De hecho, las obligaciones de información impuestas a las entidades son mayores cuando se trata de comercializar productos financieros complejos con no profesionales; En este sentido la STS (Sección Primera) nº 2659/2014 de 7 de julio, en sus Fundamentos Jurídicos nº 3º y 5º recogen esta idea haciendo referencia a la STS nº 840/2013, del Pleno (Sección Primera), de 20 de enero de 2014, dictada en un proceso sobre nulidad de un contrato de *swap* por error vicio en el consentimiento, en la que se examinó el contenido de los deberes de información de la entidad financiera cuando comercializa con clientes minoristas un producto complejo como es el *swap* y la incidencia del incumplimiento de esos deberes de información para la apreciación de error vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato. También, se hace referencia a la STS nº 244/2013, del Pleno (Sección Primera), de 18 de abril de 2013, en la que, aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID, se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión.

solvencia en relación con la actividad de crédito, para poder responder de los depósitos tomados de los ahorradores, no debiéndose admitir comunicación de los riesgos asumidos en el mercado de inversión a las operaciones realizadas en el área del crédito.

La diferencia en la regulación de ambos mercados y la tendencia a la innovación financiera⁴³ de los productos de los mercados de inversión, con una cierta inclinación a la desregulación –por su componente de política económica-, ha potenciado los riesgos y, en consecuencia, desencadenada la crisis, también ha aumentado sus efectos, haciendo que los fallos regulatorios del sector, unidos a la internacionalización y globalización de los mercados creasen un ambiente adecuado para la concentración de riesgos excesivos que quedaban al margen de la supervisión. En cualquier caso, la raíz del problema no se considera sólo anclada en la innovación financiera –ya que esto bien se puede considerar el resultado de la evolución y desarrollo de los mercados-, sino que los defectos regulatorios de esos nuevos productos o servicios de inversión son una de las causas de la magnitud de la crisis⁴⁴.

A efectos de analizar desde la perspectiva de la función del Estado como garante de los valores públicos que se tratan de preservar con la actividad interventora del Estado, debemos valorar las ventajas y desventajas de acoger un sistema de regulación o de desregulación, y debemos determinar, en base a todo ello, hacia qué sistema debemos encaminarnos de modo que sean mayores las ventajas

⁴³ ESTRADA D. y GUTIERREZ J. (2009), *“Supervisión y regulación del sistema financiero: modelos, implicaciones y alcances”*, en Perfil de Coyuntura Económica Nº. 13, agosto 2009, Universidad de Antioquia, pág. 58. Los autores destacan que “Otro factor de riesgo que pone en juego la estabilidad del sistema financiero es la velocidad a la que los sistemas han venido innovando. Este proceso se ha caracterizado por la creación de una amplia variedad de instrumentos y productos financieros, la conformación de conglomerados y la globalización de los servicios financieros. Esto plantea una serie de nuevos retos a los sistemas de supervisión, dada la dificultad que implica el monitoreo y la correcta valoración de los nuevos productos”.

⁴⁴ VIVES, X. (2010), “La crisis financiera y la regulación”, *IESE Occasional Papers* nº 179-2010, Ed. IESE Bussines School - Universidad de Navarra, págs. 5 y 6, y 13. Y, GONZÁLEZ MOTA E. y MARQUÉS SEVILLANO J.M., (2010), “Dodd-Frank Wall Street Reform: Un cambio profundo en el sistema financiero de Estados Unidos”, en *Revista de Estabilidad Financiera*, núm. 19, Ed. Banco de España (Madrid), pág. 73; los autores ponen de relieve, en relación con los fallos regulatorios en Estados Unidos que “Una de las principales causas de esta crisis —la mayor desde la Gran Depresión— han sido las numerosas deficiencias en la regulación financiera, que permitieron un comportamiento irresponsable por parte de instituciones clave en el sistema financiero, que frecuentemente actuaban fuera del perímetro de regulación. En este sentido, una vez que se pusieron en funcionamiento cuantiosas medidas de apoyo público para mitigar los efectos de la crisis, comenzó a reflexionarse sobre los cambios que era necesario abordar en la regulación del sector financiero para evitar que volvieran a repetirse algunos de los problemas que se habían observado”.

perseguidas que las desventajas asumidas, abordando la cuestión desde la perspectiva de las teorías económicas.

2.1.2. *Fundamentos de teoría económica para la regulación o desregulación de los mercados financieros.*

Como idea inicial, queremos destacar que no se pretende en este apartado hacer un estudio exhaustivo de las teorías económicas que durante siglos han orientado las políticas económicas de los Estados, motivo por el que no haremos referencia a muchas de ellas. Simplemente se pretende tomar de las doctrinas surgidas de la evolución del pensamiento económico, algunas ideas que han servido para fundamentar la adopción de políticas más o menos liberalizadoras, o de mayor o menor intervención pública, en relación con los distintos acontecimientos históricos de incidencia económica que han determinado su aplicación. Esto tiene como única finalidad fundamentar las conclusiones a las que llegaremos en el siguiente epígrafe, e ilustrar los motivos que justifican la intervención pública en la regulación económica (no estrictamente financiera), desde un punto de vista que va más allá de lo jurídico, y en base a la idea de que lo que el Derecho regula es la realidad, siendo necesario que nos fijemos, aunque sea a un nivel muy superficial, en esa realidad que se pretende regular, y que es la realidad económica de las naciones.

Dejando al margen etapas anteriores a la Ilustración⁴⁵, es durante el siglo XVIII cuando se sitúan los inicios de estudios económicos que terminan generando las ideas sobre economía política que influirán en los años siguientes. En el contexto internacional surgen los llamados “economistas clásicos”, término en el que algunos economistas como Keynes, consideran incluidos a Adam Smith, David Ricardo, Malthus, Mill (los dos, James y John Stuart), extendiendo el concepto también a Marshall y Pigou. Sin embargo, en sentido estricto se considera que los economistas clásicos sólo lo son los destacados economistas ingleses comprendidos en el periodo de tiempo que se inicia con *La riqueza de las naciones* de Adam Smith de 1776, y

⁴⁵ Etapas anteriores que se han caracterizado por ser mercantilistas, y de las que se han destacado problemas de política económica que encerraban a la economía española en el “círculo vicioso del subdesarrollo”. Vid. FUENTES QUINTANA, E. (1999), “Ensayo introductorio”, en FUENTES QUINTANA (dir.) *Una introducción al pensamiento económico*, Ed. Galaxia Gutenberg – Círculo de lectores, Barcelona, pág. 98.

concluye con *Los principios de economía política* de John Stuart Mill de 1848, incluyendo las dos primeras generaciones del *Political Economy Club*, cuyo objetivo esencial es la búsqueda del crecimiento económico⁴⁶.

En cualquier caso, un punto de coincidencia es considerar a Adam Smith como el inicio del pensamiento económico liberal, construido sobre la base de que, dado que todos los operadores y agentes del mercado actúan para satisfacer su propio interés, esas mismas fuerzas del mercado se equilibran de forma natural. Es lo que Smith llamó “la mano invisible”⁴⁷, y desde este punto de vista, a efectos de su regulación, el mercado es su propio guardián, con capacidad para autorregularse por completo.

La importancia de las ideas de Adam Smith se recibió en España por los últimos ilustrados, queremos decir con esto que, llegó más tarde a España que a otros países, y sus ideas liberales, se difundieron limitadas por el temor a la Inquisición, aunque cabe destacarse que las ideas del liberalismo económico también entraron en España por otra vías, pero en el ámbito económico, no se fue consciente de la importancia de la obra de Smith, que sí impactó en las políticas económicas de numerosos países y fue acogida por otros autores (Child, Davennant, Mirabeau, Galiani, Herbert, entre otros). De hecho, por las condiciones de la España del momento, las tesis más radicales de defensa del libre comercio no se aceptaron por los economistas españoles, hasta el punto de introducirse ciertas variaciones en algunas de las versiones de la obra de Smith traducidas en nuestro país, y que resultan de cierto interés para el tema que aquí nos ocupa, es decir, en lo referente a la justificación de la intervención pública en la regulación de la actividad económica. Concretamente, se ha destacado que la versión ofrecida de la obra de Adam Smith, por Martínez de Irujo, enmarca el sistema de libertad natural de los mercados, «en un compendio de administración de la economía pública», convirtiendo la mano invisible en la mano del Gobierno⁴⁸.

Posteriormente, las ideas de Smith, reciben dos interpretaciones o enfoques diferentes por David Ricardo y por Jean Baptiste Say, que en algunos puntos, suponían una ruptura con el pensamiento clásico. De hecho, de las variantes introducidas por continuadores del pensamiento de Smith, surgen otras corrientes de pensamiento

⁴⁶ FUENTES QUINTANA, E. (1999), ob. cit. “Ensayo introductorio...”, pág. 131.

⁴⁷ SCREPANTI y ZAMAGNI (2010, 2ª edición), *An outline of the history of economic thought*, Ed. Oxford University Press (New York), pág. 73.

⁴⁸ FUENTES QUINTANA, E. (1999), ob. cit. “Ensayo introductorio...”, pág. 135.

económico que en algunos puntos son totalmente opuestas. Por ejemplo, el proteccionismo, que sigue las ideas de aquel, pero con el matiz de considerar esencial una regulación para el comercio internacional, muy especialmente cuando el comercio se daba entre operadores de dos países con diferente desarrollo técnico –tesis principal del que se considera padre del proteccionismo Friedrich List⁴⁹. Posteriormente, y simplificando mucho la evolución de las teorías del pensamiento económico, surgieron otras muchas corrientes como el historicismo, el socialismo, el marginalismo, colectivismo, etc.

Tampoco se debe olvidar que anteriormente a Adam Smith ya existía una corriente de pensamiento contraria a la que hoy consideramos liberalismo clásico. Nos referimos a las ideas de ilustrados como Descartes y Rousseau, que propugnaban la dirección de la vida económica y social por las autoridades políticas⁵⁰, y que en algunas de las corrientes posteriores se van recuperando. De hecho, la intervención pública se activa a nivel mundial para superar las consecuencias adversas de la Gran Depresión de 1929 (que fue la crisis económica más larga hasta entonces conocida, y para cuya superación las teorías anteriores muy vinculadas al liberalismo inicial y a sus evoluciones posteriores, no estaban sirviendo de ayuda). La intervención pública en la economía, con la finalidad de dirigirla, es el eje del pensamiento keynesiano, siendo la obra de J.M. Keynes, *La Teoría General del empleo, el interés y el dinero* (de 1936), la que influye, en este sentido, en las políticas económicas de casi todos los países del mundo occidental durante el siglo XX. En el ámbito del mercado financiero, Keynes mantenía la necesidad de una intensa intervención pública que, en el ámbito del mercado de crédito (banca) consideraba que se basaba en la duplicación del riesgo de tales operaciones (por depender la recuperación de los préstamos concedidos del éxito del resultado de la inversión y del impago por parte del deudor), y en el ámbito de la bolsa de valores, justificaba equiparando la bolsa a un casino, por su volatilidad, lo que

⁴⁹ BELTRÁN FLORES, L. (1999), ob. cit. “La ciencia económica...”, pág. 413.

⁵⁰ Vid. BELTRÁN FLORES, L. (1999), ob. cit. “La ciencia económica...”, pág. 412. El autor recoge un fragmento de la obra de ADAM SMITH, *Teoría de los sentimientos morales*, en la que SMITH denomina a los pensadores como DESCARTES y ROUSSEAU “hombres del sistema” -*men of system*-, y recogen la idea de que la legislación no puede imponer con armonía un orden diferente al natural, de modo que, sólo cuando las normas van en la misma dirección que la mano invisible que dirige el orden económico y social los resultados serán buenos, y en caso de que la legislación regule en un sentido contradictorio con las tendencias de esa mano invisible, los resultados conllevarán el desorden.

requería un importante control público para restringir su acceso mediante elevados impuestos y comisiones⁵¹.

Anteriormente, ya se habían apreciado algunos atisbos en este sentido, siendo a partir de 1870, cuando las políticas económicas nacionales del mundo occidental, introducen ciertos elementos de intervencionismo económico. En España, esa tendencia se inicia en 1891 con el Arancel de Cánovas del Castillo, y continuaría con las Reformas Sociales (intervención pública en la regulación del mercado de trabajo y de política de seguridad social), que se realizaron entre los últimos años del siglo XIX y principios del XX⁵². La aplicación del pensamiento keynesiano supuso para un buen número de países un crecimiento económico sostenido hasta los años 70, cuando por un incremento excesivo de la inflación, se inicia una nueva crisis económica que vuelve a hacer un replanteamiento de las políticas de intervención económica⁵³. De hecho, no faltan tesis que sostienen que la estabilización de los mercados e incluso su declive durante los años 70 fue consecuencia de las intensas medidas de regulación de los mercados adoptadas en los treinta años anteriores, tales como, en el marco de la actividad de crédito, la regulación de las autorizaciones para acceder a la actividad bancaria, los límites a la competencia de la actividad, la regulación de las tasas de interés de los depósitos de los clientes, y altos requerimientos de capital, entre otras medidas⁵⁴.

En este contexto surge la Escuela de Chicago, para muchos, como reacción a las políticas keynesianas del *New Deal*. La Escuela de Chicago iniciada por Friedman, supuso la evolución del liberalismo inicial hacia lo que se ha denominado neoliberalismo y que inspiró las políticas de las primeras potencias del mundo occidental durante los años 80 y siguientes, y posteriormente a un importante número de países⁵⁵. Más que eso, introdujo el neoliberalismo incluso en organismos

⁵¹ RALLO, J.R. (2011), *Los errores de la vieja economía. Una refutación de la Teoría General del empleo, el interés y el dinero de John Maynard Keynes*, págs. 108-109, Ed. Unión Editorial (Madrid).

⁵² FUENTES QUINTANA, E. (1999), ob. cit. "Ensayo introductorio" ..., pág. 354.

⁵³ BELTRÁN FLORES, L. (1999), ob. cit. "La ciencia económica...", pág. 427-429.

⁵⁴ MASERA, R. (2008), "Core, mantle, industry: banks' capital standards", en SCAZZIERI, SEN, y ZAMANGI (eds.) *Markets, Money and Capital*, Ed. Cambridge University Press (New York), pág. 245.

⁵⁵ La influencia de la Escuela de Chicago se extendió a los gobiernos de numerosos países y organismos internacionales introduciendo el pensamiento neoliberal en las políticas económicas de los mismos. Este fenómeno se explica, porque de hecho, en 1999, los alumnos de la Escuela de Chicago ocupaban puestos relevantes de incidencia en las economías mundiales: había más de 25 ministros de gobiernos y más de 12 presidentes de Bancos Centrales formados en las teorías de la Escuela iniciada por Friedman,

internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional que originariamente se crearon en 1944, en Bretton Woods, como respuesta a los efectos económicos de la Segunda Guerra Mundial, y que surgieron bajo el imperio del pensamiento keynesiano⁵⁶, el primero de ellos con la finalidad de invertir en desarrollo para sacar a países pobres de esa situación, y el segundo para actuar como mecanismo de absorción de pérdidas sistémicas (mediante la concesión de préstamos de emergencia), evitando así futuras crisis.

A pesar de las ideas de Keynes, paralelamente, no faltan tendencias contrarias que tienen tintes más liberales. Entre ellas, las de Pigou, que en sus trabajos compara los resultados del absoluto *laissez faire*, donde las externalidades del sistema no están internalizadas, con un estado ideal, donde las externalidades están corregidas por la regulación de los gobiernos; para este autor, el *laissez faire* se desarrolla en un marco en el que se han creado ya anteriormente las condiciones por la intervención pública reguladora, es decir, la economía de mercado se desarrolla en un sistema organizado por normas emitidas por los gobiernos civilizados. Posteriormente Pigou fue rebatido, en algunos puntos por Coase, especialmente, en lo referente a la intervención reguladora de los Estados, considerando que no siempre la acción reguladora pública puede corregir los defectos del sistema y que la internalización de las externalidades por la regulación, puede en ocasiones conllevar mayores costes que repercutan negativamente en el funcionamiento de los mercados, basándose en la idea de que las regulaciones (el proceso de emisión de las mismas) son costosas, los gobiernos regulan sometidos a presiones políticas, y puede que además, las normas emitidas no sean cumplidas. En ambos casos, estas valoraciones sobre la intervención pública, se hacen en relación con la consecución del estado del bienestar⁵⁷.

En España, las ideas de Keynes no se introducen hasta 1943, pero además, la situación de hecho en nuestro país tiene ciertas peculiaridades, puesto que en los años posteriores a la Guerra Civil, se determina el cierre de los mercados internos y una política intervencionista, que con el Plan de Estabilización de 1959, pretendió superarse al abrir los mercados internos a los internacionales y acoger su

en la Universidad de Chicago. Vid. KLEIN, N. (2007), *The Shock Doctrine: The rise of disaster capitalism*, págs. 166, Ed. Metropolitan Books (New York).

⁵⁶ KLEIN, N. (2007), ob. cit. *The Shock Doctrine...*, págs. 162-163.

⁵⁷ ASLANBEIGUI, N. "Transaction introduction...", págs. liv-lvii.

planteamiento de economía de mercado, dando lugar en los años siguientes a un crecimiento económico que llevó a España a que en los primeros años 70 se conociera una situación económica que se iba pareciendo a la de otros países europeos. Es en esos años 70 cuando la tendencia de los mercados en España, que hasta el momento había seguido una evolución separada de la internacional, comienza a seguir las tendencias internacionales, viéndose, en consecuencia, afectada por la crisis económica mundial iniciada en 1973, que en España se recibe en 1975. Se podría decir que España abrió sus mercados en un mal momento, justo a tiempo de contagiarse de la crisis mundial de los años 70. Aquí vemos, los primeros indicios de contagio internacional de las debilidades de los sistemas económicos como consecuencia de la tendencia expansiva de los mercados, y que posteriormente irá en ascenso, hasta alcanzar el carácter de mercados globalizados en diferentes sectores de la economía. En aquel momento, a pesar de advertirse que la apertura de los mercados, suponía la exposición a las tendencias generales de auge y crisis, se mantuvo una política aperturista con la finalidad de obtener la incorporación de España a las entonces Comunidades Europeas, que finalmente se consiguió el 12 de junio de 1985. Con la integración progresiva de España en las Comunidades Europeas, ahora, Unión Europea, las tendencias económicas y la regulación de los mercados debían cumplir los compromisos asumidos con Europa, de modo que, la regulación de los mercados viene determinada, en gran medida por las normas Europeas en lo referente a las materias en las que se habían cedido competencias. En este punto destacar que la evolución de la integración europea siempre ha tendido hacia una mayor integración de los Estados miembros, pero que inicialmente la regulación europea en el aspecto financiero (no en otros aspectos) se contemplaba desde un punto de vista más bien armonizador, de modo que sólo incidía como criterio tendente a la unificación normativa de voluntario acogimiento por las legislaciones de los Estados miembros, teniendo cada uno de ellos, plenas competencias para decidir de modo individual el grado de intervención pública.

Las corrientes de pensamiento económico más recientes toman en consideración otros fenómenos como la globalización, por este motivo, parece más adecuado hacer referencia a ellas más adelante, en relación con la incidencia de la globalización financiera en la regulación.

2.1.3. La confrontación de los fundamentos jurídicos y de teoría económica.

Como hemos visto, no faltan opiniones para las cuales el mejor sistema es el de desregulación por considerar que la regulación de los mercados en los casos en que no existe una crisis, no hacen falta y frenan la economía, que se desarrolla por sí misma, mientras que en el momento en que son necesarios esos controles, fallan siempre. Generalmente esta idea se sustenta sobre la base de que la actividad del regulador o supervisor de los mercados tiene tintes políticos y que no se basa en criterios técnicos. En base a esta idea, se propugna un sistema liberalizado, pero no exento de garantías para los ahorradores o consumidores, puesto que se es consciente de los riesgos que siempre acompañan a esta actividad. Lo que ocurre es que, en estos casos se defiende la privatización de la actividad financiera, y también la privatización de los riesgos y de su cobertura, por ejemplo a través de sistemas en los que se garantiza el capital depositado mediante contratos privados de seguro⁵⁸. Con esto se trata de evitar el riesgo moral de asunción de las pérdidas del sistema bancario por el Estado garante que aplica a toda costa el *too big to fail*.

Las tesis que defienden los sistemas de desregulación suelen fundamentar sus argumentos, sobre todo, en base a la defensa de la libertad de empresa. Las posturas más radicales de desregulación se han desarrollado en Estados Unidos en la «escuela de banca libre» *–free banking–*⁵⁹, que defienden la ausencia de intervención pública, por entender que esta no garantiza la mayor solvencia de las entidades, y que sin embargo, supone una asignación ineficiente de recursos; una de las mayores virtudes de este sistema es la privatización de los riesgos, de modo que se elimina el riesgo moral.

En general, las tesis de desregulación absoluta son minoritarias, e incluso manteniéndose posturas liberales no radicales, se destaca el papel del Estado como garante de la estabilidad de los mercados en relación con el hecho de que su intervención insufla confianza en los actores del sistema. Según se adopten posturas más o menos liberales se determina el ámbito de control del Estado en la actividad.

⁵⁸ ALLISON, J. A. (2014), “Market discipline beats regulatory discipline”, *Cato Journal*, Vol. 34, Nº2 (Spring/Summer2014), págs. 345-352, recuperado el 30 de mayo de 2014 en: <http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/cato-journal/2014/5/cato-journal-v34n2-9.pdf>

⁵⁹ VEGA SERRANO, J.M. (2011), ob. Cit. *La regulación bancaria...*, pág. 20-21.

Es cierto que, en España, la libertad de empresa es un valor reconocido constitucionalmente (en nuestro ordenamiento jurídico, artículo 38 CE), pero que debe entenderse limitado por las exigencias del mantenimiento de la estabilidad del sistema financiero, por ser este un bien jurídico cuya protección debe ser cualificado -como manifestación de los intereses generales-. Esta preferencia es el fundamento de la regulación del sistema y de las características inherentes al mismo como actividad especializada o profesionalizada⁶⁰.

Las tendencias de los países anglosajones a mantener los mercados financieros desregulados o, en su caso, autorregulados, no ha resultado del todo adecuado para controlar los riesgos de un mercado financiero en desarrollo, cuyo crecimiento se ve alentado por las innovaciones tecnológicas⁶¹.

Las tesis que defienden la desregulación, se basan incluso, en que el riesgo moral se entiende implícito en los sistemas de regulación financiera, pues las entidades se arriesgan en sus operaciones de inversión, sabiendo que el Estado responderá de los riesgos sistémicos derivados de su actuación. Particularmente, esta afirmación puede contradecirse valorando que esa misma regulación puede imponer limitaciones al riesgo moral, de hecho, actualmente existe un boom regulatorio, en el que uno de los objetivos es controlar ese riesgo moral mediante la regulación de limitaciones y prohibiciones de ayudas públicas a la banca, e implementando mecanismos que impidan la contaminación de las economías nacionales por las aflicciones de los mercados financieros. En realidad, lo que ocurre es que aunque un liberalismo económico tiene sus ventajas, y casi siempre conlleva un desarrollo económico sostenido, existen fallos del mercado que se manifiestan de forma cíclica, y

⁶⁰ ZUNZUNEGUI, F. (2005), ob. cit. *Derecho de los Mercados...*, pág. 43.

⁶¹ En relación con esta idea, Vid. NOURIEL ROUBINI, "Laissez-Faire Capitalism Has Failed" (Forbes, 19 de febrero de 2009): «It is clear that the Anglo-Saxon model of supervision and regulation of the financial system has failed. It relied on several factors: self-regulation that, in effect, meant no regulation; market discipline that does not exist when there is euphoria and irrational exuberance; and internal risk-management models that fail because, as a former chief executive of Citigroup put it, when the music is playing, you've got to stand up and dance. Furthermore, the self-regulation approach created rating agencies that had massive conflicts of interest and a supervisory system dependent on principles rather than rules. In effect, this light-touch regulation became regulation of the softest touch. Thus, all the pillars of the 2004 Basel II banking accord have already failed even before being implemented. Since the pendulum had swung too much in the direction of self-regulation and the principles-based approach, we now need more binding rules on liquidity, capital, leverage, transparency, compensation and so on». Recuperado el 10 de noviembre de 2014 en: http://www.forbes.com/2009/02/18/depression-financial-crisis-capitalism-opinions-columnists_recession_stimulus.html

en consecuencia, un liberalismo mal entendido es el que mayor riesgo moral entraña, puesto que un criterio en el que el *laissez faire* permite al sector bancario actuar sin ninguna regulación (o muy poca, insuficiente para controlar los efectos perversos del sistema), pero que acepta de buen grado la intervención pública para evitar quiebras de entidades sistémicas, no elimina, ni limita el riesgo moral de acumulación de riesgos. Si una vez se encuentre una entidad en problemas vamos a admitir la intervención pública para rescatarla, del mismo modo es obligatorio admitir que debe haber una actividad supervisora preventiva, que en cierto modo debe tender a controlar la natural tendencia a maximizar beneficios, para que estos no se traten de obtener a cualquier costa, ya que en definitiva, el coste de la especulación va a repercutir en el interés común, por destinarse grandes cantidades de dinero a sostener al sector financiero, en lugar de destinarse a garantizar la cobertura de servicios públicos que son inherentes al Estado del bienestar. De los efectos perversos de un liberalismo (más bien neoliberalismo) excesivo, podemos ser conscientes observando el desarrollo económico de los años 80 y las crisis siguientes, que reflejan para algunos, la tendencia autodestructiva del capitalismo moderno⁶².

Se ha señalado⁶³, y no podemos más que estar de acuerdo con esta idea, que hoy en día, ya no cabe la menor duda de que la actividad financiera debe ser una actividad regulada. La importancia de la supervisión bancaria en relación con la aplicación de herramientas macroprudenciales es recomendación constante del FMI en sus informes⁶⁴.

⁶² GALBRAITH, J. K. (traducción de 1992, de ÁLVAREZ FLOREZ J.M.), ob. cit. *La cultura de...*, pág. 71-78.

⁶³ RECALDE CASTELLS, A. (2009), "El papel del "Derecho" en la crisis. Algunos aspectos de la regulación financiera y de las grandes empresas en su relación con la Economía", *Documento de trabajo 150 /2009*, Ed. Fundación Alternativas, pág. 52. Recuperado el 6 de enero de 2014 en [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/doc150%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/doc150%20(2).pdf). El autor hace referencia a la necesidad de regulación financiera, al indicar que «La experiencia de la crisis en la que estamos inmersos permite concluir con seguridad que la regulación y el control son indispensables, sobre todo en los mercados más complejos y cuyo correcto desenvolvimiento es presupuesto para el funcionamiento del conjunto de la economía, como es el caso de los mercados financieros». También JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (2013), ob. cit. *Regulación bancaria...*, pág. 98 y ss.; este último autor comenta al hacer referencia al carácter inherente de las crisis en el capitalismo que con ello no quiere decir que «en esa materia no haga falta una regulación exigente, y una supervisión aún más puntillosa».

⁶⁴ En este sentido, recientemente, el informe sobre *Perspectivas de la Economía Mundial - Octubre de 2014, Capítulo primero: Evolución reciente, perspectivas y prioridades para las políticas*. Donde destaca: «...unas cuantas economías avanzadas más pequeñas están experimentando auges crediticios, y en ciertos segmentos de los mercados financieros de Estados Unidos los riesgos parecen estar subvalorados. Las autoridades deben permanecer atentas, reforzar la regulación y supervisión del

Una vez desechado un sistema de total desregulación y autorregulación, la cuestión debe centrarse en cuáles son los puntos de la regulación financiera que ofrecen mayor estabilidad al sistema y, por tanto, qué debe ser contenido de regulación firme y de supervisión intensa.

En realidad, la necesidad de regulación económica, especialmente financiera, va más allá de la función del Estado como garante de la estabilidad del sistema desde el punto de vista exclusivamente de la defensa de un interés general, puesto que, en gran medida, también esa necesidad está vinculada a su otra función como defensor de los intereses de los consumidores. En este último sentido, la intervención estatal en la regulación debe tender a obtener una mayor transparencia de los mercados que es el único mecanismo que permite a los consumidores-depositantes-inversores, ver equilibrada su fuerza con la de la contraparte (operadores financieros). El equilibrio de los mercados se obtiene con mayor transparencia en su funcionamiento, debido al comportamiento racional de los consumidores-depositantes-inversores, que tomarán decisiones inteligentes si cuentan con la información necesaria, fracasando, en caso contrario, el buen funcionamiento del mercado como consecuencia del desequilibrio producido por la desinformación⁶⁵.

Por otro lado, no se puede dejar al margen la idea de que estamos ante un problema global o que ha alcanzado relevancia internacional, puesto que la canalización del ahorro a la inversión desborda las fronteras nacionales y las crisis financieras se han globalizado –como se ha evidenciado con la crisis iniciada en 2007-2008, cuyo origen se manifestó en relación con un tipo de productos derivados determinados (*subprime*)-⁶⁶. Por esto, con independencia de las razones que apoyen la tesis de que la regulación o la desregulación es el mejor sistema desde un punto de vista económico, sí que debe acogerse, desde el punto de vista jurídico, un sistema de

sistema bancario paralelo y estar preparadas para desplegar las herramientas macroprudenciales como primera línea de defensa si es que esta amenaza se tornara más visible».

⁶⁵ Para analizar el comportamiento de los mercados, desde el punto de vista de la naturaleza humana, en relación con los defectos del absoluto libre comercio, vid. UBEL, P.A. (2009) *Free Market Madness*, Ed. Harvard Business Press (Boston), traducción de MURILLO FORT, I., (2009) como *La locura del libre mercado: Por qué la naturaleza humana se contrapone a la economía y por qué es importante tenerlo en cuenta*, Ed. Urano (Barcelona).

⁶⁶ ZUNZUNEGUI F. (2008), “La regulación jurídica internacional del mercado financiero”, Revista de Derecho del Mercado Financiero, pág. 1, Working Paper 1/2008 (Mayo), recuperado el 30 de mayo de 2014 en: <http://rdmf.files.wordpress.com/2008/05/zunzunegui-regulacion-juridica-internacional-mercado-financiero.pdf>

regulación mínima o estratégica, debiendo además tenerse en cuenta que la solución debe ser global, ya que, de nada sirven limitaciones muy severas en un país si este puede invertir en activos de operadores que siendo nacionales de otros Estados, estén desregulados, en todo o en parte (es decir, en un tipo muy concreto de productos). En relación con este problema, en la actualidad, entendemos que tiene especial relevancia el tratamiento que se le dé, a nivel internacional, la regulación de la actividad financiera efectuada por operadores extranjeros en un país diferente a aquel del que son nacionales (es decir, la supervisión de las operaciones transfronterizas).

En este sentido, como se tratará más adelante, se puede afirmar que la última crisis económica ha generado la necesidad de una regulación internacional del mercado financiero, cuyo objetivo es la estabilidad internacional, y una seguridad básica para los inversores, persiguiendo el fin de asegurar un funcionamiento eficiente del mercado, lo que nos hace retomar la idea de que realmente, todas las reformas realizadas hasta ahora, y las actualmente en curso, en este ámbito, vienen a perseguir el control de los riesgos que siempre ha sido el eje de la actividad pública de supervisión, como anteriormente hemos indicado. Pero teniendo en cuenta que las condiciones actuales de los mercados financieros hacen que este concepto se encuentre en expansión, los riesgos a controlar no se centran solamente en el control de la solvencia de los operadores. Con todo esto se trata de dotar a las actividades financieras de una “red de seguridad” con tres pilares: la regulación, la supervisión (en sentido estricto) y el tratamiento de las situaciones de crisis⁶⁷.

Finalmente, también se debe tener en cuenta, como se aprecia al analizar las respuestas jurídicas a las situaciones de la realidad económica que se han pretendido regular a lo largo de los años, que la mayor o menor intervención reguladora del Estado en la economía y dentro de ella, en la actividad financiera, es pendular, queremos decir que va de un extremo al otro de la mayor o menor libertad o intervención pública, según las circunstancias. Al respecto se ha llegado incluso a afirmar que, mientras son de aplicación práctica políticas económicas más o menos liberales o intervencionistas, los pensadores de las corrientes contrarias a las que se están aplicando, siguen entre bastidores, esperando el momento en que sobrevenga una nueva crisis económica que haga aconsejable cambiar de política, y permita la

⁶⁷ ZUNZUNEGUI F. (2008), ob cit., “La regulación jurídica internacional...”, pág. 3.

implantación práctica de sus ideas: su aplicación resulta, entonces, como una especie de terapia de choque⁶⁸. Este hecho debe tenerse en cuenta a los efectos de establecer una regulación esencial de la actividad que tenga carácter permanente, de modo que se evite su posible eliminación futura, como consecuencia de las respuestas pendulares de política económica adoptadas según las circunstancias.

2.1.4. *Diferentes modelos de regulación de los mercados financieros. La adopción del modelo sectorial en España: su repercusión en la función de control.*

Existen tres modelos nacionales de regulación y supervisión de los mercados financieros: el del supervisor único, el modelo sectorial, y el modelo denominado *twin peaks*.

El modelo de supervisor único o modelo integrado de supervisión, concentra en un único órgano las funciones de regulación, y en general de supervisión, de toda la actividad financiera⁶⁹. Este modelo, al concentrar las funciones, se considera más seguro competencialmente, porque no existe distribución entre varios órganos, pero puede plantear problemas de transparencia. Además, se consideran desventajas de este sistema, la posibilidad de que existan fallos en la definición del objeto de supervisión, de modo que la actividad de supervisión pierde eficiencia.

El modelo sectorial o de supervisores especializados, es aquel que diferencia supervisores especializados según el tipo de mercado, siendo usual que se establezcan supervisores para la actividad de banca, valores y seguros, que actúen de forma independiente en el marco de sus competencias, aunque con cierta coordinación⁷⁰. El

⁶⁸ Vid. KLEIN, N. (2007), ob. cit. *The Shock Doctrine...*, pág. 162 y ss.

⁶⁹ Este modelo lo tienen adoptado un gran número de países entre los que se encuentran, Reino Unido, Suecia, Austria, Dinamarca, Alemania, Suiza, Polonia, Japón, Malasia, Nueva Zelanda, Singapur, entre otros. Barth, Caprio y Levine realizaron en 2006 un estudio entre 143 países y el 45% de ellos tenía un único órgano Supervisor del sistema financiero. La base de datos de las encuestas realizadas que sirvieron para este estudio están publicadas en el apartado "2007 Database" en <http://econ.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTRESEARCH/0,,contentMDK:20345037~pagePK:64214825~piPK:64214943~theSitePK:469382,00.html>

Vid. también ARRANZ PUMAR, G. (2008), "Modelos de regulación financiera. Visión general y algunas conclusiones para España", en *Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos - 2008*, págs. 156-158 y 162.

⁷⁰ Este modelo lo utilizan España, Grecia, Italia, Portugal, Luxemburgo. El modelo estadounidense se identifica con los modelos sectoriales, pero con una organización más compleja, consecuencia de motivos históricos, de su estructura federal y, de las características de su propio sistema financiero, más

mayor inconveniente que presenta este sistema radica en los casos de comunicación entre sectores de actividad, es decir, cuando se desarrollan por los operadores del mercado varias actividades financieras, como la de crédito y la de valores, o en los casos en que los productos se pueden considerar mixtos, porque en esos casos pueden existir defectos de supervisión de tales productos, o dudas en cuanto a la competencia. Sin embargo, la ventaja de este sistema es la mayor especialización de cada supervisor dentro de su ámbito.

El tercer modelo, denominado modelo *twin peaks*, distribuye las funciones supervisoras según los objetivos perseguidos con la actividad⁷¹. Es decir, se diferencian supervisores de la estabilidad macro-prudencial (control de riesgos sistémicos) y micro-prudencial (control de la solvencia y honorabilidad profesional de los operadores), o de protección de consumidores-inversores. Este modelo, si bien supone en la práctica, la imposición de varios controles sobre el mismo operador (según la perspectiva del supervisor), puede generar defectos de supervisión ya que se requiere una previa delimitación de competencias entre los supervisores de modo que no lleguen a crearse lagunas de control de la actividad. De todos modos, se destacan⁷² algunas ventajas en este modelo como la existencia para el supervisor de objetivos claros e independientes, no concentración en un solo supervisor de la función de control, reducción de conflictos de intereses, y áreas de supervisión de cada uno de los supervisores bien definidas.

Actualmente, este último modelo se considera el mejor de los tres, el más seguro⁷³, siempre contando con una adecuada delimitación de competencias previas de los supervisores. Por este motivo se ha argumentado a favor de un modelo de supervisores gemelos (*twin peaks*), que en esencia requiere de un supervisor de la solvencia de las entidades (denominado supervisor prudencial) con otro supervisor que vigile su conducta en los mercados y la relación con sus clientes⁷⁴.

complejo y sofisticado. Vid. ARRANZ PUMAR, G. (2008), ob. cit. "Modelos de regulación financiera...", págs. 162-163.

⁷¹ Este modelo fue adoptado por Australia y Holanda. Vid. ARRANZ PUMAR, G. (2008), ob. cit. "Modelos de regulación financiera...", págs. 163.

⁷² ESTRADA D. y GUTIERREZ J. (2009), ob. cit. "Supervisión y regulación...", pág. 64 y 65.

⁷³ MARTÍNEZ PARERA, M. (2009), "Organización de la supervisión financiera: ¿hacia un modelo "twin peaks"?", en *Economistas*, Año 27, Nº 120, 2009, págs. 20-27.

⁷⁴ ARENILLAS LORENTE, C. (2008), ob. cit. "Preservar la estabilidad financiera...", pág. 1.

En términos generales, los países que han adoptado durante los últimos años modelos de supervisión integrados tienen como meta la implementación del modelo *twin peaks*. En particular, buscan que la supervisión del sistema financiero en su totalidad sea encargada a una Agencia o Banco Central, (sin distinción objetiva según el tipo de productos, ni subjetiva según el tipo de operadores), mientras que la supervisión de la protección al consumidor se encomiende a otra Agencia.

También ha quedado patente que los modelos en los que existe una distribución sectorial de las funciones, en caso de no adaptarse al modelo *twin peaks*, requieren de la implementación de mecanismos de mayor coordinación, por lo que en las últimas reformas, se están reforzando estos mecanismos e introduciéndose supervisores únicos de carácter general que son el eje del sistema sobre el que coexisten otros supervisores bien sectoriales o bien en el caso de la Unión Europea, supervisores nacionales, o en el caso de Estados Unidos, delimitando mejor las funciones de los supervisores estatales y federal⁷⁵.

En España, además de la existencia de algunas autoridades vinculadas al Gobierno –central o autonómico-⁷⁶, la ordenación, supervisión, sanción e intervención de las entidades de crédito se atribuye a autoridades administrativas especializadas, pues el alto grado técnico de la materia requiere que las autoridades a quienes se encomiende la actividad tengan un correlativo nivel de especialización financiera⁷⁷. En nuestro país, el modelo seguido es el sectorial, diferenciándose supervisores diferentes para los sectores de la banca, valores y seguros. Respecto al mismo ha sido muy criticado el hecho de que la supervisión de los seguros no corresponda a una agencia

⁷⁵ En Estados Unidos, la autorización para el ejercicio de la actividad de crédito se encomienda a órganos diferentes según se trate de bancos nacionales o estatales, pero con esta denominación no se hace referencia al ámbito territorial de la entidad de crédito, sino a la agencia a la que se encomienda su supervisión. Los bancos nacionales se autorizan por la *Office of the controller of the currency* (que depende del Departamento del Tesoro), mientras que los bancos estatales, se autorizan por una agencia estatal, pero dado que se pueden adherir de forma voluntaria, con carácter previo a su autorización inicial, al fondo de garantía de depósitos federal (*Federal Deposit Insurance Corporation*), al utilizar este órgano, los mismos criterios de admisión que el *Office of the controller of the currency* utiliza para su autorización, quedan doblemente supervisadas.

⁷⁶ Se atribuyen ciertas funciones de supervisión e intervención a órganos del Gobierno a través del Ministerio de Economía y Hacienda –ex artículo 5, 67, 71, 78, 90, 113, DA 12ª LOSSEC de 2014, artículo 45 Ley de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias-, y Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito, por la remisión que su artículo 12 contiene respecto de la LDIEC, que ahora debe entenderse referido a la LOSSEC). También en relación con las cajas de ahorros, fundaciones bancarias y cooperativas de crédito existen funciones asumidas por los gobiernos autonómicos.

⁷⁷ ZUNZUNEGUI, F. (2005), ob. cit. *Derecho del Mercado...*, pág. 112.

independiente especializada, como ocurre con los otros dos sectores, circunstancia que lo aleja de los estándares internacionales⁷⁸.

Dejando al margen la materia de supervisión de seguros, que incumbe a la Dirección General de Seguros y de Fondos de Pensión, se atribuye al Banco de España la supervisión del sector bancario –ex artículos 50 y ss. de la LOSSEC (antes art. 43 LDIEC), y 46 de la Ley de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias (en adelante LCAFB)-, y por otro lado, corresponde a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV) la supervisión de los operadores del mercado de valores y de los demás agentes que presten servicios de inversión –ex artículo 259 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, TRLMV), antes art. 84 y ss. de la Ley Mercado de Valores, en adelante LMV-, teniendo también algunas competencias el Ministro de Economía. En ambos casos son autoridades independientes de las autoridades políticas, que pretenden garantizar la transparencia de los mercados, su buen funcionamiento, y la solvencia de las entidades que en tales mercados operan.

Así, la delimitación competencial entre el supervisor de productos bancarios o de crédito (Banco de España, existiendo algunas competencias para el Ministerio de Economía, y para los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas), y el supervisor de las entidades de servicios y productos de inversión y las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva (CNMV), es subjetiva y funcional⁷⁹ salvándose la posibilidad de que existan lagunas al atribuir cierta *vis atractiva* al Banco de España para conocer de la supervisión de instrumentos financieros que tengan vinculación con un producto bancario⁸⁰, quedando fundamentado este hecho, en la idea de que la supervisión prudencial en materia de crédito siempre ha sido más

⁷⁸ VEGA SERRANO, J.M. (2011), ob. cit. *La regulación bancaria*, pág. 249.

⁷⁹ ZUNZUNEGUI, F. (2005), ob. cit. *Derecho de los Mercados...*, pág. 113.

⁸⁰ En relación con esa *vis atractiva* de las competencias del Banco de España, destacar la STS 133/1997, FJ nº 12, donde se hace referencia a la función del Banco de España como supervisor de “la totalidad del sistema financiero”; En esta sentencia se hacía referencia a su competencia en relación con los Establecimientos Financieros de Crédito, que hasta la reforma introducida en el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas, por la el apartado uno del artículo segundo del R.D.-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras, formaban parte del género de entidades de crédito, y cuya inclusión se suprimió por esta norma; Actualmente el RD-legislativo 1298/1986 está derogado por la LOSSEC que, en su artículo 1, tampoco incluye a los establecimientos financieros en el concepto de entidad de crédito.

exhaustiva que en materia de inversión, y que el consumidor depositante del mercado de crédito requiere mayor protección de las Administraciones públicas que el inversor del mercado de valores que suele ser un profesional. Ese carácter accesorio de las competencias del Banco de España se establece de modo general en el artículo 233.5, segundo párrafo TRLMV, antes artículo 88 LMV, en base a un criterio formal, es decir, será responsable de la supervisión la entidad responsable del registro en el que el operador se encuentre inscrito, y se prevé que, en los casos de confluencia de competencias, ambos supervisores coordinarán sus actuaciones bajo el principio de que la tutela del funcionamiento de los mercados de valores corresponde a la CNMV, y la supervisión de la solvencia de las entidades corresponderá al supervisor que sea responsable de los correspondientes registros.

También, se establecen algunas reglas con carácter particular en relación con algunos casos de vinculación de productos financieros y bancarios: así, el actual artículo 219 del TRLMV dispone que las obligaciones de información y registro contempladas en el mismo cuerpo legal para los servicios de inversión, también serán aplicables a los servicios de inversión que se ofrezcan como parte de otros productos financieros, sin perjuicio de la aplicación a estos últimos de su normativa específica, especialmente aquella relacionada con la valoración de los riesgos y los requisitos de información a suministrar a los clientes.

Anteriormente se contemplaba en el artículo 79 quáter de la LMV, que, en relación con las excepciones a las obligaciones de información y de registro, contempla la aplicación de las normas de conducta de las entidades de crédito en lo que se refiere a información y valoración de riesgos de los clientes, cuando el producto principal sobre el que gira el instrumento financiero o derivado vinculado, fuese un producto bancario, pues suponía que el cliente debía tener las garantías propias de cliente de servicios bancarios y no de inversor. Del mismo modo, el artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, relativo a los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, impuso una obligación a las entidades de crédito de informar a los clientes que ya fuesen deudores hipotecarios sobre las coberturas de tipos de interés, y de ofertar tales productos a los clientes que fuesen a adquirir tal condición, exigiendo que los deberes de información

se sometiesen a las propias normas de conducta del sector bancario por la remisión que efectuaba a la LDIEC, y que ahora debe entenderse referida a la LOSSEC.

El problema radica en la determinación de las competencias en relación con productos innovadores que se desarrollen por entidades financieras que operen en el mercado de valores atendiendo al criterio formal, y que no puedan ser reconducidos a los casos particulares anteriores, ya que, en realidad, en esos dos casos puntuales en que se establece cierto control por parte del Banco de España de productos que caen fuera del ámbito estricto de la actividad de crédito, supone tan sólo la extensión de los deberes de información al consumidor de productos financieros con vinculación a otro producto bancario, pero no supone el sometimiento de la solvencia de la entidad emisora al régimen de control de las entidades de crédito acogiendo a la regla general del artículo 233.5, segundo párrafo TRLMV, por no cumplirse el criterio formal.

El problema también lo encontramos en relación con lo que se conoce como *shadow banking system*, o el sistema bancario en la sombra, esto es, realizada por entidades no supervisadas o a través de productos que quedan fuera de supervisión⁸¹. En ambos casos, la existencia de los posibles supuestos no supervisados, o no supervisados por el Banco de España de acuerdo con el régimen establecido para las entidades de crédito, depende en gran medida de la evolución futura de los productos financieros innovadores.

En general, el sistema español que acoge el modelo sectorial, puede dar cabida a futuros defectos de supervisión respecto a esos productos innovadores o entidades no supervisadas y que repercutan en la estabilidad de alguno de los sectores. En estos casos, lo probable es que se trasladen los riesgos del mercado profesional, al mercado no profesional, en el que los riesgos asumidos por los inversores pretenden ser menores, por definición. Este problema se acentúa por la globalización de los

⁸¹ SÁINZ DE VICUÑA Y BARROSO, A. (2010), "La nueva función de macro-supervisión. La Junta Europea para Riesgos Sistémicos", pág. 4 y 5. Recuperado el 15 de noviembre de 2014 en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338908469?blobheader>

El autor indica que el llamado "sistema bancario en la sombra" *-shadow banking system-*, está compuesto por los grandes operadores financieros no supervisados como los fondos alternativos de inversión ("*hedge funds*"), los inversores soberanos o las grandes compañías de inversión, las infraestructuras del mercado financiero, como los sistemas de liquidación de valores, sistemas de pagos, y las telecomunicaciones propias del sector, y por las entidades no supervisadas pero influyentes en la estabilidad financiera, como las agencias de notación *-rating-* o las entidades activas en el mercado de productos derivados.

mercados y su interconexión, pues en cada Estado se sigue un modelo diferente de regulación o supervisión.

2.2. La autorregulación

2.2.1. Concepto. Ventajas y desventajas de la autorregulación.

La autorregulación es uno de los sistemas “normativos”⁸² a los que puede, en todo o en parte, quedar acogida la ordenación de los mercados financieros. Aunque refiriéndonos a él como sistema normativo, no lo es en sentido estricto, es decir, como sistema en el que el conjunto de reglas o normas contenidas en él surgen de los poderes públicos. Al contrario, su particularidad recae en el hecho de que las normas por las que se rige el sistema han surgido de los propios operadores, que establecen unas normas de conducta a las que se acogen voluntariamente. Se ha señalado que el concepto de “autorregulación” en su formulación más amplia, alude a la capacidad y tendencia de todos los individuos y organizaciones para regular su propia conducta⁸³. En el contexto más reducido se refiere a un modelo regulatorio en que una organización representativa de un grupo humano desarrolla un sistema de reglas cuyo cumplimiento supervisa e impone coactivamente a sus miembros o, más raramente, a un grupo humano más amplio.

La autorregulación en sentido estricto ofrece algunas ventajas en lo referente al fomento del libre mercado y al favorecimiento de la competencia entre los operadores sin injerencias externas a la propia mecánica del funcionamiento del mercado. Sin embargo, se ha destacado como desventaja el hecho de que en el sistema de autorregulación existen intereses políticos y económicos que actúan influenciando las

⁸² Indicamos la palabra “normativos” entrecomillada pues no es un sistema normativo en el sentido tradicional y estricto del término como conjunto de normas emanadas de los poderes públicos y con eficacia general, pero sí que es un conjunto de normas que pretenden regular la actividad de los mercados financieros (también utilizado en otros sectores económicos). Algunos autores destacan el carácter inicialmente ético de las normas contenidas en el sistema de autorregulación, entendiendo que como sistema normativo de carácter jurídico sólo puede, en nuestro sistema, descansar sobre la autonomía de la voluntad que sí es fuente de obligaciones legales en sede de contratos (vid. DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2008), “La autorregulación como regulación jurídica”, en I Congreso Internacional “Códigos de conducta. Mercado. Publicidad y Mercados Financieros” Universidad Complutense de Madrid, pág. 2 a 5), y otros destacan su carácter regulador: “la autorregulación no es sino una forma de regulación”; en CUENCA MIRANDA, J. M. (2002), “Autorregulación y mercados financieros”, *ICE Sistema Financiero: Novedades y Tendencias*, nº 801, agosto-septiembre 2002, pág. 123. Recuperado el 30 de mayo de 2014 en <http://eprints.ucm.es/8752/>

⁸³ CUENCA MIRANDA, J. M. (2002), ob. cit. “Autorregulación y mercados...”, pág. 123.

tendencias autorreguladoras del mercado, de modo que raramente son el resultado de un espontáneo funcionamiento de los mercados, y todo ello, con la doble desventaja de que estas fuerzas actúan con mucha menos transparencia que la que la ley ofrece⁸⁴.

Algunas de las desventajas que también se encuentran en un sistema de autorregulación⁸⁵, es la existencia de fallos de funcionamiento del mercado, lo que inclina la balanza hacia la conveniencia de una regulación emanada de los poderes públicos, considerándose que una regulación no privada de los mismos puede servir para el cumplimiento de objetivos políticos o económicos de interés general, y no de objetivos políticos o económicos particulares, ya que, en cierto modo, la publicidad de las normas y, por aplicación de principios como el de legalidad o de seguridad jurídica, que inciden en la fundamentación de las medidas incorporadas a los textos legales, las influencias políticas, deben serlo de política estatal, en beneficio de los intereses generales.

En teoría, con la actividad pública se debe favorecer la transparencia en el funcionamiento del mercado. Decimos “en teoría”, porque de entrada, es lógico pensar que las normas legales garantizan mayor transparencia que las normas privadas, pero, en realidad, todo depende de cómo se configure uno y otro sistema, y del margen de discrecionalidad técnica que permita la ley para adaptar las normas a la realidad en un sistema de regulación pública, y del margen de libertad que se deje a los operadores en el sistema de la autorregulación, lo que nos remite a la eficiencia de los mecanismos de control de la autorregulación.

Además de las influencias de intereses políticos y económicos no generales, y de los fallos del mercado que la autorregulación no pueda controlar, se han realizado otras críticas, entre las que destacan la inexistencia de control o limitación en el posible riesgo moral implícito en la actividad (si posteriormente se admite la intervención estatal para evitar insolvencias) y la falta de legitimidad democrática que reside en que un grupo privado se apropie de una competencia que corresponde a los poderes públicos⁸⁶. También se critica la naturaleza anticompetitiva derivada de la

⁸⁴ RECALDE CASTELLS, A. (2009), ob. cit. “El papel del “Derecho” en la crisis...”, pág. 52.

⁸⁵ CUENCA MIRANDA, J. M. (2002), ob. cit. “Autorregulación y mercados financieros”, pág. 125.

⁸⁶ CUENCA MIRANDA, J. M. (2002), ob. cit. “Autorregulación y mercados financieros”, pág. 126.

limitación del acceso o ejercicio de la actividad por quienes ya están ejerciendo esta actividad, o el mantenimiento de precios excesivos que perjudican la libre competencia pero que se revisten de cierto carácter deontológico⁸⁷, y la ineficacia de tales normas, ya que la facultad de autorregularse no se ve acompañada de otras potestades que corresponden y siguen siendo mantenidas, como no puede ser de otro modo, por los poderes públicos para garantizar la eficacia de las normas (esta idea se refiere fundamentalmente al ejercicio de la potestad sancionadora o incluso, del *ius puniendi* del Estado, si fuese necesario).

Llegado este punto, y a la vista de las ventajas y desventajas de ambos sistemas, se puede afirmar que las ventajas ofrecidas por un sistema de regulación por parte de los poderes públicos, tienen cierta cualificación respecto a las ofrecidas por un sistema de autorregulación, puesto que en estas últimas el sentido que tienen las mismas favorece intereses privados y se confía, tal vez de una forma excesiva, en que las fuerzas del propio mercado equilibrarán los intereses de quienes en él intervienen.

Si bien, esta última idea puede ser más cierta en los mercados financieros de inversión y profesionales, esto no es totalmente cierto cuando estamos hablando de los mercados de crédito, en los que el consumidor de los productos no tiene, por sí mismo, las informaciones necesarias respecto a la solvencia y conducta que sirva de garantía y genere la suficiente confianza respecto del operador profesional, entidad de crédito. Esa diferente situación no le permite equilibrar su posición en el mercado y defender sus intereses (puede faltar transparencia, mucho más sin regulación pública al respecto), siendo este el punto en donde se hace necesaria la tutela de los poderes públicos respecto del mismo. Tutela que, además de defender en cierto modo unos intereses privados, también realmente está actuando en beneficio del interés general tendente a garantizar la estabilidad del sistema, al tratar de evitar situaciones de desconfianza y de pánico financiero. Por este motivo, la intervención estatal en la regulación financiera queda totalmente justificada en la defensa de los intereses generales que deben estar por encima de los particulares, entendiendo por tales, los privados de los operadores del mercado (no el de los intereses particulares de los consumidores, depositantes o inversores, cuya protección redundaría en los intereses generales). Con todo esto, además, se da cumplimiento a mandatos constitucionales,

⁸⁷ CUENCA MIRANDA, J. M. (2002), ob. cit. "Autorregulación y mercados financieros", pág. 127.

como el de garantizar la seguridad jurídica por parte de los poderes públicos –a la que hace referencia nuestro artículo 9.3º CE-, que viene a reforzar la tesis de que debe adoptarse un sistema regulado, junto con otros fundamentos basados en normas constitucionales a los que ya nos hemos referido en otras ocasiones (art. 40 y art. 51 CE).

La mayor desventaja de la autorregulación es que surge al margen de una de las piezas que interviene en el sistema financiero, que no es otra que el consumidor-depositante-inversor⁸⁸. Además, confía en que este puede equilibrar su posición ante los operadores por sí mismo, olvidando su posición de desventaja por falta de información, y la necesidad de que sea el Estado el que garantice la situación de confianza, que necesita para participar en la actividad de crédito, y que sólo se puede obtener con normas jurídicas que tiendan a aumentar la transparencia de la actividad. Este sistema adolece también de otro defecto, y es que no garantiza que las normas de conducta que lo regulan sean plenamente éticas. Confía demasiado en el aspecto teórico de los economistas clásicos, que entendían que las malas prácticas en la actividad económica se penalizaban con la expulsión del mercado, y precisamente, como se ha visto tras la crisis iniciada en 2007-2008, la ética no ha podido frenar tendencias especulativas, ya que, cuando las entidades son demasiado grandes, la posibilidad de su rescate público no limita el riesgo moral, sino que lo fomenta.

La tesis de los economistas clásicos en relación con la idea de que la falta de ética en las prácticas bancarias se penaliza con la desaparición de los mercados, sólo sería cierta si se elimina por completo la posibilidad de la intervención pública en el rescate de entidades en apuros. La eliminación completa de los rescates públicos, redundaría nuevamente en perjuicio del sistema, por menoscabar la confianza de los consumidores-depositantes-inversores.

En este punto, es donde debemos plantearnos otras alternativas que concedan a los consumidores-depositantes-inversores la confianza que necesitan para interactuar en los mercados financieros. Esta cuestión debe ser tratada con mayor profundidad más adelante.

⁸⁸ ZUNZUNEGUI F. (2008), ob cit., “La regulación jurídica internacional...”, pág. 12.

2.2.2. *La protección de los intereses generales: el control de la autorregulación.*

En los últimos años, los acontecimientos ocurridos han puesto en entredicho la confianza en los sistemas de autorregulación. Si bien, los defensores de este sistema⁸⁹ apoyan sus tesis en la existencia de mercados poderosos y de gran exigencia para los operadores, que reaccionan con un marco normativo muy estricto, lo cierto es que, apoyándonos en la base de los intereses generales que se pretenden garantizar y proteger con la actividad de supervisión, la responsabilidad de la garantía de estos valores sigue siendo pública. De todos modos, a pesar de que el término autorregulación tiene una connotación de autonomía para los propios operadores del mercado en cuanto a la producción y aplicación normativa, siempre se ha considerado que es necesario cierto control de esa autorregulación, tanto de su producción como de su interpretación y aplicación⁹⁰. Lo que debemos averiguar es en qué medida ese control de la autorregulación debería incumbir a los poderes públicos o encomendarse a organismos privados.

No se puede olvidar que los mercados persiguen finalidades privadas de los operadores y que, a pesar de que, en cierto modo, los principios de libertad de empresa y de libre competencia, y el funcionamiento de los mismos, suele producir un equilibrio de sus propias fuerzas a nivel interno, los valores en juego siguen siendo valores objeto de supervisión pública por su transcendencia en general. Desde este punto de vista, asumir un sistema de autorregulación puro podría considerarse incluso negligente por parte de los poderes públicos.

En realidad la autorregulación que alcanza, como ocurre en materia financiera, a terceras partes no implicadas en la relación jurídica autorregulada, tiene efectos públicos, siendo necesario que se encuentre un equilibrio entre los aspectos públicos y privados, para lo que se hace necesario el establecimiento previo de un marco

⁸⁹ ZAMORA ROSELLÓ, M.R. (2012), "Regulación bancaria: Novedades normativas y autorregulación", en *Regulación económica, en especial, regulación bancaria*, pág. 439 y 440, Ed. Iustel (Madrid), por referencia a ESTEVE PARDO, J. (2002), *Autorregulación. Génesis y efectos*, Ed. Aranzadi (Pamplona), y a DARNACULLETA I GARDELLA, M. (2005), *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Ed. Marcial Pons (Madrid).

⁹⁰ DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2008), ob. cit. "La autorregulación como regulación...", pág. 2. El autor destaca que «La autorregulación constituye un todo sistemático que integra el momento de la producción de las reglas tanto como su interpretación y aplicación. La autorregulación implica un centro u organismo, más o menos institucionalizado, desde el que se dictan las normas y se imponen, de acuerdo además a como el mismo centro las interpreta».

normativo público en el que la autorregulación se pueda desarrollar posteriormente, se trata de una “autorregulación regulada”⁹¹. De todos modos, ya de entrada, se considera que la adecuación de la autorregulación controlada está más discutida en el caso del mercado de crédito que en el caso del mercado de valores⁹², en base a las notables diferencias entre el mercado de crédito y el de valores, como son, por ejemplo: la peculiar estructura del balance de las entidades de crédito, cuyo activo está formado por préstamos a medio y largo plazo escasamente líquidos en tanto que su pasivo lo integran principalmente depósitos a la vista; la posición central de los bancos en el sistema financiero, especialmente en los sistemas de pago y compensación de instrumentos monetarios; y los peligros sistémicos resultantes de las crisis bancarias, esto es, el “riesgo de contagio”, junto con el riesgo moral derivado del funcionamiento del sistema bancario en un régimen en el que el Banco Central asume el papel de “prestamista en última instancia”, papel actualmente limitado.

Se ha destacado que la autorregulación, como mecanismo de producción normativa, es una manifestación de la autonomía de la voluntad, pero que, entendiéndolo en estos términos, las normas resultantes deben ser aplicables a aquellas personas que intervienen en la relación jurídica regulada de este modo, siempre respetando las reglas de carácter imperativo aplicables a la relación jurídica⁹³. Dentro de esas normas de carácter imperativo, se encuentran dos vertientes: por un lado, la que debe salvaguardar el interés general en el buen funcionamiento de los mercados, y en la estabilidad del sistema; por otro lado, la debida protección de los intereses de consumidores y usuarios, que en gran medida, quedan sujetas a normas de carácter imperativo⁹⁴. La necesidad de salvaguardar esos valores de interés público, así como otros, por ejemplo, los intereses protegidos por las normas *antitrust* o de

⁹¹ ESTEVE PARDO, J. (2002), *Autorregulación. Génesis y...*, pág. 39.

⁹² CUENCA MIRANDA, J. M. (2002), ob. cit. “Autorregulación y mercados financieros”, pág. 131.

⁹³ DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2008), ob. cit. “La autorregulación...”, pág. 5: «...no hay otra posibilidad de remitirlo al campo de la autonomía de la voluntad desde el momento en que las normas que lo integran son de producción no estatal ni tampoco pueden estimarse usos sociales susceptibles de ser consideradas costumbres o, si se quiere rendir tributo a la terminología tradicional, usos normativos».

⁹⁴ El carácter imperativo general de las normas de protección de los derechos de consumidores y usuarios se recoge, sin perjuicio de otras manifestaciones normativas concretas, en el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que atribuye a los derechos reconocidos a los mismos, carácter de orden público: «La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil».

derecho de la competencia –ex artículo 38 CE-, y garantizar principios como el de seguridad jurídica –ex artículo 9.3 CE-, son otras manifestaciones de la necesidad de intervención estatal, que hacen que no sea admisible jurídicamente un sistema de autorregulación puro en un Ordenamiento Jurídico como el español, pues las normas constitucionales antes citadas exigen de cierta intervención pública para la protección de los valores mencionados que son responsabilidad de los poderes públicos.

También teniendo en cuenta las limitaciones impuestas a la autonomía de la voluntad como base de la autorregulación, la posibilidad de que las reglas emanadas en un sistema de este tipo puedan afectar a terceros, chocan con su propia operatividad, ya que si bien es cierto que las normas que surgen de vínculos contractuales tienen fuerza de ley entre los contratantes –ex artículo 1091 CC-, también es cierto que sólo entre ellos, por aplicación de la máxima *res inter alios acta tertiis nec nocent nec prosunt*, no puede una de las partes modificar a su conveniencia lo pactado, ni quedar en sus manos lo convenido, por aplicación de la limitación del artículo 1256 CC (esta limitación cobra mucha mayor importancia en la normativa aplicable a consumidores y usuarios de cualquier producto). Por todo ello, es difícil que las normas emanadas de un sistema de autorregulación puedan vincular a consumidores-depositantes-inversores, tan sólo por el hecho de que los operadores financieros hayan acordado entre ellos una determinada regla de funcionamiento del mercado. Jurídicamente, por todo lo anterior, en nuestro sistema las reglas emanadas de la autorregulación sólo vincularán a los operadores que las suscribieron, pues su naturaleza no deja de ser contractual.

En sistemas jurídicos anglosajones, en donde la libertad de empresa y el liberalismo económico están más arraigados, se suele admitir más fácilmente la autorregulación de los mercados financieros, pero ello no implica que exista una ausencia completa de control de esa producción normativa privada y de su aplicación. Actualmente, el control de la autorregulación encuentra un fundamento mucho más reforzado, incluso en aquellos derechos que pueden acoger la autorregulación en su sistema sin demasiados obstáculos jurídicos, en el hecho de que la interconexión de los mercados a nivel internacional y la globalización de la actividad financiera, hace necesaria una mínima regulación que garantice ciertos valores a nivel global.

De este modo, un sistema de autorregulación debe quedar siempre bajo el control de los poderes públicos en algunos aspectos como son el establecimiento de un marco que sirva de base para el desarrollo de los futuros códigos de conducta y que garantice la transparencia del mismo, como límite al riesgo moral implícito en la actividad, riesgo que aumenta si no existen los debidos controles. Esta idea que, en sistemas como el nuestro, puede estar tan clara, no lo ha estado tanto, en todos los tiempos, en sistemas de *Common Law*, que son precisamente los que suelen acoger sistemas de autorregulación. Pero incluso en estos sistemas, y en base a precedentes jurisprudenciales, se puede justificar el control de la autorregulación en los casos en los que se trata de actividades económicas realizadas por particulares pero que estuvieran revestidas de interés público, pues este interés permite la intervención de los poderes públicos⁹⁵. En este contexto, y a efectos de justificar la intervención pública, surge el concepto de las *public utilities*⁹⁶. Sobre este concepto surgido del Derecho norteamericano en relación con el interés público del ejercicio de actividades privadas y de su supervisión y control a través de agencias independientes (son

⁹⁵ Vid. Sentencia de la Corte Suprema Norteamericana en el caso *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876). En esta sentencia, se falla en el sentido de que las actividades privadas revestidas de interés público (“*clothed with a public interest*”) pueden ser intervenidas por los poderes públicos con la finalidad de proteger el bien común: «Property does become clothed with a public interest when used in a manner to make it of public consequence and affect the community at large. When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest he has thus created. He may withdraw his grant by discontinuing the use, but, so long as he maintains the use, he must submit to the control». A pesar del fallo, la Sentencia contiene un voto particular en el que se hace constar que permitir tal intervención de los poderes públicos es una invasión de los derechos privados de modo que todas las propiedades y empresas quedan a merced de la mayoría de cada legislatura. De todos modos, la Sentencia anteriormente había recogido la idea de que el interés público en una propiedad o servicio privado no establece un nuevo principio en la ley (en referencia al principio de que no puede privarse de derechos privados ya adquiridos), pero le da un nuevo efecto en su aplicación. La sentencia está disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/94/113/case.html>

⁹⁶ Vid. ESTEVE PARDO, J. (2012), “Origen, principios y técnicas de la regulación de sectores económicos”, en *Regulación económica, en especial, regulación bancaria*, pág. 37 y ss., Ed. Iustel (Madrid). Las *public utilities* se identifican con aquellos servicios que se prestan por operadores privados pero que tienen cierto revestimiento de interés público, y que en el Derecho norteamericano han sido ejemplo de desregulación en los años 80 y 90 –sobre todo en el ámbito del sector energético, transporte, telecomunicaciones, y servicio postal-. También a ellas se refirió PARADA VAZQUEZ J.R. (2003), “Los servicios públicos en España”, en ARISMENDI y CABALLERO (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Vol. 2, pág. 1848, diciendo que en Estados Unidos, donde se sitúa su origen, y donde no existía una eficiente administración centralizada, la «satisfacción de las necesidades de interés general fue abordada desde empresas privadas a las que se impusieron por ley obligaciones públicas», dando lugar a este concepto de *public utilities*.

comisiones reguladoras estatales)⁹⁷, es posible establecer las bases sobre las que construir un régimen de control de la autorregulación, pues aquellas desarrollan esta actividad por delegación del Parlamento⁹⁸ –que es el titular de la potestad-, y siendo comisiones reguladoras *ad hoc* para cada sector, quedan investidas de poderes reglamentarios, sancionadores y arbitrales⁹⁹.

Los problemas relativos al control de los riesgos generados en los mercados financieros actuales, configurados como mercados complejos, que se desarrollan de forma vertiginosa y están interconectados a nivel internacional, con productos innovadores y tendentes a la globalización nos plantean que, tal vez, los sistemas de autorregulación puros ya no sean adecuados en las condiciones actuales de los mercados, siendo, posiblemente, un sistema regulador obsoleto, superado por la realidad. Y esto no sería nada nuevo en los ordenamientos jurídicos, pues otros muchos sectores de la actividad económica han evolucionado hacia una más intensa regulación pública.

No se puede negar que las condiciones actuales no son las de principios del siglo XX¹⁰⁰. En aquel momento, la autorregulación tenía sentido desde el punto de vista de la teoría económica, y desde el punto de vista de las condiciones de los mercados del momento, pero tampoco en Estados Unidos, y a principios del siglo pasado, encontrábamos un sistema de autorregulación puro, puesto que había cierto control público, estableciéndose limitaciones a la actividad de crédito interestatal, que prevenía que los banqueros recibieran la totalidad de los beneficios de la economía incrementando la escala de su vulnerabilidad. Con la última crisis se aprecia que estos límites siguen siendo hoy una necesidad, pero en los últimos años se habían olvidado.

⁹⁷ SHULMAN N. J. (1992), "The State Regulatory Commission History, Organization, Responsibilities, and Changing role", en *State Public Utility Commission Operations and Management*, Ed. The Nacional Regulatory Research Institute (Ohio), pág. 1.

⁹⁸ FERNÁNDEZ ROJAS G. (2003), "La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América", en *Revista Vniversitas*, nº 106, pág. 190.

⁹⁹ PARADA VAZQUEZ J.R. (2003), ob cit. "Los servicios públicos en España", pág. 1849.

¹⁰⁰ En relación con la necesaria transformación de las Administraciones públicas para adaptarse a nuevos niveles de responsabilidad en el contexto de las agencias independientes norteamericanas vid. KETTL D.F., (2000), "The Transformation of Governance: Globalization, Devolution and the Role of Government", *Public Administration Review*, vol. 60, pág. 488 y ss.

En el sistema de autorregulación originario las características de su configuración eran las siguientes¹⁰¹: 1. La regulación existente se creaba por una agrupación de banqueros¹⁰²; 2. Las normas establecidas no eran obligatorias para los operadores, más bien eran criterios de buenas prácticas que evolucionaban en respuesta de las circunstancias del momento, siendo en gran medida de carácter funcional; 3. Las normas eran creadas por operadores especializados que actuaban con una muy extensa o ilimitada responsabilidad personal, y se le daba además, mucha importancia al aspecto de la reputación (honorabilidad) tanto de las entidades, como de las personas que desarrollaban la actividad de crédito; 4. El proceso creador de las normas se basaba en las fuerzas del mercado y se entendía que una mala regulación entrañaba ciertos costes, siendo este el motivo por el que se establecían pocas reglas, y en general, las malas prácticas eran expulsadas de la actividad por el propio mercado; 5. La competitividad de los mercados incrementaba las buenas prácticas innovadoras, que eran ampliamente copiadas por los demás operadores, teniendo la opción bien de copiar esas prácticas, o bien de unirse a otras agrupaciones de reguladores, o incluso fundar nuevas agrupaciones de reguladores. 6. Este sistema conllevaba el control de los excesos de especulación, limitando el crédito, y permitiendo que las entidades que se habían extendido demasiado llegasen, en su caso, a quebrar, animando a las entidades sobrevivientes a llevar sus negocios de un modo más responsable y de un modo menos amenazante para el sistema.

Sin embargo, a lo largo del siglo XX el desarrollo de los mercados y las recurrentes crisis han demostrado que, en las condiciones actuales, lo más adecuado es un sistema de regulación, porque esa configuración originaria de un sistema de autorregulación, ya no cuenta hoy con las condiciones que lo acompañaron inicialmente: de entre todas ellas, se ha apreciado a nivel mundial que ya no se observa la regla de la limitación de las actividades demasiado especulativas, y se ha advertido también un defecto importante de valoración de la honorabilidad de las buenas prácticas, siendo este un defecto de carácter ético que necesita del Derecho (entendiendo Derecho en el sentido de conjunto normativo emitido por los poderes

¹⁰¹ Vid. DOWD K. y HUTCHINSON M., (2014), "How Should Financial Markets Be Regulated?", *Cato Journal*, Vol. 34, Nº2 (Spring/Summer2014), pág. 356 y 357, recuperado el 30 de mayo de 2014 en <http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/cato-journal/2014/5/cato-journal-v34n2-10.pdf>

¹⁰² Esta característica es una reminiscencia de los gremios medievales.

públicos y revestido con los mecanismos coactivos y sancionadores necesarios para poder hacer cumplir con efectividad su contenido) para la concreción, en la práctica, de cuando el defecto de ética es injusto por ser contrario a la ley. Si bien sigue siendo cierto que las actividades especulativas muy arriesgadas y la falta de ética que propicia el incremento del riesgo moral en la actividad, conllevan, en algunos casos, la expulsión del mercado (mediante liquidación de las entidades que se dejan quebrar), en otros, por evitar la aflicción de las economías nacionales como consecuencia de la posible pérdida de entidades sistémicas, se fuerza su rescate a costa de la estabilidad de las economías soberanas.

A la vista de estas circunstancias, y tanto si se opta por permitir que el propio mercado expulse a los operadores que asumen demasiados riesgos, como si se les rescata, las implicaciones para las economías nacionales, por unos motivos u otros, siguen teniendo la posibilidad de causar estragos de difícil y muy costosa recuperación. La cuestión por tanto, se debe centrar en evitar esa concentración de riesgos como misión principal de los poderes públicos, incluso en los sistemas autorregulados, bien limitando el carácter sistémico de las entidades, lo que puede entenderse una limitación a su derecho a la libertad de empresa –para su admisión se valora la preferencia de la estabilidad del sistema sobre el interés particular de la entidad de crédito¹⁰³, o bien, mediante el control de la solvencia de las entidades, que en la actualidad va mucho más allá del control de los ratios de solvencia de las mismas, pues debe, además, implicar la vigilancia o limitación de los productos en que se invierte (riesgos asumidos), y reforzar los mecanismos de capitalización del sistema (reforzando los fondos de garantía de depósitos y mecanismos similares con idéntica finalidad).

El control de la solvencia tiene un ámbito más amplio ya que supone controlar todas las variables que puedan afectar a la disponibilidad de capital de las entidades en momentos de tensión, de ahí que la regulación pública de la actividad deba incrementarse en este sentido, pues es en relación con esta cuestión donde se han encontrado fallos regulatorios en los periodos anteriores a la crisis de 2007-2008.

¹⁰³ Sobre esta idea se volverá más adelante, en relación con las medidas asumidas en España en la reforma de las cajas de ahorros, y en la limitación de su carácter sistémico como medida de regulación pública de la concentración de riesgos.

Superado en la actualidad, la posibilidad de aceptar el concepto de autorregulación pura, la posibilidad de acoger este sistema debería siempre ser parcial, y limitada a ciertos aspectos de la actividad, de modo que se acoja una regulación de mínimos, que en definitiva suponen el control público de la autorregulación. Un sistema de autorregulación puro, sin control público de ningún tipo no es admisible, por muchas razones, pero sobre todo porque adolece de la legitimidad democrática¹⁰⁴ esencial en un Estado de Derecho. Admitir lo contrario en la materia que nos ocupa, supondría aceptar que los operadores financieros como entidades privadas estarían ejerciendo su actividad al margen del control de los poderes públicos, actividad que si bien hoy en día no es pública –en sentido estricto-, sí es de interés público, y esto hace que deba quedar sujeta al control público, habiéndose calificado por algunos autores, incluso, como servicio público impropio¹⁰⁵, precisamente en base a la construcción de las *public utilities* a las que antes nos referíamos. Para evitar esto último, una de las cuestiones de interés es, incluso en los sistemas de autorregulación, cómo replantear las relaciones entre la Administración pública que debe controlar ciertos aspectos de la actividad y los agentes intervinientes en el mercado financiero (tanto operadores, como consumidores-depositantes-inversores). Esta cuestión suele solucionarse¹⁰⁶ mediante la atribución de ese poder de control a Administraciones independientes, que deben caracterizarse por su posición neutral y equidistante entre Estado y sociedad en las que debe primar la idea de «la despolitización de cargos, la incorporación de expertos, y la presencia de los agentes sociales directamente afectados»¹⁰⁷, y siendo cuestiones a considerar en estos casos el régimen jurídico de los mismos y el de sus actos, como actos administrativos, considerando especialmente los efectos jurídicos de los mismos, su aplicación coactiva y el régimen de su responsabilidad en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas.

Igual que hemos advertido que la actividad pública de supervisión es un concepto en expansión, el concepto de regulación y el control de la autorregulación, en su caso, deben evolucionar también y adaptarse a las condiciones actuales de los

¹⁰⁴ ESTEVE PARDO, J. (2002), ob. cit. *Autorregulación. Génesis y...*, pág. 39.

¹⁰⁵ PARADA VAZQUEZ J.R. (2003), ob. cit. “Los servicios públicos en España”, pág. 1867.

¹⁰⁶ Así ocurre en el caso de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nacional, o la Corporación Radiotelevisión Española.

¹⁰⁷ ESTEVE PARDO, J. (2002), ob. cit., *Autorregulación. Génesis y...*, pág. 46.

mercados, siendo la mayor dificultad actual para su regulación eficaz a efectos de obtener buenos resultados de control de riesgos, la globalización financiera manifestada en las últimas tres décadas.

2.2.3. La complejidad técnico-económica y la necesaria discrecionalidad como fundamento de la autorregulación. Perspectivas de futuro de su aplicación y posible admisión del ejercicio de las funciones reguladoras públicas por entidades privadas.

Fundamentalmente la razón de ser de la autorregulación reside en la complejidad de la materia a regular¹⁰⁸, ya que se hace difícil para los poderes públicos tomar en consideración ciertas variables o parámetros del objeto de regulación que requieren un alto grado de especialización técnica. Desde el punto de vista de las teorías económicas, la autorregulación se considera como una solución práctica para acoger la tesis del neoliberalismo defendido por la Escuela de Chicago, ya que al defender esta corriente la idea de que la forma más eficiente de asignación de recursos económicos es la ausencia total de intervención pública, la regulación de los fallos del mercado por los propios operadores viene a ser una solución correctiva para este problema funcional del sistema. Además, la defensa de la autorregulación no sólo se basa en el carácter técnico o especializado de la regulación, sino en otros valores democráticos como la libertad de empresa y la defensa de la competencia¹⁰⁹.

Paralelamente al desarrollo de la autorregulación en algunos sectores de la economía, surge otro fenómeno que está vinculado a este, y es el de la generación de normas técnicas que pretenden unificar un sector, subsector o producto, y que suele mantenerse en manos privadas. La Unión Europea trató de emitir normas técnicas en algunos sectores, y pronto percibió que existían dificultades prácticas y era más factible que esa regulación técnica recayese en el sector privado, y que en cierto modo, sobre esas normas técnicas se regulase un marco jurídico previo por los poderes públicos¹¹⁰. Las normas técnicas se consideran así un fenómeno de la

¹⁰⁸ ESTEVE PARDO, J. (2002), *Autorregulación. Génesis y ...*, pág. 30. Destaca el autor que los espacios más característicos en los que se desenvuelve la autorregulación son espacios “dominados por la complejidad”, diferenciando tres tipos de complejidad: la técnica, la ética y la económica.

¹⁰⁹ CUENCA MIRANDA, J. M. (2002), ob. cit. “Autorregulación y mercados...”, pág. 125.

¹¹⁰ ESTEVE PARDO, J. (2002), ob.cit. *Autorregulación. Génesis y ...*, pág. 116.

evolución de la autorregulación, y que van más allá de las *lex artis*¹¹¹, ya que pretenden su aplicación uniforme en los mercados de forma general.

Lo más importante al respecto es determinar en qué medida esas normas técnicas pueden tener relevancia para los poderes públicos y cómo pueden ser objeto de control. De entrada, las normas resultantes del ejercicio de la autorregulación, suelen tener mayor contenido técnico, pero, como tales, no se integran en el ordenamiento jurídico, ni producen efectos vinculantes como ocurre con las normas emitidas por los poderes públicos. Sin embargo, en algunas ocasiones sí que se tienen en cuenta para integrar los conceptos normativos que no pueden ser precisados por su carácter excesivamente técnico. En la medida en que las normas emitidas en el ejercicio de esa autorregulación alcancen relevancia de aplicación general, y sea la propia Administración o los Tribunales, quienes las utilicen para integrar las normas del Ordenamiento Jurídico, adquirirán relevancia por la vía interpretativa, no generando normas, en este caso, pero sí matizando su sentido y alcance. Este sería un supuesto de incorporación indirecta de la autorregulación al ordenamiento jurídico, pero existen posibilidades de incorporación directa por dos vías: la remisión objetiva desde una norma del ordenamiento jurídico a una norma procedente de la autorregulación privada, o la habilitación subjetiva, por la cual se aceptan por la Administración decisiones o resoluciones privadas, siendo en este caso necesario que tal habilitación se efectúe por una norma con rango de ley, y no por un reglamento¹¹². La remisión objetiva puede ser puntual y a los solos efectos de concretar los aspectos muy técnicos. Pero la habilitación subjetiva, puede ser más compleja porque supone la atribución de funciones públicas concretas a un particular, y hay que analizar cómo y en qué medida se realiza la habilitación. En el derecho alemán se contempla esta habilitación haciendo una interpretación a *sensu contrario* del artículo 33.4 de la

¹¹¹ Es de destacar que los incumplimientos de esa *lex artis* o modo de proceder según las reglas de una actividad dan lugar a numerosas reclamaciones de responsabilidad civil por daños patrimoniales y morales (estos últimos en algunos casos vinculados a defectos de información en los consumidores, vid. STS Sala de 9 de diciembre de 2010 y 13 de mayo de 2011, 30 de abril 2010; 4 de marzo de 2011, entre otras; más recientemente STS 3433/2014, de 10 de julio de 2014), y su importancia en el tema que nos ocupa está vinculada con su control judicial, puesto que de la jurisprudencia citada, resulta que judicialmente se aprecian los medios de prueba que determinan si existe o no responsabilidad civil por inobservancia de esa *lex artis*. La cuestión es que ese control judicial del contenido de la *lex artis* que incluye cierto grado de conocimientos técnicos, puede ser trasladado al control de la aplicación de las normas técnicas en cualquier materia, como medio de control de la discrecionalidad que la envuelve.

¹¹² ESTEVE PARDO, J. (2002), *Autorregulación. Génesis y ...*, pág. 144 y ss..

Constitución alemana, dando lugar a la figura del *Beliehene* denominación que se da a las entidades privadas que están facultadas para ejercer potestades públicas y que se despliegan en un buen número de actividades¹¹³, y respecto de las cuales la Sentencia del TC alemán (BVerfG) de 18 de enero de 2012 (2 BvR 133/2010) legitimó la entrega a sujetos privados de potestades en tanto no suponga una «huida de la responsabilidad que es inherente al poder público», o sea, «...siempre que permanezcan vivos los poderes de vigilancia y control de las autoridades sobre la persona privada investida de esos controvertidos poderes de autoridad...». En el Derecho español, no existe una habilitación semejante en la Constitución, y esto ha propiciado que existan posiciones que entienden que tal figura está prohibida, frente a otras que sí lo admiten como necesidad de la realidad jurídica actual¹¹⁴. Sin embargo, desde un punto de vista general, y a pesar de que no se puede transferir la titularidad ni el ejercicio de funciones públicas a entidades privadas, sí que se admitía la colaboración de estas a través de la encomienda de gestión (ex artículo 15.5 Ley 30/1992 –ahora derogado, y sustituido por el artículo 11 Ley 40/2015, que no hace ya referencia expresa a esta posibilidad-), quedando sujetas al régimen jurídico de los contratos celebrados con el sector público, pero «...sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza (privada) actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo», y con la limitación prevista en el artículo 275 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público («En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos»).

¹¹³ ESTEVE PARDO, J. (2002), *Autorregulación. Génesis y ...*, pág. 150. Vid. también, RAJEVIC MOSLER E. (2011), “La privatización de las funciones públicas en el urbanismo y la vivienda”, en *Público y Privado en Derecho Administrativo*, pág. 228, con cita a DARNACULLETA I GARDELLA M., (2010), “La colaboración de entidades privadas en Alemania: las “*Beliehene*” o entidades que actúan como agentes descentralizados de la Administración” en GALÁN Y PRIETO (coords.) *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Ed. Huygens (Madrid), pág. 398, y 404-408. Se diferencian también las *Beleihung*, de las *Indienstnahme*, que son conceptos afines con algunas diferencias, pudiendo entenderse que los primeros son entidades privadas que ejercen algunas competencias públicas, y los segundos entidades privadas que ejercen funciones públicas. Vid. SÁINZ MORENO, F., (1983) “Ejercicio privado de funciones públicas”, en *Revista de Administración Pública*, nº 100-102, pág. 1777.

¹¹⁴ Vid. SÁINZ MORENO, F., (1983) ob. cit. “Ejercicio privado de funciones...”, pág. 1777, 1778 y 1779. También DEL SAZ CORDERO, S., (1992) “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Ed. Civitas, Madrid, págs. 171 y ss.

Sin embargo, por un lado, el ejercicio de funciones de interés general o público tiene cierta cabida en nuestro Derecho a través del artículo 20 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que no considera legitimados para interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública a los particulares cuando obren por delegación o como meros agentes o mandatarios de ella, quedando equiparados a tales efectos a la misma situación de la propia Administración pública. Con ello se está reconociendo cierta identidad en la posición jurídica que ostentan esos agentes o mandatarios respecto a los de la Administración a efectos de la interposición de recurso contencioso-administrativo, e implica su admisión.

Por otro lado, centrandó la cuestión en el ejercicio de funciones públicas concretas, hay supuestos en los que se admite, tal es el de las entidades colaboradoras de las Administraciones públicas en actuaciones urbanísticas¹¹⁵, aunque siempre conservándose la función pública y su responsabilidad por la propia Administración. Debemos ahora plantearnos si esto mismo sería admisible en relación con la función pública de supervisión financiera con vistas a la posible admisión de un sistema de autorregulación, produciéndose de algún modo la externalización de funciones públicas.

De entrada, cabe decir que en los últimos años se ha admitido de forma puntual y complementaria, por ejemplo en relación con aspectos muy técnicos de desarrollo de la función supervisora, conservando la Administración pública competente la competencia, la responsabilidad y la capacidad para resolver lo que

¹¹⁵ Este es claramente el caso de las Juntas de Compensación, respecto al que si nos planteamos la valoración de su actividad como ejercicio de funciones públicas, teniendo en cuenta la Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero, que considera como organismo de Derecho Público en su artículo 2.1.4, aquel que reúna los requisitos de ser un organismo creado para satisfacer intereses de carácter general, estar dotado de personalidad jurídica, y estar sometido al control de los entes públicos territoriales (entre otros criterios), podemos concluir que sí que es un organismo de Derecho Público en esos términos, ya que trasladando estos requisitos a su configuración en el Reglamento de Gestión Urbanística, resulta que este permite considerarlo como ente de Derecho Público a efectos de su función de ejecución del planeamiento, ya que sin duda es un organismo creado para satisfacer esos intereses de carácter general (son entidades colaboradoras de la Administración actuante –ex artículo 24.2 RGU-, la Administración actuante siempre ostentará la dirección del proceso urbanizador –artículo 6.1 TRLS 2008-, porque la actividad urbanística es una actividad pública –artículo 2.1 TRLS 2008-), además está dotado de personalidad jurídica (ex artículo 26.2 RGU), y está sometido al control de los entes públicos territoriales (conforme al artículo 26.1 RGU y artículo 6.1 TRLS 2008). Queda clara, por tanto, en base a todo ello, la naturaleza jurídico-pública de la Junta de Compensación, aunque limitada a su actuación urbanística, y a esos efectos solamente, como ha reconocido reiteradamente el Tribunal Supremo (Vid. SSTs 29.12.1987 y 11.3.1989, entre otras muchas).

proceda sobre intervención pública a la vista de los resultados de la actividad realizada por entes privados y que concretamente consistía en evaluación y auditoría de los balances de entidades bancarias¹¹⁶. Este hecho abre la posibilidad de que nos planteemos en qué medida en el sistema jurídico español podría admitirse el ejercicio de funciones públicas por entidades privadas y cómo instrumentarlo en la práctica, y si esto podría dar cabida a un sistema de autorregulación parcial del sistema financiero¹¹⁷.

Todas las cuestiones relativas al régimen jurídico de posibles reguladores privados, de su actuación y de sus consecuencias jurídicas, tienen especial relevancia en la materia que nos ocupa, en relación con la posibilidad de acudir a este tipo de mecanismos para delegar en entidades especializadas privadas, cuestiones como la valoración de los riesgos concentrados en el sector bancario, que se han debatido en la Unión Europea, por ejemplo, en relación con la conveniencia de encomendar ciertos aspectos de la supervisión a agencias de calificación crediticia.

Dejando al margen la conveniencia de utilizar un sistema regulado o autorregulado, que es objeto de otro epígrafe, podríamos decir que la importancia de la autorregulación no reside hoy en su aplicación como sistema normativo puro, sino que, a la vista de las valoraciones sobre las ventajas y desventajas de su aplicación, su importancia y futuro desarrollo recae en su integración en un sistema mixto, esto es, en un sistema regulado por los poderes públicos pero en el que la autorregulación es un complemento necesario como mecanismo, incluso de limitación de la discrecionalidad de Administración pública al abordar el tratamiento jurídico de cuestiones excesivamente técnicas que desbordan la esfera de lo estrictamente jurídico, particularmente de los reguladores financieros¹¹⁸. Ello porque permitiría

¹¹⁶ Así resulta del Informe publicado por el propio Banco de España en fecha 28 de septiembre de 2012 con el nombre “Proceso de recapitalización y reestructuración bancaria. Resultados de la evaluación independiente del sector bancario español” disponible en http://www.bde.es/f/webbde/SSICOM/20120928/background_ow280912.pdf El hecho fue publicado también por la prensa especializada, por ejemplo vid., <http://www.20minutos.es/noticia/1463511/0/banca/roland-berger/oliver-wyman/>

¹¹⁷ Vid. IZQUIERDO CARRASCO M., (2013), “¿Cabe el empleo de entidades Colaboradoras en la supervisión sobre Entidades de crédito?” en DÍEZ SÁNCHEZ, J.J. (coord.) *Función inspectora: Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública (Madrid), págs.211-222.

¹¹⁸ La discrecionalidad corresponde a los organismos reguladores nacionales y no al legislador, como se ha señalado en STJUE de 3 diciembre de 2009, Comisión vs. Alemania, Asunto C-424/2007.

reducir el número de supuestos en los que encontramos conceptos jurídicos indeterminados en este ámbito. Al permitir concretar en la realidad extrajurídica conceptos y situaciones económicas de carácter técnico, más que ante conceptos jurídicos indeterminados estaríamos ante conceptos normativos indeterminados¹¹⁹ que conducirían a una única solución en la práctica, a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso concreto y por aplicación complementaria de las determinaciones resultantes del sistema parcial de la autorregulación, de modo que resultaría mucho más fácil concretar en cada caso el contenido del concepto tal y como exige el Tribunal Constitucional¹²⁰.

Con la reducción de la discrecionalidad existen importantes consecuencias jurídicas, entre las que debemos destacar el aumento de la seguridad jurídica por facilitar el control parlamentario y el control judicial de la actividad pública de supervisión (especialmente en la adopción de resoluciones de intervención, resolución bancaria o rescate de entidades), y porque al perfilar mucho más la actividad de la Administración, se elimina, o por lo menos se reduce, la dificultad que siempre se ha encontrado para reconocer responsabilidad de los supervisores por defectos regulatorios. En definitiva, la autorregulación como complemento en un sistema normativo mixto, contribuye al incremento de valores como la transparencia en la actividad, la independencia en la adopción de decisiones, y la responsabilidad por los defectos en el ejercicio de esa función pública de control; valores de los que, aún hoy, falta mucho por conseguir, por lo menos en el ámbito de actuación pública que aquí estamos tratando.

Tomando esto en consideración, la perspectiva de futuro de la regulación financiera, como materia de alto contenido técnico-económico, debe concretar las bases de actividad pública de control no solo del ejercicio de la actividad privada, sino también de control de la autorregulación surgida en ese sector, siendo esencial establecer un marco jurídico que permita cierto desarrollo a la autorregulación, pero conservando siempre el control y supervisión públicos de los límites de solvencia y

¹¹⁹ Por aplicación de la teoría alemana de los conceptos normativos indeterminados como evolución de la de los conceptos jurídicos indeterminados. Vid. CIRIANO VELA, C.D. (2000), *Administración económica y discrecionalidad (un análisis normativo y jurisprudencial)*, pág. 127 y ss., Ed. Lex Nova (Madrid).

¹²⁰ Vid. Fundamento Jurídico nº 4 Sentencia nº 180/1996 de Tribunal Constitucional, Sala 1ª, 12 de Noviembre de 1996.

estabilidad del sistema, y manteniendo también mecanismos de intervención en el sector, cuando sea necesario. Esto último nos remite, para poder controlar la autorregulación, a la necesidad de concretar la esfera de intervención pública, estableciendo de forma clara una supervisión de mínimos estratégicos (su contenido), sin olvidar otras cuestiones formales, como el establecimiento de un procedimiento o protocolo de actuación administrativa estándar, que acote el margen de las actuaciones de supervisión¹²¹. En relación con esto último, se advierte hoy ya cierto avance, al haberse introducido en la LOSSEC (art. 54 y 87), y en el Real Decreto-Ley 14/2013, 29 de noviembre (que modificó en este sentido el artículo 10 bis de la Ley 13/1985, ahora derogada por la LOSSEC), la facultad de que el Banco de España elabore y publique a través de su página web, guías técnicas que, siendo este un elemento complementario a la norma que reduce la discrecionalidad¹²², da seguridad y aporta transparencia a la actuación del supervisor, aunque en este caso ese elemento complementario surja del mismo regulador público, esa es la mecánica que puede ser aplicada por analogía a un regulador privado en el margen de autorregulación admisible¹²³. De este modo, la autorregulación puede servir a la finalidad de reducir la discrecionalidad administrativa en materia de supervisión financiera¹²⁴, e incluso a la armonización de los sistemas supervisores diferentes que encontramos dentro de la

¹²¹ En relación con la importancia de establecer y observar estrictamente un procedimiento administrativo cuando existe un amplio margen de discrecionalidad técnica en relación con las cuestiones materiales, vid. CIRIANO VELA, C.D. (2000), ob. cit. *Administración económica y discrecionalidad...*, pág. 241.

¹²² Se ha destacado el papel de la discrecionalidad en la evolución del Derecho Público, sobretudo en la necesidad de admitir nuevas construcciones jurídicas, como señala BOBES SÁNCHEZ, M. J. (2012) “Discrecionalidad y Regulación (A propósito de la jurisprudencia del BVerwG sobre telecomunicaciones y la sentencia del TJUE Comisión c. Alemania de 3 de diciembre de 2009)” en GARCÍA DE ENTERRÍA y ALONSO GARCÍA (coords.) *Administración y Justicia, un análisis jurisprudencial vol. II, Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, pág. 3116, Ed. Civitas (Navarra).

¹²³ La función de los Bancos Centrales de la eurozona consistente en elaborar guías técnicas, así como de adoptar las emitidas por la Autoridad Bancaria Europea, como nueva función de regulación bancaria, deriva de la Directiva 2013/36/UE.

¹²⁴ Así como en el aspecto que aquí estamos tratando se puede utilizar la autorregulación, como figura conectada al Derecho privado y bajo el control público, para solucionar el problema de la imprecisión de algunos conceptos a tener en cuenta en materia de supervisión financiera, dotando a la actividad de mayor responsabilidad, transparencia y objetividad. Sin embargo, quienes identifican este ejercicio de funciones públicas por entidades privadas, lo reconducen al proceso de “huida del Derecho público al Derecho privado”, del que se ha criticado que es un proceso que se ha utilizado para relajar los principios que siempre deben observarse en las actuaciones de la Administración (transparencia, la responsabilidad, la publicidad de información, la objetividad, la imparcialidad), vid. OLCESE SANTONJA, A. (2005), *Teoría y práctica del buen gobierno corporativo*, pág. 122, Ed. Marcial Pons (Barcelona).

Unión Europea¹²⁵, cuestión esta de mucha importancia en la actualidad, puesto que una de las dificultades de conseguir una auténtica Unión Bancaria reside en integrar dentro de un sistema común de supervisión financiera, los modelos de organización latino (de control y supervisión estatal) y anglosajón (de autorregulación).

2.3. La globalización de los mercados financieros: efectos sobre su regulación.

El término globalización financiera se refiere al proceso de integración internacional de los mercados financieros, vinculado a la libre circulación de capitales¹²⁶, y se define como el proceso por el que los mercados de diferentes países se han integrado como uno, quedando eliminadas las fronteras en lo que al mercado financiero se refiere¹²⁷.

Este proceso se inició una vez superada la crisis económica internacional de los años 70, cerrando justo en ese momento un periodo de aproximadamente 30 años de crecimiento económico sostenido, sin crisis de importancia hasta la sobrevenida en los años 70, periodo durante el cual se habían desarrollado, en casi todos los países, políticas muy intervencionistas. Desde mediados de los años 80 en adelante, los mercados financieros han experimentado una transformación radical y una rápida expansión gracias a la desregulación de las primeras potencias, la innovación y la

¹²⁵ A esta finalidad se refirió el Dictamen del Consejo de Estado nº 1643/1992 (vid. Consideración IV.3), dictado en relación con el Proyecto de Real Decreto sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, pues en aquel se hacía referencia a la incorporación a la norma sobre la que se versaba el Dictamen, de la Recomendación de la CEE número 77/534 de 25 de julio de 1977 cuyo Anexo contenía el "Código de Conducta Europeo referente a las transacciones sobre valores mobiliarios": "...Baste decir a efectos del adecuado enjuiciamiento del Proyecto sometido a consulta y siguiendo los términos de la expresada Recomendación que ésta atribuye a las Normas de Conducta una función vertebradora y de integración de los distintos mercados a fin de "crear en un campo en permanente evolución una ética común que facilitará considerablemente los trabajos de armonización en curso...", (...). La última ratio de éste "modus operandi" se encuentra en el propósito perseguido por el Derecho Comunitario Europeo de integrar dentro de un sistema común, los modelos de organización bursátil latino y anglosajón, los cuales han ido estructurándose a través del tiempo sobre distintas técnicas: 1) del control y supervisión estatal, el primero, y 2) de la autorregulación a través de normas de deontología profesional el segundo. El nuevo modelo que trata de construirse, partiendo de la formulación de unos principios y de unas normas de conducta de valor y exigencia deontológicas, está atento también a la creación de directivas, cuando sea posible extraer de dichas conductas supuestos fácticos suficientemente definidos que permitan exigir la observancia de los principios en un plano propiamente jurídico y con sanciones de esta naturaleza".

¹²⁶ ZUNZUNEGUI F. (2008), ob cit., "La regulación jurídica internacional...", pág. 2.

¹²⁷ ARESTIS, P. y BASU, S., (2003) "Financial Globalization and regulation", pág. 1, Working Paper nº 397, Ed. The Levy Economics Institute of Bard College (New York), Recuperado el 30 de mayo de 2014 de <http://www.levyinstitute.org/pubs/wp397.pdf>

globalización, así como a los avances en las tecnologías informáticas y de comunicación¹²⁸.

El fenómeno de la innovación financiera es consecuencia de los avances tecnológicos desarrollados al margen de los mercados financieros, y de la sofisticación de la sociedad (es un factor externo respecto de los mercados), pero la desregulación que favoreció la globalización y que a su vez se retroalimentaba del desarrollo de esta, es consecuencia de las nuevas corrientes neoliberales surgidas en la Escuela de Chicago como respuesta a la crisis de los años 70 (es una reacción o factor interno de los mercados). Adoptándose, a partir de entonces, políticas de reducción de la intervención pública en la regulación económica, se inicia esta etapa marcada por la globalización y desarrollo al alza de los mercados. Un dato que ilustra el desarrollo de esta actividad respecto a la economía mundial es el fuerte aumento de los activos y pasivos exteriores: en las economías avanzadas, han pasado de representar poco más del 50% del PIB en 1980 a más del 350% en 2006 y en los EEUU, como en otros países desarrollados, los beneficios del sector financiero pasaron del 10% del total de los beneficios en la renta nacional en la década de 1950 al 22% en la de 1980 y a un 34% en 2005, siendo el volumen de las transacciones financieras mundiales en 2007, 73 veces el PIB nominal mundial, cuando en 1990 era 15 veces¹²⁹.

Aunque este incremento ha producido efectos beneficiosos en los mercados financieros durante años, también ofrece problemas nuevos de supervisión, siendo uno de los más preocupantes la dificultad para la evaluación de riesgos y la activación anticipada de los mecanismos de actuación de los supervisores para evitar daños sistémicos. De hecho, se ha destacado que la globalización favorece la gestación de crisis sistémicas y que estas son más frecuentes¹³⁰. Esta situación requiere una regulación adecuada de los mercados, quedando superada, en consecuencia, la discusión de si estos deben estar regulados o no por los poderes públicos.

¹²⁸ ARENILLAS LORENTE, C. (2008), ob. cit. "Preservar la estabilidad financiera...", pág. 2.

¹²⁹ ARENILLAS LORENTE C., (2009), "¿Se deberían pagar impuestos por consumir productos financieros?", recuperado el 2 de noviembre de 2014 en <http://www.carlosarenillas.es/2009.htm>. Dice el autor a propósito de estos datos obtenidos de los informes del FMI que "Desde mediados de 1980 el sector financiero empezó a expandirse de una manera que desafía el sentido común".

¹³⁰ En varios estudios se documenta el aumento de crisis bancarias a nivel mundial. Así, en el periodo comprendido entre los últimos años 70 hasta los primeros años del siglo XXI, se han producido 117 casos de crisis bancarias sistémicas en 93 países y 51 no sistémicas en 45 países. Vid. CAPRIO, G., y KLINGEBIEL D., (2003), "Episodes of Systemic and Borderline Financial Crises", base de datos del Banco Mundial disponible en Internet: <http://econ.worldbank.org/view.php?id=23456>

El fenómeno de la globalización es consecuencia directa de la menor intervención pública en un aspecto de la regulación financiera: la liberalización o, al menos, relajación normativa, de las inversiones extranjeras de capital. Inicialmente, la razón de esta reducción regulatoria en el aspecto externo de los sistemas financieros nacionales radicaba en el momento inicial de su adopción, en dotar de mayor eficiencia al funcionamiento de los mismos¹³¹. El principal problema, sin embargo, es que este fenómeno se anticipó a la existencia de un marco regulatorio globalizado y los problemas de supervisión de ciertos productos cuyo origen se situaba en un Estado, se pudieron contagiar fácilmente a los mercados de otros Estados que supervisaban de forma más estricta sus mercados y a los operadores nacionales. Realmente, lo que supone la globalización financiera es la desaparición de fronteras para llevar a cabo transacciones en los mercados de banca y valores, especialmente, en estos últimos.

Al margen de los defectos regulatorios de los mercados, se ha destacado que el proceso de globalización ha conllevado también otros efectos perversos de carácter macroeconómico, cuya reparación no pasa por la vía de la supervisión de la actividad financiera, sino que es más bien una cuestión de política económica, y que han servido igualmente de germen para la crisis actual. En cierto modo, y simplificando mucho, se considera que la globalización ha favorecido el consumo, y que este incremento ha creado una apariencia de incremento de la tasa de crecimiento que no fue del todo real en los primeros años del siglo XXI, y con todo esto, lo que sí que aumentó realmente fue el riesgo de crisis económica¹³².

Otro de los efectos perversos del sistema globalizado y de la alta innovación financiera es el surgimiento del “sistema bancario en la sombra” -*shadow banking system*-, compuesto por entidades y fondos no sujetos a supervisión prudencial que captan recursos de inversores fuera de los mercados organizados de capitales y los emplean para obtener financiación adicional que utilizan en operaciones de inversión, financiación o garantía, contra-asegurándose de todo o parte del riesgo asumido por medio de productos derivados¹³³. Ha tenido cierto protagonismo en la presente crisis, haciendo necesaria la ampliación de los controles prudenciales a cuestiones

¹³¹ ARESTIS, P., y BASU, S., (2003), ob. cit, “Financial Globalization and regulation”, pág. 6.

¹³² ARESTIS, P., y BASU, S., (2003), ob. cit, “Financial Globalization and regulation”, págs. 10-11.

¹³³ SÁINZ DE VICUÑA Y BARROSO, A. (2010), ob. cit. “La nueva función de macro-supervisión...”, pág. 7.

macroprudenciales y generando una consciencia de la necesidad de superar los defectos de regulación derivados de la interconexión de los mercados.

Como consecuencia de todo lo anterior, el efecto más palpable en la regulación, es el desarrollo de un conjunto organizativo y normativo internacional, al que se hace referencia en los siguientes epígrafes de forma más detallada, pero que, como veremos, en las condiciones actuales, todavía hoy no puede considerarse como la solución al problema de los fallos regulatorios a nivel internacional.

2.3.1. La arquitectura institucional financiera en el plano internacional. El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea y el Consejo de Estabilidad Financiera.

La globalización financiera está planteando la necesidad de una regulación global o de aplicación mundial, y esto implica la existencia de organismos internacionales y asociaciones de intermediarios financieros que pueden asumir este papel. El problema es que, aun existiendo con anterioridad a este proceso organizaciones internacionales que intervienen en la regulación económica y financiera internacional, su configuración no reúne todos los elementos que serían deseables para que su regulación sea efectiva.

Antes de producirse el fenómeno de la globalización ya existían el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM), la UNCITRAL (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), la Cámara de Comercio Internacional (ICC) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y también organismos internacionales específicos del mercado financiero, como el Banco de Pagos Internacionales (BPI) dentro del que encontramos al Comité de Basilea, existiendo también una Organización Internacional de Comisiones de Valores y la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros. Estos organismos integrados por representantes de supervisores nacionales, realizan funciones como reguladores y vigilantes de las finanzas internacionales; pero sólo hasta cierto punto.

Centrándonos en el aspecto bancario, el FMI fue creado en Bretton Woods, en 1944, con la finalidad de regular el sistema monetario de cambios fijos (sustituyendo el patrón oro por el patrón dólar), y desde los años 70, perdió esta función, pero asumió la de aportar fondos para superar crisis económicas de países en desarrollo por déficit

en sus balanzas de pagos, imponiendo ciertas condiciones. Esta actuación ha recibido algunas críticas, por considerarse en muchas ocasiones que sus condiciones son leoninas y favorables a los países occidentales, en mayor medida que a aquellos a los que, en teoría, se pretendía ayudar por estar en vías de desarrollo¹³⁴. Desde el año 2009, asume, junto al Consejo de Estabilidad Financiera (Financial Stability Board –en adelante, FSB-) que fue creado en la Cumbre del G-20 celebrada en Londres en abril de 2009, la vigilancia del sistema financiero global, pero no en todas sus dimensiones. Su papel principal es actuar como prestamista de última instancia en casos de emergencia financiera soberana.

Siempre han existido opiniones que consideran que el FMI puede ser el órgano adecuado para asumir el papel de regulador internacional que coordine la actividad supervisora a nivel mundial¹³⁵. Lo cierto es que, desde sus orígenes, el papel ideado para este organismo no fue este; y desde los años 70 se le atribuye sólo uno de los aspectos de la supervisión financiera, como es la intervención internacional para ofrecer préstamos de emergencia en supuestos de insolvencia soberana (esto es, la intervención para la reestructuración de la deuda nacional de Estados con problemas financieros). Sus competencias, por tanto no son las adecuadas para desarrollar una actividad de supervisión y regulación global de entidades bancarias, ya que son parciales, y no tiene atribuidas competencias diferentes a la intervención para la reestructuración de deuda nacional. A pesar de esto, ya se pensó en la posibilidad de que el FMI asumiera la actividad total como supervisor bancario internacional, pero esta propuesta no fue aceptada; también se propuso la creación de un órgano regulador internacional en el seno de Naciones Unidas, esta propuesta fue rechazada,

¹³⁴ El FMI ha recibido críticas por defender los intereses de los países occidentales, y más concretamente de Estados Unidos. Vid. BELLO, W., y DE LOS REYES, J. (2005), "Can the IMF Be Reformed?", *Workshop on International Regulations*, recuperado el 2 de diciembre de 2014 en http://base.socioeco.org/docs/doc-7396_en.pdf

Los mismos autores proponen su transformación del FMI en una entidad internacional que se dedique a la investigación de los flujos de capital y que, dadas las dificultades de su total eliminación, a pesar de sus defectos, proponen la disminución de sus poderes pero su reconducción como regulador global. Vid. pág. 10: "For political reasons, it may prove difficult to abolish the IMF. But it can be disempowered and converted into a research agency tasked with monitoring capital flows. Today's need is not another centralized global institution but the deconcentration and decentralization of institutional power and the creation of a pluralistic system of institutions and organizations interacting with one another, guided by broad and flexible agreements and understandings. This arrangement would make the IMF just another actor co-existing with and being checked by other international organizations, agreements and regional groupings".

¹³⁵ ARESTIS, P., y BASU, S., (2003), ob. cit, "Financial Globalization and regulation", pág. 13.

pero en la actualidad se está recuperando¹³⁶, y es que, ciertamente, hay algunas cuestiones que tienen que ser coordinadas a nivel internacional como exigencia de un mercado financiero globalizado.

El Banco Mundial -en adelante, BM- que fue creado de forma paralela al FMI también en 1944 y en Bretton Woods, tiene la finalidad de realizar inversiones, especialmente en países en vías de desarrollo¹³⁷, con el objetivo de reducir la pobreza. Actúa concediendo préstamos a bajo interés, créditos sin intereses y apoyos económicos a los países en desarrollo. Fue creado inicialmente con el fin de ayudar a la reconstrucción europea durante la posguerra de la Segunda Guerra Mundial, ampliando más tarde sus funciones en el campo del desarrollo, hasta evolucionar su organización hacia lo que hoy en día se conoce como el Grupo del Banco Mundial, que se encuentra formado por las agencias siguientes: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Asociación Internacional de Fomento, Corporación Financiera Internacional, Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, y Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Fomentados por el BM se han realizado estudios interesantes sobre prácticas supervisoras de un buen número de países¹³⁸, que sirven de base a estudios científicos en la materia, por lo que se puede afirmar que su contribución a la regulación financiera se realiza desde la perspectiva de la inversión científica.

En ambos casos, en la creación del FMI y BM, se partía de la idea de que existen grandes diferencias de desarrollo económico, financiero y bancario a nivel mundial¹³⁹. Sin embargo, esas diferencias tienen su propio reflejo en el funcionamiento de las dos instituciones porque en ambos el voto para la adopción de

¹³⁶ Vid. nota al pie núm. 134. Actualmente esta propuesta se ha recuperado por algunos autores. En la línea iniciada por KEYNES al proponer la creación de un regulador internacional, el llamado, *Internacional Clearing Union*, propuesta que en su momento fue rechazada. Sin embargo, en la actualidad se está retomando a raíz de la última crisis, habiéndose propuesto la creación de un órgano similar que podría ser denominado *Global Economic Coordination Council*. Vid. Informe de Naciones Unidas de 21 de septiembre de 2009 de nominado "Report of the Commission of Experts of the President of the United Nations General Assembly on Reforms of the International Monetary and Financial System", pág. 90. Recuperado el 15 de diciembre de 2014 en http://www.un.org/ga/econcrisissummit/docs/FinalReport_CoE.pdf

¹³⁷ La misma institución determina que sus principales objetivos son "acabar con la pobreza extrema y promover la prosperidad compartida" (<http://www.bancomundial.org/es/about>). Originariamente su finalidad era la reconstrucción tras la Segunda Guerra Mundial.

¹³⁸ Numerosos informes y estudios científicos son financiados por el BM en diversos sectores de la economía. Muchos de ellos disponibles en <http://www.bancomundial.org/investigacion/>

¹³⁹ ARESTIS, P. y BASU, S., (2003) ob. cit., "Financial Globalization and regulation", pág. 14.

acuerdos se realiza por ponderación, de modo que los votos son proporcionales al capital invertido por cada Estado¹⁴⁰. Desde el punto de vista organizativo ambas son consideradas agencias especializadas de la ONU que cuentan con autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones¹⁴¹.

Por su parte, el G-20 (formado actualmente por 19 países y la Unión Europea), surge como desarrollo del G-8 inicial en el que se reunieron los ocho países más desarrollados desde el año 1999, por lo que su existencia es bastante reciente. Sin embargo, las Cumbres del G-20 son reuniones en las que, si bien se tratan asuntos económicos internacionales, no pueden afectar a todos los países, pues no todos están representados en él, y son reuniones que no tienen carácter institucional, ya que el G-20 no dispone de una Carta fundacional, y sus discusiones no se hacen públicas, lo cual hace de él una institución no democrática, pero que se considera como un foro global de resolución de crisis¹⁴².

Los demás organismos referidos antes centran su actividad en la regulación económica no estrictamente financiera, con la excepción del Banco de Pagos Internacionales y el Consejo de Estabilidad Financiera, que son, realmente los dos organismos internacionales de regulación del sector bancario. Por un lado, el Comité de Basilea se encuentra incardinado dentro del Banco de Pagos Internacionales (el BPI fue creado en 1930 con la finalidad de hacer efectivo el pago de las indemnizaciones de la Primera Guerra Mundial que debía pagar Alemania –y que nunca pagó¹⁴³–), y el Consejo de Estabilidad Financiera (FSB, de sus siglas en inglés Financial Stability Board)

¹⁴⁰ En ambos casos, el voto es ponderado, lo que significa que depende de las suscripciones de capital de cada país en el mismo, y que lógicamente son proporcionales a la riqueza de cada país representado: Así, en el BM los Estados Unidos controlan el 16,39% del poder de voto, Japón el 7,86%, Alemania el 4,49%, Francia, el Reino Unido e Italia el 4,30%, etc. Y respecto al FMI, vid. BIRD, G. y ROWLANDS D. (2006), "IMF quotas: Constructing an international organization using inferior building blocks", *Review of International Organizations* 1(2), pág. 153. También, GONZÁLEZ-EIRAS M. (2009) "Cuotas y poder de voto en el FMI: teoría y evidencia", *Ensayos Económicos* 55, julio - septiembre 2009, Ed. Banco Central de República Argentina, pág. 60.

¹⁴¹ Así resulta del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional y del Convenio Constitutivo del Banco Internacional para la reconstrucción y el desarrollo (origen del Grupo del Banco Mundial).

¹⁴² Vid. "A Guide to Committees, Groups, and Clubs" del FMI, pág. 4 y el documento sobre las prioridades del G-20 para 2015 en <https://g20.org.tr/>. También ZUNZÚNEGUI, F., (2008) ob. cit. "La regulación jurídica internacional..."; Y GRIFFITH-JONES, S., y KIMMIS, J. (2002) "The Reform of Global Financial Governance Arrangements", pág. 4, documento de trabajo recuperado el 2 de diciembre de 2014 en <http://www.new-rules.org/storage/documents/ffd/griffithjones04.pdf>

¹⁴³ Tras la Gran Depresión y la crisis bancaria en Alemania durante el verano de 1931, se acordó una moratoria para el pago de la deuda de guerra a cargo de Alemania a través del acuerdo denominado *Hoover Moratorium* (1931), y posteriormente, se canceló por completo con los Acuerdos de Lausana de 1932.

surgido en el año 2009 (creación del G-20)¹⁴⁴ es una adaptación del anterior Foro de Estabilidad Financiera, creado en 1999 por el G-8, y se encuentra vinculado, por tanto, a los países incorporados al G-20.

A pesar de que desde su creación, hasta el día de hoy, la actividad del BPI ha ido en aumento, coincidiendo así con la complicación de los mercados financieros internacionales, faltan elementos jurídicos que permitan erigirle como un auténtico regulador a nivel internacional, y lo mismo ocurre con el FSB. En ambos casos -BPI y FSB- son organismos internacionales técnicos especializados en la regulación y supervisión del mercado financiero. En ellos convergen autoridades administrativas estatales de sus miembros para establecer políticas coordinadas en la materia. Esa convergencia suele recibirse posteriormente en la legislación de los miembros; pero esa recepción sólo ocurre a través del ejercicio del poder legislativo en cada una de las Naciones. Los criterios y principios en materia de supervisión resultantes del BPI y del FSB, como tales, no son vinculantes, ni fuente del Ordenamiento Jurídico de sus miembros. Tan solo son criterios que sirven para inspirar reformas legislativas subsiguientes, con la finalidad de asumir prácticas armonizadas en el contexto internacional. Por tanto, el primer defecto para poder considerarlos como supervisores internacionales es la falta de competencias para emitir un conjunto normativo aplicable exigible directamente a los sistemas financieros, sobre todo bancarios, de los Estados partícipes, y que cuente con mecanismos coercitivos para asegurar su cumplimiento, porque no cuenta con un régimen sancionador por incumplimiento en su aplicación, ya que no estamos ante normas jurídicas en sentido estricto, sino de directrices y recomendaciones. Por otro lado, en ambos casos la participación no lo es de todos los países, y aunque sí participan los países occidentales

¹⁴⁴ El G-20, reunido en Londres en abril de 2009, se comprometió a “hacer todo lo necesario para sanear el sistema financiero y reforzar la regulación financiera para que crisis como esta no vuelvan a suceder”. Se acordó en ese momento una hoja de ruta para “refundar el sistema financiero internacional”, creándose un Consejo de Estabilidad Financiera al que se encomendó la tarea de emitir recomendaciones de reformas que los distintos países se comprometían a introducir de manera coordinada en sus respectivos marcos regulatorios y de supervisión. Sin embargo, el G-20 es criticado por su poca actividad y su carácter informal (Vid. GRIFFITH-JONES, S., Y KIMMIS, J. (2002) ob. cit. “The Reform of Global Financial Governance Arrangements”).

cuyas políticas realmente marcan las tendencias internacionales, el segundo defecto para poder asumir una función mundial de supervisión es su parcialidad subjetiva¹⁴⁵.

Además, en comparación con los reguladores nacionales, que asumen funciones de carácter normativo, de inspección, de disciplina, y de intervención de entidades con la finalidad de reestructurarlas o de resolverlas (liquidarlas), en su caso, ni el FSB, ni el BPI tienen asumidas todas estas funciones, quedando limitada su actividad a emitir directrices de voluntario acogimiento por los Estados a través, en el caso del BPI, del Comité de Basilea –que normalmente son asumidas por los Estados incorporados al mismo, pero voluntariamente-, y por la Unión Europea –que también está incorporada y que suele incorporar al Derecho europeo las directrices del Comité de Basilea-¹⁴⁶, pero no tiene ninguna de las otras funciones asumidas a los reguladores nacionales. El tercer defecto para poder actuar como supervisores mundiales es el carácter limitado y unidimensional de sus funciones, y sobre todo, la falta de competencias para actuar como auténticos reguladores internacionales.

De las tres limitaciones que hemos encontrado en relación con el Comité de Basilea, dentro del Banco de Pagos Internacionales, y con el Consejo de Estabilidad Financiera, para poder actuar como supervisores internacionales desde un punto de vista global, la mayor de ellas es la falta de competencias, ya que sus actuaciones ven limitada su eficacia, a pesar de su intensa actividad de los últimos años, porque se hace depender de la buena voluntad de los Estados que participan en ellos, pero que siguen manteniendo plena soberanía sobre la materia financiera, y en cualquier momento pueden cambiar su legislación o alejarse de las directrices internacionales sin que exista responsabilidad por separarse de los criterios internacionales. Por este motivo, unido a la falta de coercitividad de los criterios o directrices que tales organismos emiten, la regulación financiera resultante tiene carácter de *soft law*¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Vid. los documentos: *Institutions represented on the Basel Committee on Banking Supervision* en <http://www.bis.org/bcbs/membership.htm>, y *Members of the Financial Stability Board* en http://www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/plenary.pdf?page_moved=1

¹⁴⁶ El conjunto normativo conocido como Basilea III, ha sido incorporado tanto en la legislación norteamericana como en Europa. En Estados Unidos, su incorporación se ha efectuado a través de la *Dodd-Frank Act* (de 2010), y en la Unión Europea se han emitido un número importante de Reglamentos y Directivas (desde el año 2009 en adelante) para regular el control de los requisitos de capital y la asunción de riesgos por las entidades. En otras partes de este trabajo se realizará el análisis más profundo del contenido de esas reformas legislativas.

¹⁴⁷ El *soft law* es un término surgido en el ámbito del Derecho Internacional para diferenciarlo de otros elementos normativos que implican plenos efectos jurídicos, puesto que los instrumentos jurídicos de

2.3.2. La falta de competencia y el *soft law*: posibles fórmulas para su superación en materia bancaria.

A pesar de que del Comité de Basilea –BPI- y del FSB –G-20- surgen criterios reguladores del sistema financiero internacional, que en una buena parte de los casos son incorporados a la normativa de los diferentes Estados, lo cierto es que, se ven afectados por la falta de competencias para que esos criterios sean exigibles –carecen de mecanismos de carácter coactivo -*enforcement*-, quedando enmarcados dentro de lo que podemos considerar *soft law*. Como manifestación de *soft law*, les falta la fuerza coactiva necesaria que se dotaría con un sistema de sanciones en caso de incumplimiento¹⁴⁸. Lo cierto es que por el momento son directrices, principios o recomendaciones, que sólo actúan como inspiración de otras normas jurídicas.

La plena eficacia de los criterios que puedan ser emitidos por estos organismos, al depender de la voluntad de los Estados partícipes, puede conllevar a que, en el futuro, los países que más incidencia tienen en los mercados internacionales adopten políticas que permitan prácticas que, en todo o en parte, se alejen de esos criterios, y que con esto se frustre la actividad reguladora de tales organismos.

soft law carecen de algunos de ellos, especialmente de las posibilidad de aplicarlo de forma coactiva y de un régimen sancionador por incumplimiento; suelen ser directrices o principios que facilitan las relaciones internacionales en materias en las que es difícil llegar a un consenso, de modo que se hace depender de la voluntad de los Estados su acogimiento en el derecho nacional de cada uno de ellos. La doctrina científica lo considera aplicación o evolución del principio de buena fe y la doctrina del *estoppel* o de los actos propios, aunque esto implicaría consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento y este efecto está muy discutido o más bien poco admitido en la actualidad. Vid. CHICHARRO A. (2013), “El carácter de *soft law* de los instrumentos internacionales sobre desarrollo sostenible” en DOMÍNGUEZ MARTÍN R. Y TEZANOS VÁZQUEZ S. (Eds.), “*Desafíos de los Estudios del Desarrollo: Actas del I Congreso Internacional de Estudios del Desarrollo*”, especialmente pág. 12 a 19, Ed. Red Española de Estudios del Desarrollo; Y también, MAZUELOS BELLIDO, A. (2004), “*Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?*”, Ed. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* nº 8-2004, disponible en www.reei.org; Vid también, ALARCÓN GARCÍA, G. (2010), “El *soft law* y nuestro sistema de fuentes”, en BÁEZ MORENO, y otros (coords.) *Libro-Homenaje del profesor Álvaro Rodríguez Bereijo*, Vol. 1, 2010 (Tomo I), Ed. Aranzadi (Navarra), págs. 271-298, en el que la autora analiza si el *soft law*, “también denominado derecho blando, derecho flexible o pre-derecho”, tiene incidencia en la formación del Derecho, y si es o no fuente del ordenamiento jurídico. Y ABBOT K.W. y SNIDAL D. (2000), “*Hard and Soft Law in International Governance*”, en *International Organization* nº 54-3, Summer 2000, págs. 421– 456, Ed. The IO Foundation and the Massachusetts Institute of Technology.

¹⁴⁸ JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (2013), *Regulación bancaria y crisis financiera*, pág. 37 y ss., Ed. Atelier (Barcelona). El autor, sin embargo, por un lado reconoce que estamos ante *soft law*, pero no carente totalmente de carácter coactivo: “Termino con el Derecho romano, que, bien mirado, es lo más moderno de todo. Explicaba el gran Modestino que las normas podían ser perfectas (si su incumplimiento tenía sanción civil), o imperfectas (si faltaba tal previsión). También estaban las pluscuamperfectas: si la sanción era penal. Los acuerdos del G-20 son, en teoría normas imperfectas (o sea, “*soft law*”). De hecho, sin embargo, más que pluscuamperfectas”.

Se ha destacado la importancia de los criterios y directrices que surgen, sobre todo, del Comité de Basilea, y de su importancia en relación con los procesos y mecanismos de supervisión eficiente, destacando los Principios Básicos de dicho Comité. En el mismo documento que recoge los principios básicos que se elaboran con la finalidad de que su aplicación sea internacional –«Los Principios Básicos conforman un marco de normas mínimas para la adecuada supervisión que se considera de aplicación universal»–, se declara el carácter voluntario de su aplicación: «Los Principios Básicos se entienden como un marco voluntario de normas mínimas sobre mejores prácticas de supervisión; las autoridades nacionales son libres de aplicar las medidas adicionales que estimen necesarias para una correcta supervisión en sus jurisdicciones»¹⁴⁹.

Lo ideal sería poder dotar, de algún modo, de carácter coactivo a las normas que surgen en este marco, para que tengan el carácter de regulación de mínimos en materia de supervisión bancaria en el ámbito internacional, para poder ser aceptados por todos los Estados a pesar de sus diferencias jurídicas, económicas, y políticas. Para conseguir esto, y siendo conscientes de que las competencias en la regulación financiera siguen siendo mantenidas por cada uno de los Estados soberanos (con la excepción de las competencias que corresponden a las Instituciones europeas en el marco de la unión bancaria, cuestión esta en la que se profundizará más adelante), en el marco internacional, la dotación de carácter coactivo a los posibles acuerdos que puedan ser aceptados como mínimo regulador del sector bancario, requiere, de entrada, acudir al mecanismo clásico de la previa cesión de soberanía en esa materia mediante un tratado o acuerdo internacional que delimite esa cesión y comprometa a cada Estado. A la vista de que el FSB tiene incorporados un número inferior de países que otros organismos, y para no duplicar la regulación internacional, lo más aconsejable sería que este organismo mantuviese las funciones que actualmente tiene atribuidas en el marco del G-20, y que la función de regulador internacional oficial fuese asumida por el Comité de Basilea -BPI-. Esta solución requiere que los Estados soberanos firmen un tratado de incorporación y se redacte una norma estatutaria de

¹⁴⁹ Vid. pág. 11 del Informe del Banco de Pagos Internacionales de diciembre de 2011 para consulta sobre reforma de los *Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz*, recuperado el 21 de agosto de 2014 en http://www.bis.org/publ/bcbs213_es.pdf

este Comité, cuestión está que cae en la esfera del Derecho Internacional Público, y tal vez sea demasiado ambiciosa por las implicaciones que tiene.

Otra posibilidad, de posible aplicación práctica, podría ser, que en lugar de resultar tan sólo directrices o principios de *soft law*, del Comité de Basilea se emitieran de forma puntual acuerdos específicos que formasen un conjunto normativo internacional. Esto requeriría que, dado que el Comité de Basilea es una asociación internacional de autoridades administrativas del sector financiero (especialmente del bancario), que se caracterizan por su tecnicismo, es decir, como agencias especializadas en la regulación y supervisión del mercado financiero¹⁵⁰, estas autoridades acordasen actuar en el marco de sus competencias, estando previamente habilitadas por sus respectivos Estados para esto mediante una ley aprobada a tal efecto, como ejercicio para reforzar su independencia política, insertándose en un sistema internacional de supervisores autorregulados a ese nivel. Realmente, si en el respectivo estatuto de cada uno de los Bancos Centrales o supervisores nacionales equivalentes, se configurasen como órganos totalmente independientes y se les autorizara a su incorporación en asociaciones internacionales con plenos efectos jurídicos, y con posibilidad de que fueran competentes para comprometer a su respectivo Estado en el marco de sus competencias de supervisión, las cuales deberían ser previamente delimitadas por la ley que les habilitase, no sería necesario acudir al tradicional Derecho Internacional Público, sino a un concepto mucho más innovador que es el del Derecho Administrativo *Internacional o Global*¹⁵¹. Este concepto surge recientemente de las tensiones entre la realidad conformada por una situación en la que los mercados son internacionales y los problemas que generan están globalizados, y la inexistencia de gobernanza internacional que les dé respuesta. Como consecuencia de problemas jurídicos globales no regulados surge la necesidad de un desarrollo global del Derecho administrativo¹⁵², pero es más, la mejora de la calidad institucional

¹⁵⁰ ZUNZUNEGUI F. (2008), ob cit. "La regulación jurídica internacional del mercado...", pág. 7.

¹⁵¹ Dentro de este Derecho Administrativo Internacional o Global se suele incluir, de momento, el régimen jurídico interno de la ONU, FMI, BM, OMC, que se extiende a la contratación y régimen de su propio personal, a los aspectos organizativos de los tribunales en los que se solucionan sus propios conflictos, y al conjunto de normas que emiten para regular diferentes sectores (medio ambiente, transporte, comunicaciones, sector financiero, etc.).

¹⁵² KETTL, D. F. (2000), ob. cit. "The Transformation of Governance: Globalization,...", págs. 488-497. Se destaca en este artículo que, como consecuencia de la evolución globalizada de las realidades en las que los poderes públicos deben intervenir, los organismos públicos correspondientes se ven abrumados con

que siempre ha preocupado al Derecho administrativo, es ahora un problema no sólo interno de cada país, sino global, pudiendo resultar que la respuesta a esa mejora institucional pueda estar, en parte, en la dimensión internacional o global del Derecho administrativo¹⁵³.

En ese nuevo Derecho administrativo global uno de los retos iniciales es la armonización de las tradiciones legales administrativas de los sistemas del *Common law* y los sistemas civilistas¹⁵⁴. En el ámbito de la supervisión financiera existen, además, otras muchas cuestiones que armonizar, como por ejemplo, los efectos de la estandarización de la actividad de supervisión según los diferentes sistemas o modelos de regulación financiera acogidos en cada país, o las tradiciones más o menos intervencionistas o liberales de regulación económica, o en su caso, de desregulación o de autorregulación; diferencias que han sido tratadas en los epígrafes anteriores, y que, hasta ahora han sido decisivas en la configuración de la actividad supervisora de cada Estado. Pero esas diferencias en supervisión, especialmente en lo esencial, que es el contenido de la supervisión prudencial, ponen en peligro los sistemas nacionales por la interconexión de los mercados, en relación con el fenómeno del *shadow banking*, que siempre existirá como consecuencia de la innovación financiera y de los avances tecnológicos que la favorecen.

Tal vez por esta vía se podría superar el carácter “blando” de las normas de supervisión prudencial de los reguladores internacionales, de modo que adquiriesen carácter coercitivo –*enforcement*–, aunque para conseguir esto es necesario que se cuenten con ciertas herramientas como un sistema de sanciones, un procedimiento administrativo, y una estructura orgánica administrativa y judicial contencioso-administrativa aplicable en el plano internacional. En la actualidad, dado que los organismos que desarrollan algunas funciones de supervisión bancaria en el plano

nuevas responsabilidades pero sin la capacidad para gestionarlas: “*government at all levels has found itself with new responsibilities but without the capacity to manage them effectively*”. Por capacidades podemos entender competencias y/o estructuras organizativas, según los casos.

¹⁵³ AMAN A. C., (2003) “Globalization, Democracy and the need for a new Administrative Law” en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 10, nº 1, págs. 125-150. Recuperado el 15 de noviembre de 2014 en www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol10/iss1/6. Y también, CASSESE S., (2002) “El espacio jurídico global” *Revista de Administración Pública* nº 157, págs. 11-26.

¹⁵⁴ SANCHEZ-BADIN, M. R. (2010), (2010) “El proyecto derecho administrativo global: Una reseña desde Brasil”, *Revista de Derecho Público* nº 24, marzo de 2010, Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, pág. 10. Recuperado el 21 de agosto de 2014 en http://works.bepress.com/michelle_sanchez-badin/12

internacional (pensamos en el Banco de Pagos Internacionales), realmente, como hemos visto, son reuniones o asociaciones de carácter técnico de los supervisores nacionales, lo más sencillo para llegar a conseguir algo parecido a esas herramientas necesarias de *enforcement*, en una primera fase, podría ser a través de una adaptación de la figura de la autorregulación financiera internacional, ya que se cumplen los requisitos de ser una asociación de carácter técnico (aunque no privada, sino pública en su mayoría), y adoptando los mecanismos coercitivos de los sistemas de autorregulación privados se podría conseguir en el marco de la supervisión internacional mucho más que simple *soft law*, incluso se puede complementar ese sistema de autorregulación internacional en lo referente a su carácter coercitivo, incorporando un sistema de solución de conflictos en caso de incumplimiento, que en esa primera fase sea de carácter autocompositivo, precisamente a través de otro mecanismo de posible nueva aplicación en el Derecho Administrativo, como es la mediación administrativa¹⁵⁵.

Este modelo que podría acogerse a nivel internacional como manifestación de ese Derecho administrativo global utilizando mecanismos privados de solución de conflictos, realmente estaría siguiendo los pasos y el modelo, ya iniciados en la Unión Europea por la Autoridad Bancaria Europea (en adelante, ABE) creada en el contexto de la unión bancaria, que tiene finalidad normativa, de armonización en cuanto a la supervisión prudencial de los Estados miembros y de solución autocompositiva de conflictos de supervisión (ex artículos 1.5, 19 y 31.c) del Reglamento (UE) nº 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010 por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión. La ABE, desde el punto de vista organizativo, es un organismo de la Unión Europea que actúa con independencia y tiene personalidad jurídica propia (artículos 5, 42, 46, 49, 50, 52, 59, 70 y considerando nº 59 del Reglamento (UE) nº 1093/2010). Sin embargo, la actividad de la ABE también necesita, por ahora, de apoyos externos para conseguir ese *enforcement* a través de la Comisión Europea, de modo que sin la implicación de las Instituciones europeas, y

¹⁵⁵ La incorporación de la mediación administrativa se promueve desde la Unión Europea. La Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, regula el acceso a la justicia, tanto a métodos judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios especialmente refiriéndose a procedimientos de mediación en litigios transfronterizos.

dejando al margen sus funciones de mediación, y algunas decisiones que sí puede adoptar revisables en su Sala de recurso (en vía administrativa) y recurribles ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –ex art. 58 a 61-, la Autoridad emite normas de *soft law* en lo referente a las normas técnicas, configurándose también como un órgano consultivo independiente de la Comisión, del Consejo y del Parlamento –ex considerando nº 45 del Reglamento (UE) nº 1093/2010-, de los que sí emanarán normas jurídicas con plenos efectos *-hard law-*.

El sistema iniciado por la ABE se podría seguir a nivel internacional, pero superando los defectos de la misma (le faltan competencias para ser un auténtico regulador, y por el momento esas competencias residen en las Instituciones europeas). Podemos afirmar que la ABE se ha quedado a mitad camino para ser un auténtico supervisor, ya que dentro de la unión bancaria asume cierto papel regulador, pero necesita de otros organismos e Instituciones, como más adelante analizaremos. A pesar de todo, el sistema adoptado por la ABE, mejorándolo, se puede seguir parcialmente, en la configuración de un regulador bancario internacional.

2.3.3. *La globalización financiera: ¿El fin de la desregulación?*

2.3.3.1. La incidencia de la crisis económica de 2007-2008 en la regulación de los mercados financieros.

Como consecuencia de la última crisis bancaria, la tendencia actual es la mayor regulación de los mercados financieros, y el aumento de regulación se produce no sólo en países en los que existe una tradición más intervencionista, sino también en aquellos en los que durante las últimas décadas han mantenido políticas económicas muy liberales. Antes de iniciarse la crisis de 2007-2008, se había destacado que como consecuencia del fenómeno de la globalización financiera, las prácticas de administración de los riesgos a nivel mundial tenderían a la estandarización¹⁵⁶, siendo esencial que a nivel global se adoptasen regulaciones que fomentasen la transparencia

¹⁵⁶ Vid. STIGLITZ, J.E. (2004), *Los felices noventa*, pág. 214, Ed. Taurus, México, al que hacen referencia RUIZ, VÁSQUEZ y NUÑEZ (2006) en “Efectos de la globalización financiera en la administración y regulación de riesgos bancarios en México”, *Contaduría y Administración* (Universidad Autónoma de México), nº 219 (mayo-agosto), pág. 123. Recuperado el 30 de mayo de 2014 en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=39521905>

con el fin de reducir potenciales conflictos de intereses y los efectos perversos del fenómeno.

Actualmente ya se han manifestado algunos de esos efectos perversos del sistema, y nos encontramos en un momento de transición de la regulación bancaria, en el que la tendencia más destacada es la mayor regulación de la actividad, sobre todo de la limitación y gestión de riesgos de insolvencia. Esto supone que incluso, en relación con los sistemas de autorregulación haya necesidad de fijar unos mínimos estratégicos de regulación comunes a nivel mundial. Tales medidas presentan de entrada dos puntos de interés: el primero de ellos es la expansión del concepto de supervisión prudencial como núcleo de la actividad supervisora (cuestión esta que por su importancia práctica debe ser tratada en un epígrafe separado), y el segundo de ellos es que, desde un punto de vista global, se advirtió antes de la crisis que, si bien es imprescindible la existencia de una estandarización de las normas reguladoras de la administración de riesgos bancarios –que es lo que se pretende con la regulación de la supervisión prudencial-, es esencial, tener en cuenta en ese proceso las prácticas estadounidenses, no para hacer una total adaptación de la regulación de los demás países a la norteamericana, pero sí para tener en cuenta que en sus mercados financieros existían, ya antes de la última crisis, prácticas especulativas que no podían ignorarse por su incidencia en los mercados internacionales¹⁵⁷, dando lugar a una importante reforma normativa en materia financiera.

2.3.3.2. La Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act de los Estados Unidos y la Volker Rule como paradigma de regulación en un sistema de tradición desreguladora.

A pesar de que no faltan opiniones, que consideran que las causas de la crisis son controvertidas¹⁵⁸, son muchas las voces que sitúan el origen de la crisis financiera a nivel internacional en Estados Unidos, en el año 2007, jugando un papel determinante en todo ello los denominados *hedge funds*, siendo estos un tipo de inversión de gran

¹⁵⁷ Vid. STIGLITZ, J.E. (2004), *Los felices noventa*, pág. 214, Ed. Taurus, México, al que hacen referencia RUIZ, VÁSQUEZ y NUÑEZ (2006) ob. cit. “Efectos de la globalización financiera...”, pág. 123.

¹⁵⁸ VEGA SERRANO J.M., ob. cit. *La regulación bancaria...*, pág. 262

incidencia en los mercados financieros¹⁵⁹, que, por no formar parte de la actividad originaria de la banca de crédito, estaban fuera de la necesaria regulación¹⁶⁰. En Estados Unidos, a raíz de estos hechos, la separación de la actividad de crédito (estrictamente bancaria) y de la de inversión (más típica del sector del mercado de valores), se ha implantado, no sin cierta polémica, en la Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act de 5 de enero de 2010, a través de la Volcker Rule que se introdujo posteriormente como enmienda a esta ley¹⁶¹. Este fenómeno cuenta con un antecedente en el mismo Derecho norteamericano, puesto que, tras la caída bursátil de 1929, se reguló de forma incipiente esta situación, impidiendo que los bancos pudieran, simultáneamente, recibir depósitos y actuar como aseguradores en la colocación de títulos de deuda¹⁶². Sin embargo, décadas después, una ley de 1999¹⁶³ permitió que una misma sociedad *holding* –o grupo de bancos-, poseyese un banco y un *investment bank* –o entidades de inversión-, de modo que las entidades gestoras de los grandes bancos comerciales de Estados Unidos, crearon sus propios *investment banks*¹⁶⁴, desapareciendo tal separación y trasladándose los riesgos acumulados allí, y potenciados por la innovación financiera desregulada¹⁶⁵, a los mercados financieros de otros países, como consecuencia de la interconexión de los mercados y de la globalización¹⁶⁶.

¹⁵⁹ VARELA PANACHE M. y VARELA PANACHE F. (2008), “La actual crisis financiera y los Hedge funds”, en *Revista de Economía Mundial nº 18*, pág. 169.

¹⁶⁰ VIVES, X. (2010), ob. cit. “La crisis financiera y la...”, págs. 5 y 6, y 13. Y, GONZÁLEZ MOTA E. y MARQUÉS SEVILLANO J.M., (2010), “Dodd-Frank Wall Street Reform...”, pág. 73.

¹⁶¹ Inicialmente no incorporada a la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de 2010, esta regla propuesta por Paul Volcker se incorpora tras ser aprobada en diciembre de 2013, para su aplicación a partir de abril de 2014.

Vid. “Regulators Vote to Back Volcker Rule”, *Wall Street Journal*, 10 December 2013. Disponible en <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702303560204579249732841592834>

¹⁶² Mediante la *Glass-Steagall Act* de 1933 se realizó en EEUU una importante reforma bancaria consecuencia de la crisis económica de 1929, que pretendía controlar la especulación, mediante la total separación de las actividades de banca de depósito y banca de inversión, limitando en consecuencia el tamaño de los bancos estadounidenses. La ley fue muy criticada y derogada finalmente en 1999 por la *Gramm–Leach–Bliley Act* (GLB), conocida también como la Ley de Modernización de los Servicios Financieros (*Financial Services Modernization Act*). Tras la crisis de 2007, los expertos economistas y políticos se plantearon la necesidad de volver a instaurar una normativa semejante, introduciéndose en Estados Unidos en el año 2014, y estando en ese momento, en debate su incorporación al Derecho Europeo.

¹⁶³ Esta ley fue la *Gramm–Leach–Bliley Act* (GLB), conocida también como la Ley de Modernización de los Servicios Financieros (*Financial Services Modernization Act*).

¹⁶⁴ VARELA PANACHE M. y VARELA PANACHE F. (2008), ob. cit. “La actual crisis...”, p.172.

¹⁶⁵ ESTRADA D. y GUTIERREZ J. (2009), ob. cit. “*Supervisión y regulación...*”, pág. 58.

¹⁶⁶ ZUNZUNEGUI F. (2008), ob. cit. “La regulación jurídica internacional del mercado...”, pág. 1.

La última crisis mundial ha propiciado importantes cambios regulatorios en Estados Unidos, de hecho, con la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, se cambia de nuevo el rumbo de la regulación bancaria tendente a una mayor liberalización de los mercados que se había iniciado a finales del siglo XX. Por este motivo, es necesario hacer un análisis separado de los principales cambios que la misma introduce, ya que la influencia de Estados Unidos en un sistema financiero globalizado es grande y, al ser este un país de tradición desreguladora, este cambio de tendencia influirá en las medidas que se adopten en otros países¹⁶⁷.

Realmente la reforma norteamericana intenta conseguir los mismos objetivos que otros países y la propia Unión Europea persiguen con sus reformas normativas de los últimos años, pero en el Derecho norteamericano el cambio es más relevante porque modifica la intervención estatal en la actividad e incluso modifica su estructura organizativa de control. Los principales objetivos que se persiguen son la simplificación de su organización institucional de supervisión lo que conlleva una asignación de competencias más claras a los órganos que asumen la función de control, la adopción de medidas de intervención y resolución de entidades sistémicas, la implantación de mecanismos que permitan que el coste de los rescates bancarios no sea soportado por los contribuyentes, el incremento de la transparencia de la actividad bancaria imponiendo obligaciones y controles a los operadores del mercado con la finalidad de lograr mayor protección de los consumidores-depositantes-inversores, el mayor control de la solvencia de las entidades, y la incorporación de incentivos a largo plazo para evitar la formación de burbujas y actividades especulativas¹⁶⁸.

También, ARESTIS, P., (2003) "Financial Globalization and regulation", pág. 1, Working Paper nº 397, Ed. The Levy Economics Institute of Bard College (New York), Recuperado el 30 de mayo de 2014 de <http://www.levyinstitute.org/pubs/wp397.pdf>

¹⁶⁷ Destacando su incidencia en la regulación mundial, se ha afirmado que «Esta legislación despeja en gran medida la incertidumbre regulatoria que existía en ese país y condicionará, sin duda, el debate internacional en torno a las medidas que se deben adoptar...», Vid. GONZÁLEZ MOTA E. y MARQUÉS SEVILLANO J.M. (2010), ob. cit. "Dodd-Frank Wall Street Reform...", pág. 73.

¹⁶⁸ Así se recoge en la misma ley (en su propio encabezamiento, pág. 1): «An Act...To promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system, to end *too big to fail*, to protect the American taxpayer by ending bailouts, to protect consumers from abusive financial services practices, and for other purposes» (Una ley para promover la estabilidad financiera de los Estados Unidos mejorando la solvencia y la transparencia del sistema financiero, para terminar con el "demasiado grande para quebrar", para proteger al contribuyente americano terminando con los rescates, para proteger a los consumidores de los prácticas abusivas de los servicios financieros, y para otros propósitos). Vid. también GONZÁLEZ MOTA E. y MARQUÉS SEVILLANO J.M. (2010), ob. cit. "Dodd-Frank Wall Street Reform...", pág. 74-75.

Desde el punto de vista institucional, anteriormente el reparto de competencias entre agencias reguladoras estatales y federales había dado lugar a gran imprecisión desde el punto de vista de la titularidad de competencias supervisoras, sobre todo, porque la innovación financiera estuvo generando nuevos productos que en el sistema anterior no quedaban sujetos al control de ninguna de las agencias reguladoras. Los intereses públicos respecto a los que se crearon riesgos por defectos de supervisión fueron tanto la estabilidad financiera, como la debida protección de los consumidores-depositantes-inversores. En consecuencia, con la nueva ley se crean el Consejo de Estabilidad Financiera y la Agencia de Protección al Consumidor. El Consejo de Estabilidad Financiera (*Financial Stability Oversight Council*, sec. 111-123 de la ley) tiene por finalidad la supervisión de la estabilidad sistémica, y está integrado por los máximos responsables de los otros supervisores con competencias parciales y sectoriales¹⁶⁹. Además se delimitan las competencias de los supervisores y se elimina la *Office of Thrift Supervisor* (OTS), que asumía la supervisión y regulación de entidades mutualistas quedando asumidas sus competencias por algunos de los otros supervisores sectoriales o parciales. La Agencia de Protección al Consumidor (*Investor Advisory Committee*, sec. 911-919) se crea como agencia dentro de la Reserva Federal que ve incrementadas, además, sus funciones supervisoras, pero limitada su discrecionalidad para la concesión de rescates bancarios, que requieren ahora autorización previa del Departamento del Tesoro. A pesar de que la Reserva Federal tiene asumidas algunas de las principales funciones que se asumen por los Bancos Centrales en otros países¹⁷⁰, este organismo es realmente una entidad privada

¹⁶⁹ Está formado por: el Secretario de Estado del Tesoro (que asume la presidencia), y los máximos responsables de la Reserva Federal, Office of the Comptroller of the Currency (OCC), Bureau of Consumer Financial Protection (CFP), Securities and Exchange Commission (SEC), Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC), Commodities Futures Trading Commission (CFTC), Federal Housing Finance Agency (FHFA) National Credit Union Administration (NCUA), Office of Financial Research (OFR), Federal Insurance Office (FIO), Comisionado Estatal de Seguros, Comisionado Estatal de Supervisión Bancaria, Comisionado Estatal de Valores.

¹⁷⁰ Además de otras funciones relativas a la política monetaria, desde el punto de vista de supervisión financiera, tiene atribuida la regulación de los grupos de entidades bancarias, grupos de entidades financieras, y los grupos de entidades de ahorros y préstamos (también mutualidades -*Thrift*), y los Bancos con licencia estatal miembros del Sistema de la Reserva Federal. Las demás entidades quedan supervisadas por la OCC - *Office of the Comptroller of the Currency*- si son Bancos con licencia federal o *Thrifts* con licencia federal, por la FDIC - *Federal Deposit Insurance Corporation*- si son Bancos con licencia estatal no miembros del Sistema de la Reserva Federal o *Thrifts* con licencia estatal (que formen parte de la FDIC), por la NCUA - *National Credit Union Administration*- si son Cooperativas de crédito, y por la FHFA -*Federal Housing Finance Agency*- si son Agencias de titulación hipotecaria.

teóricamente independiente¹⁷¹ en la que participan los poderes públicos mediante la designación de los miembros de su Consejo de Gobernadores, ya que estos son designados por el Presidente de los Estados Unidos, y esta designación debe ser confirmada en el Senado¹⁷². De este modo, el mismo sistema de la Reserva Federal es un ejemplo de supervisor privado con participación pública, es decir, de sistema autorregulado pero con control público incorporado.

Además, una de las finalidades más relevantes de la ley consistente en mejorar la protección del consumidor creando una agencia ejecutiva dependiente de la Reserva Federal, como es el *Investor Advisory Committee*, es de gran importancia. Este hecho es relevante porque cambia el patrón tradicional en materia de supervisión en Estados Unidos, que ya se había recogido en la propuesta contenida en el “Libro Blanco del Tesoro”¹⁷³. Su justificación reside en tratar de conceder mayor protección a los consumidores frente a las prácticas “predatorias” utilizadas con los “clientes con menor cultura financiera”¹⁷⁴. Esto es novedoso, y demuestra una toma de consciencia del legislador de que existen intereses públicos en las actividades financieras, que requieren protección pública directa, lo que nos hace pensar en una aproximación al modelo de supervisión continental, que bien se puede calificar como histórica. Desde el momento en que se reconoce que el interés del consumidor-depositante-inversor es un bien público que debe ser objeto de protección, aunque sea como manifestación de las *public utilities*, se justifica en mayor medida la intervención estatal en la actividad de supervisión financiera en Estados Unidos, y justifica la limitación de la libertad de empresa acercándose a la regulación seguida por los Estados con tradición latina, frente al sistema anterior que trataba de implantar normas de liberalización económica casi absoluta.

¹⁷¹ En diversas ocasiones se ha criticado la falta de independencia, y muy especialmente la influencia de los propios operadores del mercado del crédito. En relación con los defectos de independencia vid. CARGILL T.F. Y O’DRISCOLL G.P. Jr. (2014) “Federal Reserve Independence: Reality or Myth?”, *Cato Journal*, Vol. 33, Nº3 (Fall 2013), págs. 417-435, recuperado el 30 de mayo de 2014.

¹⁷² Así consta en la nota informativa publicada en la página web de la Reserva Federal: “*Who are the members of the Federal Reserve Board, and how are they selected?*” (en http://www.federalreserve.gov/faqs/about_12591.htm)

¹⁷³ Vid. “Financial Regulatory Reform. A New Foundation: Rebuilding Financial Supervision and Regulation”, Informe del Departamento del Tesoro de EEUU de 2009, sobre el que se ha desarrollado la reforma. Disponible en http://www.treasury.gov/initiatives/Documents/FinalReport_web.pdf

¹⁷⁴ VEGA SERRANO, J.M. (2013), “La regulación bancaria española”, en MUÑOZ MACHADO Y VEGA SERRANO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica (Vol. X, Sistema Bancario)*, pág. 144, Ed. Iustel, Madrid.

Lo que nos debemos plantear a la vista de ella es si será definitiva, o si regula medidas provisionales adoptadas como consecuencia de los efectos de la crisis. No hay que olvidar que anteriormente se había limitado la actividad de crédito con la *Glass-Steagall Act* de 1933, y que posteriormente se eliminaron las limitaciones en 1999; tal vez ahora, la incorporación de una mayor protección del consumidor evite la liberalización excesiva de la actividad. Lo deseable sería que tuviera carácter de permanencia y muy posiblemente esto facilitaría en gran medida, la superación de algunos retos que se aprecian en la situación actual en la regulación internacional, pues sirven de base para unificar los aspectos mínimos de la supervisión a nivel global porque aproximan los sistemas anglosajón y continental, siendo esto esencial desde la óptica de las perspectivas de futuro en la regulación de los mercados internacionales.

Desde el punto de vista del control de la actividad, con la nueva regulación, se introducen mecanismos para controlar la solvencia de las entidades¹⁷⁵, y limitar la actividad desarrollada a través de la denominada *Volcker Rule*, que impone que las entidades bancarias no pueden realizar operaciones por cuenta propia ni apadrinar *hedge funds* o fondos de capital-riesgo¹⁷⁶.

Por otro lado, aunque relacionadas con la actividad financiera general, no exclusivamente bancaria, se introducen otras reformas como la sujeción de las agencias de calificación crediticia al control de la *Securities Exchange Commission* (en adelante, SEC), que controlará la metodología de aquellas en la calificación de los riesgos, con intención de evitar la existencia de conflictos de intereses con las entidades auditadas y la escasez de transparencia de los resultados obtenidos mediante la publicación del grado de aciertos en las valoraciones encomendadas¹⁷⁷.

A pesar de todo, la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, y el cambio regulatorio que supone, ha recibido ciertas críticas, aunque las mismas

¹⁷⁵ Se incluye la que se ha denominado “enmienda Collins”, por la cual los requerimientos de capital para las entidades sistémicas no podrán ser menores que los del resto de entidades ni inferiores a los que existían antes de la reforma. En este sentido, se excluyen las acciones preferentes de la definición de la ratio de capital Tier 1. Se impone también la obligación de realizar pruebas de resistencia internas por la entidad y externas por la Reserva Federal (son los llamados *stress tests*, también aplicados por la incidencia de los acuerdos de Basilea III en los países de la Unión Europea que forman parte de la eurozona).

¹⁷⁶ GONZÁLEZ MOTA E. y MARQUÉS SEVILLANO J.M. (2010), ob. cit. “Dodd-Frank Wall Street Reform...”, pág. 80.

¹⁷⁷ GONZÁLEZ MOTA E. y MARQUÉS SEVILLANO J.M. (2010), ob. cit. “Dodd-Frank Wall Street Reform...”, pág. 80.

deben ser contempladas en el contexto del pensamiento económico liberal norteamericano del que surgen. En concreto, se ha criticado que la desregulación anterior a la crisis y que se ha considerado como uno de los factores que la han propiciado es sólo un mito, siendo la crisis el resultado del funcionamiento de los mercados, de modo que la regulación que se acoge en la nueva norma se ha considerado por algunos excesiva, entendiendo que existe ahora un sistema sobre-regulado o excesivamente regulado¹⁷⁸. De hecho, se ha criticado la extensión de la norma¹⁷⁹ y que la misma no va destinada a los ciudadanos en general, sino que va dirigida a los poderes públicos para que, en desarrollo de la misma, creen más regulación¹⁸⁰.

Se ha criticado también que el propósito de esta norma de eliminar el riesgo moral de la actividad mediante la eliminación del *too big to fail*, no llegará a ser exitoso, y no eliminará totalmente el riesgo moral, porque se ha considerado por algunos expertos en materia económica que, aunque esta regulación expande la red de seguridad del poder público, no elimina el problema del riesgo moral que no se encuentra confinado en el *too big to fail*¹⁸¹.

La reforma estadounidense incorpora grandes cambios en materia de supervisión financiera que, como se verá, en parte sigue los criterios internacionales acordados en el seno del G-20 y Basilea III, pero que, para ser exitosos en su resultado, dada la globalización de los mercados es necesario un seguimiento semejante a nivel mundial. En este sentido, se aprecia que la nueva regulación en EEUU incorpora algunas cuestiones que siguen discutiéndose en otros países y en la Unión Europea; hace falta más coordinación internacional que respalde esta iniciativa¹⁸².

De todos modos, desde el punto de vista del control de los niveles de solvencia, y algunas otras cuestiones que, incluso siendo organizativas de los operadores del mercado, inciden en la generación de riesgos de iliquidez o de insolvencia, sí que se

¹⁷⁸ ALLISON, J. A. (2014), ob. cit. "Market discipline beats...", pág. 347.

¹⁷⁹ Concretamente el hecho de que se ha pasado de tener una regulación mínima de unas 30 páginas (extensión media de las normas anteriores en la materia), a 848 páginas de extensión. DOWD K. y HUTCHINSON M., (2014), ob. cit. "How Should Financial Markets...", pág. 369.

¹⁸⁰ DOWD K. y HUTCHINSON M., (2014), ob. cit. "How Should Financial Markets...", pág. 370.

¹⁸¹ PLOSSER, C.I., (2013), "Fed Policy: Good Intentions, Risky Consequences", *Cato Journal*, Vol. 33, Nº3 (Fall 2013), pág. 350, recuperado el 30 de mayo de 2014 en <http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/cato-journal/2013/9/cjv33n3-3.pdf>

¹⁸² GONZÁLEZ MOTA E. y MARQUÉS SEVILLANO J.M. (2010), ob. cit. "Dodd-Frank Wall Street Reform...", págs. 82-83.

puede afirmar que, en general, se están adoptando a nivel internacional (tanto en EEUU, como en UE), los estándares y principios regulatorios que surgen del Comité de Basilea, siendo un elemento esencial, a estos efectos, la configuración del contenido de la supervisión prudencial.

2.3.3.3. La noción actual del concepto de supervisión prudencial.

Desde el año 2009 en adelante, hemos asistido a un proceso en el que la regulación bancaria se ha expandido tratando de cubrir todas las posibles lagunas y remendar los posibles defectos del sistema anterior. En este sentido, puede afirmarse que la expansión del concepto de supervisión prudencial ha sido la base de ese proceso¹⁸³, pues este concepto se debe considerar como piedra angular de la actividad pública de regulación bancaria.

La ampliación de la supervisión prudencial se ha producido en tres niveles, el internacional, el europeo, y también en la legislación interna de cada Estado miembro. En cierto modo, y a pesar de que la regulación internacional se forma por normas de *soft law*, su incorporación al Derecho de la Unión Europea transforma ese *soft law* en *hard law* para los Estados miembros, de ahí que también debamos mencionar la esfera internacional, porque es allí donde se encuentra el origen de los actuales estándares de regulación prudencial bancaria que se acogen en la UE.

En el marco internacional, los nuevos estándares de solvencia derivan de los acuerdos realizados en el marco del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea¹⁸⁴, siguiendo una evolución que parte del primer acuerdo de estándares de capital conocido como Basilea I -"Convergencia internacional de medidas y estándares de capital", firmado en 1988- y que exigía a los bancos internacionales que mantuvieran un capital mínimo total equivalente al 8% de los activos ajustados al riesgo, que se ampliaron en los acuerdos de Basilea II (publicados en 2004), en el sentido de incluir algunos riesgos no considerados anteriormente derivados no sólo del crédito, sino

¹⁸³ Para una visión más detallada de la expansión del concepto de supervisión prudencial, vid. nuestro trabajo anterior LARA ORTIZ M.L. (2016), "La expansión actual del contenido de supervisión prudencial en el marco internacional, en la Unión Bancaria, y en la Ley 10/2014, de 26 de junio; perspectivas de futuro", en ALONSO LEDESMA C. (Dir.), *Hacia un sistema financiero de nuevo cuño: reformas pendientes y andantes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 343-377.

¹⁸⁴ Forman parte del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea representantes de autoridades de supervisión bancaria y bancos centrales de Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Corea, España, Estados Unidos, Francia, Hong Kong RAE, India, Indonesia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, los Países Bajos, el Reino Unido, Rusia, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Turquía.

también de posibles pérdidas procedentes de cambios de precio en el mercado (entre otros, riesgos por modificaciones de tipos de interés, tipo de cambio, etc.)¹⁸⁵, hasta llegar a la actualidad, dónde el mayor problema que se contempla es cómo dar solución a las posibilidades de contagio frente a riesgos sistémicos, como consecuencia de la globalización financiera¹⁸⁶. Con esta finalidad, en diciembre de 2010 se publicaron los acuerdos de Basilea III, “Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios”, posteriormente revisados en 2011, que se complementan con los acuerdos de Basilea III, “Marco internacional para la medición, normalización y seguimiento del riesgo de liquidez” (también de diciembre de 2010), y después se publicó otro documento, Basilea III: “Coeficiente de cobertura de liquidez y herramientas de seguimiento del riesgo de liquidez” (enero de 2013)¹⁸⁷.

Anteriormente, en julio de 2009, el Comité había introducido una serie de medidas para reforzar las normas de 1996 que regían el capital de la cartera de negociación y mejorar los tres pilares del marco de Basilea II¹⁸⁸. Este marco reconoció a la regulación internacional el carácter de «prudencial, no intrusiva, sin menoscabar la capacidad de cada entidad de desenvolverse en el mercado según su criterio»¹⁸⁹. Por este motivo, el elemento esencial de la regulación bancaria de Basilea, sigue siendo la determinación y control del ratio de capital por activos ponderados por riesgo, pero en

¹⁸⁵ En esta fase se contemplaba como pieza esencial de la disciplina de mercado la quiebra de los ineficientes, por sus “inaceptables” repercusiones sociales y económicas. Vid. La quiebra de los ineficientes realmente viene referida a la máxima *too big to fail*. Vid. GUTIERREZ LÓPEZ, C. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ J.M. (2006), “Evolución del proceso de regulación bancaria hasta Basilea-2: Origen, características y posibles efectos” en *Pecunia*, nº 2-2006, pág. 23-63. Recuperado el 20 de julio de 2014 en <http://revpubli.unileon.es/ojs/index.php/Pecunia/article/view/734>

¹⁸⁶ El G-20 en una declaración de 2 de abril de 2009 sobre el fortalecimiento del sistema financiero, hacía referencia a la importancia de adoptar medidas coherentes a escala internacional que reforzaran la transparencia, la rendición de cuentas y la normativa, incrementando, para ello, la cantidad y calidad del capital del sistema bancario europeo una vez afianzada la recuperación económica. Posteriormente, estas medidas incidieron en el marco regulador Basilea III.

¹⁸⁷ “Basilea III: Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios” (2010), Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, Ed. Banco de Pagos internacionales, disponible en http://www.bis.org/publ/bcbs189_es.pdf; “Basilea III: Marco internacional para la medición, normalización y seguimiento del riesgo de liquidez” (2010), Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, Ed. Banco de Pagos internacionales, disponible en http://www.bis.org/publ/bcbs188_es.pdf; y “Basilea III: Coeficiente de cobertura de liquidez y herramientas de seguimiento del riesgo de liquidez” (2013), Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, Ed. Banco de Pagos internacionales, disponible en http://www.bis.org/publ/bcbs238_es.pdf.

¹⁸⁸ Vid. Enhancements to the Basel II framework (julio 2009), en www.bis.org/publ/bcbs157.htm.

¹⁸⁹ MINGUEZ HERNANDEZ, F., (2011) “La estructura del nuevo marco prudencial y supervisor: hacia Basilea III”, pág. 1, publicado en Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, recuperado el 21 de agosto de 2014 en www.cuatrecasas.com/media_repositorydocsespla_estructura_del_nuevo_marco_prudencial_y_supervisor_hacia_basilea_iii_948.pdf

las normas más recientes se endurecen los criterios anteriores, y se introducen aspectos de control no estrictamente microprudenciales, sino macroprudenciales «para contener los riesgos sistémicos derivados de la prociclicidad y de la interconexión entre instituciones financieras»¹⁹⁰, circunstancias que multiplican el carácter sistémico de esos riesgos.

Como consecuencia de lo anterior, la importancia del concepto de supervisión prudencial en el marco de la Unión Europea se ha multiplicado exponencialmente desde el año 2009, debiendo ser contemplado como pieza clave de la unión bancaria. Este concepto no era desconocido para el acervo europeo antes de la crisis, ya que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en su artículo 127.6 (anterior artículo 105 TCE), contemplaba la posibilidad de que el Consejo, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo y al Banco Central Europeo (en adelante, BCE), pudiesen encomendar a este último, tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y otras entidades financieras, con excepción de las empresas de seguros¹⁹¹. Esta posibilidad es la que ha sido objeto de desarrollo en un conjunto normativo que se basa en la supervisión prudencial de los reguladores integrados en la unión bancaria (en adelante, UB) siendo esencial, a estos efectos, el Reglamento (UE) nº 1024/2013 del Consejo de 15 de octubre de 2013 que crea el Mecanismo Único de Supervisión (en adelante, MUS). Con el MUS, se pretende garantizar la aplicación coherente y eficaz de la política de la UB en materia de supervisión prudencial de las entidades de crédito, y que el código normativo único de los servicios financieros¹⁹² se aplique de manera homogénea a las entidades de crédito de los Estados miembros de la zona del euro (necesariamente) y de los Estados miembros no pertenecientes a dicha zona que opten por participar en el MUS (convenientemente) y que estas entidades de crédito sean objeto de una supervisión de la máxima calidad.

¹⁹⁰ Vid. Basilea III: Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios (2010), Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, pág. 2, Ed. Banco de Pagos internacionales.

¹⁹¹ También el artículo 25 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales, contemplaba esta posibilidad.

¹⁹² En relación con el Código normativo único de los servicios financieros, hay que destacar el papel de la Autoridad Bancaria Europea (en adelante, ABE) conforme al Reglamento UE 1093/2010. La atribución de funciones de supervisión al BCE debe ser coherente con el marco del Sistema Europeo de Supervisión Financiera establecido en 2010.

El contenido de la supervisión prudencial se determina en la UB por un conjunto normativo que resulta tanto de normas europeas como de las nacionales de cada Estado miembro, atendiendo a la distribución competencial para efectuar esa supervisión prudencial entre las Autoridades Nacionales Competentes (en adelante, ANC), y el BCE. En el MUS, las responsabilidades de supervisión respectivas del BCE y de las ANC se asignan en función del carácter significativo o menos significativo de las entidades que entran en el ámbito de aplicación del MUS. El Reglamento (UE) Nº 468/2014 establece, en particular, el método concreto de evaluación de dicho carácter significativo o menos significativo.

En la UB los estándares internacionales del Comité de Basilea son asumidos estrictamente¹⁹³, y desde el Derecho europeo pasa a los ordenamientos de los Estados miembros como conjunto de normas jurídicas con plenos efectos vinculantes. La unificación de la normativa europea se trata de obtener mediante el Reglamento (UE) Nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y la Directiva 2013/36/UE, que constituyen el marco jurídico que regula el acceso a la actividad, el marco de supervisión y las disposiciones prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión. En ambos casos, la supervisión prudencial se configura como una regulación de mínimos que no impide la adopción de medidas reglamentarias más restrictivas si sus particularidades nacionales lo aconsejan para proteger su estabilidad financiera¹⁹⁴. Los requisitos prudenciales comunes se establecen a través del Reglamento (UE) 575/2013 para garantizar la uniformidad dentro de la Unión Europea, pero se complementan con la Directiva 2013/36/UE que contiene la gama de medidas individuales que los reguladores de los Estados miembros pueden adoptar, para lo cual deben tener en cuenta las directrices del

¹⁹³ Vid. considerando nº 79 y ss. Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013. Además, en la Unión Europea, el Grupo de Alto Nivel sobre la Supervisión Financiera en la UE, presidido por Jacques de Larosière, propuso a la Unión desarrollar una normativa financiera más armonizada y el Consejo Europeo de 18 y 19 de junio de 2009 subrayó también la necesidad de crear un código normativo europeo único aplicable a todas las entidades de crédito y empresas de inversión en el mercado interior. Este proyecto surge de forma paralela a la gestación de los estándares internacionales de Basilea III.

¹⁹⁴ También en Recomendación nº 10, Informe del grupo de Larosière (The High-level Group on financial supervision in the UE Report), de 25 de febrero de 2009, pág. Recuperado el 3 de diciembre de 2013 en http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf

Comité de Supervisores Bancarios Europeos, de 27 de octubre de 2010, sobre la asignación de costes y beneficios de la liquidez. También debe tenerse en cuenta el Reglamento (UE) nº 1093/2010 que persigue mejorar la calidad y coherencia de la supervisión nacional y reforzar la supervisión de los grupos transfronterizos.

En la determinación de los estándares de la supervisión prudencial pueden existir diferencias en lo que exceda de la regulación de mínimos, en el ámbito de la supervisión de entidades no significativas y en cuestiones puntuales que no hayan sido objeto de regulación europea, pero se establecen normas comunes y se prevé la coordinación de las autoridades supervisoras en los referente a: la autorización para el ejercicio de la actividad de crédito, la regulación de las condiciones de liquidez¹⁹⁵, solvencia¹⁹⁶, garantía de depósitos¹⁹⁷, limitación de grandes riesgos¹⁹⁸, y valoración de otros factores que puedan influir en el riesgo sistémico planteado por una entidad¹⁹⁹,

¹⁹⁵ Vid. como normas complementarias, el Reglamento de Ejecución (UE) Nº 591/2014 de la Comisión, de 3 de junio de 2014, relativo a la prórroga de los períodos transitorios relacionados con los requisitos de fondos propios por exposiciones frente a entidades de contrapartida central indicadas en el Reglamento (UE) nº 575/2013 y el Reglamento (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE de 4 de junio).

¹⁹⁶ Vid. como norma de desarrollo, el Reglamento de Ejecución (UE) nº 602/2014 de la Comisión, de 4 de junio de 2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución a fin de facilitar la convergencia de las prácticas de supervisión en lo que respecta a la aplicación de una ponderación de riesgo adicional con arreglo al Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE de 5 de junio).

¹⁹⁷ Vid. Directiva 2009/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2009, por el que se modifica la Directiva 94/19/CE relativa a los sistemas de garantía de depósitos.

¹⁹⁸ Vid. como normas de desarrollo: el Reglamento Delegado (UE) Nº 526/2014 de la Comisión, de 12 de marzo de 2014, por el que se completa el Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación para la determinación de un diferencial comparable y un número limitado de carteras menores a efectos del riesgo de ajuste de valoración del crédito (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE de 20 de mayo); También, el Reglamento Delegado (UE) Nº 530/2014 de la Comisión, de 12 de marzo de 2014, por el que se completa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación destinadas a definir más en detalle las exposiciones significativas y los umbrales a efectos de los métodos internos relativos al riesgo específico de la cartera de negociación (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE de 20 de mayo); y el Reglamento Delegado (UE) nº 604/2014, de la Comisión, de 4 de marzo de 2014, por el que se complementa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación en relación con los criterios cualitativos y los criterios cuantitativos adecuados para determinar las categorías de personal cuyas actividades profesionales tienen una incidencia importante en el perfil de riesgo de una entidad (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE de 6 de junio).

¹⁹⁹ Vid. como normas complementarias el Reglamento de Ejecución (UE) nº 710/2014 de la Comisión, de 23 de junio de 2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a las condiciones de aplicación del proceso de decisión conjunta sobre los requisitos prudenciales específicos de las entidades de conformidad con la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE de 27 de junio); y Reglamento Delegado (UE) Nº 525/2014 de la Comisión, de 12 de marzo de 2014, por el que se completa el Reglamento (UE) nº 575/2013 del

su organización administrativa y contable y mecanismos de control interno con los que cuente²⁰⁰. El concepto se amplía si tenemos en cuenta el Reglamento Delegado (UE) Nº 524/2014 de la Comisión, que extiende la información que debe intercambiarse entre las autoridades competentes de los Estados miembros de origen y de acogida con el fin de armonizar las prácticas de regulación y supervisión en toda la Unión, además de a los aspectos antes indicados, a los casos de incumplimiento de la legislación nacional o de la Unión, así como sobre las medidas de supervisión y las sanciones impuestas a las entidades, debiendo incluirse información adicional sobre el apalancamiento y los preparativos para situaciones de urgencia.

En España, la Ley 10/2014 de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (en adelante LOSSEC), desarrollada por el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, incorpora a la legislación española²⁰¹ las tendencias ya acogidas en el marco internacional a través de Basilea III, y en la Unión Bancaria a través del conjunto normativo anteriormente referido. La LOSSEC refuerza las bases de regulación prudencial bancaria, justificando la reforma en dos puntos: la evolución internacional del derecho bancario y la constatación que la crisis financiera ha dejado sobre la necesidad de mejorar la calidad de la regulación prudencial de entidades de crédito, cuestiones a las que ya nos hemos referido.

La ampliación de la noción de supervisión prudencial en España sigue una tendencia similar a la Europea, pues es reflejo de la misma, y de este proceso destaca que esa supervisión se despliega ahora en relación con el control de la solvencia, liquidez y riesgos asumidos por las entidades –ex artículo 68.1-, pero considerando que inciden en ella otros elementos que anteriormente no eran considerados como relevantes a efectos de solvencia.

Así, se incluirá, en primer lugar, el control del mantenimiento de recursos propios superiores a los mínimos de solvencia que resultan del Reglamento (UE) nº 575/2013, de 26 de junio, de la LOSSEC, y de sus disposiciones de desarrollo, pues la

Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación para la definición de «mercado» (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE de 20 de mayo).

²⁰⁰ Se deduce del artículo 50.1 de la Directiva 2013/36/UE.

²⁰¹ La incorporación de la normativa europea ya había comenzado anteriormente con distintas normas, especialmente, se debe destacar el Real Decreto-Ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras.

LOSSEC se remite a este (artículo 39). El mantenimiento de los límites de solvencia se determina por el cumplimiento del requisito de colchones de capital que la misma norma prevé y que son reservas de capital previstas con diferentes finalidades. Pero por su incidencia en los niveles de capital, solvencia y liquidez, el supervisor puede exigir a las entidades de crédito y sus grupos que limiten la remuneración variable como porcentaje de los ingresos netos, cuando resulte incompatible con el mantenimiento de una base sólida de capital, exigir a las entidades de crédito y sus grupos que utilicen los beneficios netos para reforzar sus recursos propios, y prohibir o restringir la distribución por la entidad de dividendos o intereses a accionistas, socios o titulares de algunos instrumentos de capital entre otras medidas –ex artículo 68.2.g), h), i), j), k)-.

Al margen de los requisitos de capital, pero por su posible incidencia en la estabilidad de las entidades, la supervisión prudencial efectuada por el Banco de España, le habilita para restringir o limitar las actividades, las operaciones o la red de las entidades o solicitar el abandono de actividades que planteen riesgos excesivos para la solidez de una entidad, y exigir la reducción del riesgo inherente a las actividades, productos y sistemas de las entidades –ex artículo 68.2.e) y f)-. Conectado con la estabilidad de las entidades, se confieren al supervisor facultades para vigilar los aspectos generales del régimen jurídico de acceso a la condición de entidad de crédito²⁰², esto es, su régimen de autorización y revocación, así como el régimen de participaciones significativas, el régimen de idoneidad e incompatibilidades de los miembros del consejo de administración u órgano equivalente y el régimen de gobierno corporativo y políticas de remuneraciones. Todos estos últimos aspectos del ámbito de control del supervisor se consideran ahora como ámbito de la supervisión prudencial de entidades, a pesar de que antes no lo eran, porque aunque no tienen relación directa con la solvencia de entidades de crédito, sí afectan a la buena gestión de la misma, y por eso son objeto de control prudencial.

²⁰² Al respecto, y de conformidad con el artículo 4.2 LOSSEC, el Banco de España ejercerá sus competencias sin perjuicio de las funciones atribuidas al BCE y en cooperación con esta institución, de acuerdo con lo previsto en el R. (UE) nº 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito.

2.3.3.4. El futuro de la regulación bancaria construida sobre las bases prudenciales.

El gran desarrollo de los mercados financieros y el fenómeno de su globalización²⁰³ han dado lugar a la ampliación del concepto de supervisión prudencial. Las tendencias actuales por tanto, son de regular más y de supervisar más, mucho más que en tiempos anteriores. Sin embargo, no mayor cantidad de regulación servirá para evitar futuras crisis, todo depende del tipo de regulación que se establezca²⁰⁴. La clave está en la regulación de mínimos permanentes de regulación prudencial, que sea comúnmente aceptada por todos los Estados, como regulación duradera, y que tenga en cuenta los rasgos actuales de la actividad²⁰⁵, como son su globalización, su carácter sistémico, y la dilución de las tradicionales barreras de negocio entre las actividades de banca, bolsa y seguros, que actualmente aparecen interconectadas (aunque en Estados Unidos se han separado a través de la *Volcker Rule*). Pero establecer un sistema de supervisión que garantice la estabilidad ofrece grandes retos para el Derecho pues existen notables problemas prácticos para superar los problemas de supervisión que se aprecian en la actualidad y que se han expuesto en los epígrafes anteriores. El Derecho Administrativo global puede servir para dar un primer paso hacia un derecho vinculante a nivel internacional, pero el carácter pendular, o variable, de los estándares prudenciales dependiendo de la situación de bonanza o crisis y de las tendencias políticas de las principales potencias económicas, requiere de una regulación de mínimos, entendida como control prudencial permanente, invariable frente a influencias de naturaleza política o intereses de otro tipo. Lo adecuado es una regulación y una supervisión que podríamos denominar “estratégicas”. La idea de una regulación estratégica y de una supervisión estratégica, es decir de mínimos, que sean comúnmente, y más fácilmente aceptados por todos los Estados, con independencia

²⁰³ JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (2013), ob. cit. *Regulación bancaria y crisis financiera*, pág. 28.

²⁰⁴ En este sentido, encontramos posturas que contemplan algunas tendencias de teoría económica, como el ordoliberalismo. Vid. SIEMS, M.M. y SCHNYDER G. (2013), “Ordoliberal Lessons for Economic Stability: Different Kinds of Regulation, Not More Regulation” en *Governance: An international journal of policy, administration and institutions*. Recuperado el 5 de noviembre de 2013 en <http://ssrn.com/abstract=2336475>

²⁰⁵ SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. (2012), “Novedades de la Regulación Bancaria”, en REBOLLO PUIG, M. (coord.), *Regulación económica, en especial, regulación bancaria*, pág. 395, Ed. Iustel (Madrid).

de su tradición reguladora o desreguladora, puede ser un gran paso hacia la estabilidad financiera global.

Si echamos la vista atrás, nos daremos cuenta de que una mayor regulación y supervisión, incluso en Estados con tradición liberal en lo económico, siempre ha sido la consecuencia a un periodo de crisis económica y especialmente bancaria o financiera. Pero esto no deja de ser una consecuencia puntual²⁰⁶, como respuesta a un problema del momento; y posteriormente con nuevas circunstancias económicas tendentes a la bonanza, se vuelve a la desregulación²⁰⁷. Es la ley del péndulo, y esto debe de evitarse. El problema de la regulación o desregulación de los mercados financieros debe de abordarse desde una perspectiva amplia y con visión de futuro, con intención de mantener la permanencia temporal de cualquier avance que se realice, y que no se quede en reformas que, aunque de gran envergadura, como las actuales, vengan a ser transitorias y de duración temporal. Por este motivo, son importantes normas mínimas que puedan ser aceptadas y mantenidas en todos los Estados y tanto por los poderes públicos como por los operadores del mercado, pues sólo así esos mínimos serán respetados²⁰⁸. Para garantizar su permanencia son necesarias también entidades supranacionales dotadas de *enforcement* en el ámbito internacional (más allá de la Unión Europea), aunque de momento, la unión bancaria en la UE, es una solución parcial a los problemas regulatorios de una situación financiera globalizada.

La adopción de esos mínimos reguladores, comunes a nivel mundial, puede permitir la intervención de los poderes públicos, limitando mínimamente la libertad de

²⁰⁶ GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., (2008), *El derecho bancario: consideraciones generales*, pág. 257, Ed. Comares. El autor destaca el carácter coyuntural del Derecho público de la Banca “porque pretenden cubrir necesidades contingentes”. Y, en consecuencia, “las normas jurídico-públicas tienden a ser tremendamente efímeras, pues la necesidad de adaptar continuamente la normativa a las necesidades económicas, conduce al Estado a modificar sin cesar esta normativa”.

²⁰⁷ Este fenómeno evolutivo ya se siguió en Estados Unidos anteriormente con la derogación de la *Glass-Steagall Act* en 1999, y actualmente la misma medida se ha acogido mediante la Volker Rule, por lo que puede no ser una medida definitiva. La conveniencia de la separación de ambas actividades también ha sido valorada en el ámbito europeo QUERO A. (2013), “Un modelo para una unión bancaria sólida”, *Política exterior* nº 151 (enero-febrero), recuperado el 19 de mayo de 2014 en <http://www.politicaexterior.com/articulo?id=5049>.

²⁰⁸ FUENTES MARTÍN, F. y LOZANO GUTIÉRREZ, M.C. (2003), “Regulación bancaria y de capitales”, en GONZÁLEZ LAXE, F. y SEQUEIROS TIZÓN, J.G. (eds.), *Orden económico mundial. Globalización y desarrollo*, Ed. Netbiblo – Sociedad de Economía Mundial (La Coruña), pág. 586.

empresa²⁰⁹, pero mantenimiento la preferencia del bien común sobre el individual²¹⁰, y debiendo de respetarse ese bien común general incluso en el caso de acoger teorías económicas de liberalismo puro, ya que citando al mismo Adam Smith en relación con la limitación de la libertad de empresa –y referida especialmente a la actividad bancaria-: «el ejercicio de esa libertad por un contado número de personas, que pueden amenazar la seguridad de la sociedad entera puede y debe restringirse por ley de cualquier Gobierno, desde el más libre al más despótico»²¹¹. Este es el verdadero reto de los problemas de supervisión derivados de la crisis y que puede generar un nuevo modo de funcionamiento en los mecanismos de Derecho Público, poniendo en comunicación directa y coordinación aspectos del Derecho Público Internacional y del Derecho Público interno de cada Estado²¹². Así, debería desarrollarse en la faceta global del Derecho Administrativo la fijación de los mínimos estratégicos de regulación financiera²¹³.

²⁰⁹ Vid. STJCE de 11 de abril de 1989, caso Ahmed Saeed, y STJCE 19 de mayo de 1993, caso Corbeau, respectivamente. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció sobre la necesidad de intervención estatal en materia económica destacando, de un lado, que es necesaria la intervención por ser una materia de interés general que justifica la actuación de los poderes públicos, pero de otro lado, el mismo Tribunal destaca como límite la libertad de empresa de los agentes que intervienen en el sistema económico.

²¹⁰ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la preferencia del interés general sobre el particular y en qué condiciones justifica la limitación de la libertad de empresa (se exige, no sólo que la regulación que incida en este derecho esté justificada en la protección de intereses generales, sino que la limitación en sí misma sea necesaria y suficiente para conseguir esa finalidad), entre otras en SSTC 11/1981 (FJ7), 22/1981 (FJ9), 37/1981, 3/1983 (FJ4), 66/1991 (FJ2), 103/2003, y más recientemente también en STS 4960/2014, de 3 de diciembre (FJ1).

²¹¹ SMITH, A. (1776), *An inquiry into the nature and causes of: The wealth of Nations (La riqueza de las naciones)*, pág. 265, Ed. The Electronic Classics Series (la edición es de 2005), Jim Manis (Editor), The Pennsylvania State University-Hazleton. La cita sin traducir es: «Such regulations may, no doubt, be considered as in some respect a violation of natural liberty. But those exertions of the natural liberty of a few individuals, which might endanger the security of the whole society, are, and ought to be, restrained by the laws of all governments; of the most free, as well as or the most despotal».

²¹² Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. (2012), ob. cit. “Novedades de la Regulación...”, pág. 406-407. La autora hace referencia a los antecedentes ocurridos en otros sectores como el ferrocarril o las comunicaciones postales durante el siglo XIX, o más recientemente, en el de la normalización de productos, en los que fueron necesarias respuestas normativas transnacionales, pero destacando, como rasgos novedosos en la regulación bancaria actual, entre otros, la necesidad de permanencia y generalización.

²¹³ En este sentido e identificando la necesidad de focalizar la regulación en los instrumentos necesarios para equilibrar las fuerzas del mercado sólo en lo necesario, evitando un intervencionismo desproporcionado se pronuncian algunos autores considerando que una intervención demasiado desarrollada y sin diferenciar las cuestiones que realmente se deben controlar se puede considerar como “matar moscas a cañonazos” por su propia efectividad a pesar del despliegue de medios. Vid. NABILOU H. (2013) en “Do Systemic Externalities Render the Public-Private Dichotomy Irrelevant? The Case of US Private Fund Regulation”, pág. 22. Recuperado el 5 de noviembre de 2014 en <http://ssrn.com/abstract=2334921>. El autor señala: “Therefore, to avoid firing a cannon to kill a

En relación con esta cuestión, se ha planteado en la unión bancaria la conveniencia de separar las actividades de banca para ahorrar y de banca para invertir (siguiendo la estela de la *Volcker Rule*), pero más allá de esto, existen incluso voces que reclaman de mayor separación de la actividad, de modo que, se propone el cambio del modelo, no ya de supervisión financiera, sino de actividad bancaria, pues se estima conveniente que se separen, incluso, la actividad de depósito y la de concesión de crédito²¹⁴. Tal vez esta última sea una medida excesiva, que realmente afecte al núcleo esencial de la libertad de empresa, y que impida su natural desenvolvimiento porque no se podrían conceder créditos si previamente no se cuenta con un capital tomado de los depositantes que se pueda prestar, lo que al impedir el desarrollo de la actividad, realmente hace desaparecer el fundamento constitucional de la intervención pública en este caso²¹⁵. La clave para no poner en riesgo el capital de los depositantes está en respetar los requerimientos de capital y no modificar estos requerimientos ni siquiera adoptando políticas más liberales. Y puede que incluso siguiendo el mismo criterio e imponiendo una contabilidad separada para la actividad de crédito y para la de inversión, pueda no llegar a ser necesaria la adopción de una regla similar a la *Volcker Rule*. De este modo, si se encuentra una solución menos agresiva para la libertad de empresa, se puedan seguir permitiendo ambas actividades por la misma entidad, pero bajo condición de observar estrictamente los requerimientos de capital y, para esto es necesario, que ambas actividades no se vean comunicadas desde el punto de vista contable. Es posible que la regulación de la separación de partidas dentro del balance anual de la entidad que efectúe ambas actividades y su control por el supervisor sea suficiente.

Por lo demás, algunos de los problemas clásicos para no limitar la libertad de empresa de las entidades de crédito, garantizando su solvencia, se ha tratado de solucionar con la reforma que analizaremos en los capítulos siguientes, y que se centra, en gran medida, en eliminar el *too big to fail*, o riesgo moral, buscando medios

mosquito, in devising regulatory instruments and strategies, regulators should opt to utilize market-based and incentive-compatible regulatory instruments to mitigate such risks and to allow more room for economic freedoms”.

²¹⁴ Vid. QUERO A. (2013), ob. cit. “Un modelo para una unión bancaria...”.

²¹⁵ Vid. Basilea III: Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios (2010), Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, pág. 2, Ed. Banco de Pagos internacionales.

de capitalización de las entidades desde el mismo mercado²¹⁶, o incluso, mediante la imposición de tasas al ejercicio de la actividad financiera²¹⁷, para autofinanciar la dotación de fondos públicos destinados a prestar asistencia financiera a entidades en problemas, aunque la adopción de esta última medida, por separado, no se había considerado suficiente para resolver este problema²¹⁸.

3. LA CRISIS ECONÓMICA DE 2007-2008 Y LA NECESIDAD DE REFORMAR EL SISTEMA DE SUPERVISIÓN FINANCIERA.

3.1. El origen de la crisis financiera y su vinculación con defectos de supervisión.

3.1.1. Los defectos de supervisión en Estados Unidos.

Se suele situar el origen de la crisis financiera a nivel internacional en Estados Unidos, en relación con los *hedge funds*, respecto a los cuales, uno de los principales bancos de inversión de Estados Unidos (*Bear Sterns*), anunció en junio de 2007 que algunos de los fondos de este tipo creados por él, habían perdido prácticamente la totalidad de sus recursos propios²¹⁹. Pero poco antes, en ese año, en el mes de mayo, la UBS S.A. -Unión de Bancos Suizos-, el primer banco suizo, había tenido que reabsorber *Dillon Read Capital Management*, a causa de pérdidas incurridas en inversiones hipotecarias²²⁰; *Dillon Read Capital Management* era una sociedad de

²¹⁶ MASERA, R. (2008), ob. cit. "Core, mantle, industry: banks' capital...", pág. 247-248.

²¹⁷ Para algunos, su existencia tiene por finalidad que las entidades sistémicas internalicen los riesgos que las mismas suponen para la estabilidad del sistema financiero: "El seguro del que ahora disfrutan dejaría de ser gratuito. Vid. ARENILLAS LORENTE C., y SANMARTÍN A., (2010), "El debate internacional sobre la fiscalidad de la actividad financiera", en *Gaceta sindical: reflexión y debate*, nº 14 (Ejemplar dedicado a: Desarrollo sostenible y políticas públicas en España), págs. 297-314.

²¹⁸ NABILOU H. (2013), ob. cit. "Do Systemic Externalities Render the Public-Private Dichotomy Irrelevant?...", págs. 18-19. El autor señala: "The traditional response to the problem of externalities is the Pigouvian taxes or compensation (subsidies). However, due to inefficiencies of these types of government intervention, these two traditional tools are not and will not be sufficient in addressing different types of externalities. Therefore, there is an increasing need for more innovative solutions which are incentive-compatible, market-based, and efficiency enhancing to address these problems. The Pigouvian approach in addressing the externalities is focused mostly on the incentives of the externality generator, whereas it mostly overlooks some other factors that might contribute to the generation of externalities".

²¹⁹ KELLY, NG, y REILLY, "Two Big Funds At Bear Stearns Face Shutdown; As Rescue Plan Falts Amid Subprime Woes, Merrill Asserts Claims", en *Wall Street Journal* de 20 de junio de 2007, recuperado el 3 de abril de 2014 en <http://www.wsj.com/news/articles/SB118230204193441422?mg=reno64-wsj&url=http%3A%2F%2Fonline.wsj.com%2Farticle%2FSB118230204193441422.html>

²²⁰ BOYD y STRASBURG, "UBS Scraps Costas's Hedge Fund After Mortgage Losses" en *Bloomberg* de 3 de mayo de 2007, recuperado el 3 de abril de 2014 en <http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=aY0VAFwXBbeM&refer=news>

inversión creada por aquel, unos dos años antes, para realizar y gestionar inversiones en *hedge funds*.

En este contexto, la compañía global de servicios financieros Lehman Brothers, que se fundó en 1850 y se convirtió en *investment bank* en 1880²²¹, anunciaba su quiebra en septiembre de 2008²²², por verse afectada por enormes pérdidas derivadas de títulos respaldados por créditos hipotecarios –su quiebra es considerada hasta este momento como la mayor de la historia, alcanzando un pasivo de 613.000 millones de dólares-. La compañía había sobrevivido a la guerra civil norteamericana, la crisis bancaria de 1907, a la crisis económica de Estados Unidos de 1929, y a colapsos anteriores en *hedge funds*, pero no a la actual crisis²²³.

Con ello se inició la crisis de instituciones similares a los *hedge funds*, que habían supuesto la inversión de grandes cantidades y que por su configuración aparecían vinculadas al sector inmobiliario, mediante la inversión en obligaciones hipotecarias, especialmente en créditos *subprime*, que es el nombre que se le da en Estados Unidos a las hipotecas de alto riesgo (en realidad, se denominan así los créditos hipotecarios cuyo riesgo es superior a la media)²²⁴, también en crisis en ese momento. La caída del valor de los mismos repercutió en otros fondos similares tanto en Estados Unidos como en Europa, incluso aquellos que no estaban vinculados al sector inmobiliario, y que igualmente vieron disminuido su valor por la caída generalizada de los precios en los mercados financieros.

Cabe destacar que estas no son las actividades originariamente típicas de la banca comercial, por lo que muy probablemente, a nivel de supervisión bancaria se pueda afirmar que había ámbitos de esta actividad que habían quedado fuera de la necesaria regulación; aun así, la escasa regulación al respecto no es suficiente motivo

²²¹ INGHAM, J.N. (1983), *Biographical Dictionary of American Business Leaders*, pág. 783, Ed. Greenwood Publishing Group (Connecticut).

²²² Vid, “Lehman Brothers se declara en bancarrota”, en El país.com de 15 de septiembre de 2008, recuperado el 3 de abril de 2014 en http://economia.elpais.com/economia/2008/09/15/actualidad/1221463973_850215.html

²²³ RAMPOLLA A. (2013), “Lehman Brothers, la mayor bancarrota de los EEUU”, recuperado el 5 de mayo de 2014 en <http://lehmanbrothersar.blogspot.com.es/?view=classic>

²²⁴ Así se definen en la página oficial del Departamento de la vivienda en EEUU. Vid. “Subprime Lending” en *US Department of Housing and Urban Development*, disponible en http://portal.hud.gov/hudportal/HUD?src=/program_offices/fair_housing_equal_opp/lending/subprime

para haberlas permitido, puesto que desde algunos de los órganos de las entidades que tiene facultades de supervisión, se advirtieron los riesgos asumidos que afectaban a la solvencia o liquidez de los operadores del mercado, que sí eran cuestiones reguladas y sujetas a supervisión, y, por otro lado, conociéndose que había prácticas que quedaban desreguladas, también se podían haber controlado de forma preventiva esas situaciones a la vista de los informes de expertos, ostentando para ello, no sólo facultades normativas para regular la situación, sino también potestades de inspección, de control, y sancionadoras.

Ciertamente, el mecanismo de contracción del mercado financiero que se inició en el marco de estos productos, generó lo que se conoce con el término “pánico financiero”, de modo que los inversores, asustados, por la caída de los valores de este sector, y desconociendo, en qué medida la falta de liquidez, afectaba sus propias inversiones, y tratando de recuperarlas, hicieron caer los mercados a nivel internacional.

El primer problema que se puede apreciar en el origen de la crisis, radica en el hecho de que lo que tradicionalmente conocemos como entidades bancarias –cuya actividad debe estar, y está, muy definida legalmente, y también debe ser objeto de un control suficiente para garantizar su estabilidad por parte de los distintos Bancos Centrales-, realizan otras actividades de inversión más arriesgadas, a través de los denominados *investment banks*. Estos son sociedades instrumentales que tienen como finalidad intervenir en el mercado financiero como inversores de grandes cantidades y en operaciones a largo plazo y que no están sometidas al mismo control de los Bancos Centrales que las entidades de crédito a pesar de que hasta el año 1999, se había limitado que una misma entidad pudiera desarrollar la actividad de crédito y la de inversión, con la *Glass-Steagall Act*²²⁵.

²²⁵ VARELA PANACHE M. y VARELA PANACHE F. (2008), ob. cit. “La actual crisis...”, pág. 172. También, ESTRADA D. y GUTIERREZ J. (2009), ob. cit. “Supervisión y regulación...”, pág. 58. Y, ZUNZUNEGUI F. (2008), ob. cit. “La regulación jurídica internacional del mercado...”, pág. 1. También, ARESTIS, P., (2003) “Financial Globalization and regulation”, Working Paper nº 397, Ed. The Levy Economics Institute of Bard College (New York), pág. 1. Recuperado el 30 de mayo de 2014 de <http://www.levyinstitute.org/pubs/wp397.pdf>

Desde 1999, se permitió que los *investment banks*, propiedad de entidades de crédito o participados por ellas, pudiesen realizar operaciones de inversión de mayor riesgo, y a largo plazo. En relación con aquellos, los Bancos Centrales no tenían el mismo poder de supervisión y control, por lo que no controlar la posible comunicación de la insolvencia entre ellos era una especie de bomba de relojería.

Acompañando esta situación, se pusieron de manifiesto también defectos del sistema de otra naturaleza, como desequilibrios de índole macroeconómica, destacando en Estados Unidos, la existencia de un prolongado déficit que trató de controlarse mediante la compra de activos financieros norteamericanos, y con una política monetaria que mantenía muy bajos los tipos de interés, lo que fomentó la expansión del crédito, y alimentó la expansión de la burbuja inmobiliaria²²⁶.

Cuando a partir del año 2003 cambió la política monetaria de Estados Unidos, incrementándose progresivamente los tipos de interés, las principales entidades financieras vieron como solución para mantener un margen de rentabilidad, la inversión en recursos ajenos en lugar de en recursos propios (esto es, en productos muy “apalancados”²²⁷), y esto se hizo en Estados Unidos, a pesar de normas de supervisión impuestas por el SEC por las que se hacía necesario que las entidades mantuvieran un coeficiente de capital neto con una ratio 1:15. Este ratio, en la práctica, se burlaba mediante la adhesión al Programa CSE *Consolidated Supervised Entity*²²⁸ mediante el cual las entidades afiliadas quedaban exentas de cumplir dicha norma de capital neto, siendo conocido por las entidades supervisoras que los

²²⁶ La relación entre ambos fenómenos, tipos de interés bajos y expansión crediticia del sector inmobiliario ha sido tratada por estudios oficiales en Estados Unidos, como es: *A New Foundation: Rebuilding Financial Supervision and Regulation* (2009), Departamento del Tesoro EEUU, Washington, p.5.

Disponible en: <http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/20096171052487309.aspx>

²²⁷ El mayor “apalancamiento” viene determinado por la mayor inversión en productos ajenos, hecho que eleva el riesgo y la rentabilidad de la operación. En relación con la crisis actual, el apalancamiento financiero intervino en la dinámica de la crisis amplificando y extendiendo sus efectos, ya que los productos ajenos implicados estaban dispersos a nivel internacional, lo que generó una vinculación de los mercados. Desde el punto de vista económico, el apalancamiento financiero se puede definir como «el cociente entre el nivel de deuda y el nivel de los recursos propios o riqueza neta del agente en cuestión». Vid. RUBIO V. y HERMIDA G., (2009) “Apalancamiento y desapalancamiento, el caso español”, *Cim. economía*, Num. 14, págs. 81 – 140.

²²⁸ Vid. *Alternative Net Capital Requirements for Broker-Dealers That Are Part of Consolidated Supervised Entities* de 2004, disponible en <http://www.sec.gov/rules/final/34-49830.htm>. Que, por supuesto, no funcionó, como anunció el Presidente de la SEC en 2008, al eliminar el Programa Consolidated Supervised Entity: Vid. *Chairman Cox Announces End of Consolidated Supervised Entities Program*, de 2008, en <http://www.sec.gov/news/press/2008/2008-230.htm>

principales bancos (Lehman Brothers, Morgan Stanley, Bear Sterns, Goldman Sachs, Merrill Lynch, entre otros) no estaban manteniendo dicho límite de capital neto disponible para poder devolver sus depósitos a sus clientes y acreedores, pues habían arriesgado más capital del permitido en operaciones con activos del tipo *hedge funds*, lo que supuso, no solo un mayor apalancamiento de sus activos, sino un considerable incremento de la incertidumbre del riesgo asumido, dada la complejidad de los productos en los que se estaba invirtiendo, y de la globalización del mercado financiero; no obstante tales entidades supervisoras no intervinieron por no tratarse de entidades de depósito.

Parece que, de entrada, en Estados Unidos donde se originó la crisis, había un problema competencial de las entidades de supervisión de la actividad financiera que han tratado de quedar resueltos con la *Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* a la que nos hemos referido anteriormente. Como medida complementaria, se prohibió temporalmente, mediante la *Jumpstart Our Business Startups Act* de 2012²²⁹, el acceso de los consumidores a productos de inversión utilizados por diversas empresas (no necesariamente entidades de crédito, pero quedando incluidas estas en la medida) para capitalizarse, especialmente a través del *crowdfunding*, o financiación en masa, como medida de protección del consumidor, hasta que la SEC, *Security Exchange Commission*, –Comisión del Mercado de Valores de Estados Unidos–, regulase el acceso a los mismos, la información a los consumidores que quisieran participar como inversionistas, y las responsabilidades de los intermediarios. Posteriormente, en julio de 2013, la presidenta de la SEC, *Security Exchange Commission*, –Comisión del Mercado de Valores de Estados Unidos–, anunció que se acababa de aprobar nueva normativa complementaria de la *Jumpstart Our Business Startups Act*, con la finalidad de facilitar el acceso de los *hedge funds* a los consumidores, dotándolos de más publicidad²³⁰.

²²⁹ Vid. el Título III, Sec. 301-305, de la *Jumpstart Our Business Startups Act* de 3 de enero de 2012, ley que se define a sí misma como una ley para aumentar la creación de empleo y el crecimiento económico de América mejorando el acceso a los mercados de capitales públicos para las empresas de crecimiento emergente.

Disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3606enr/pdf/BILLS-112hr3606enr.pdf>

²³⁰ EFE ECONOMÍA, “Regulador estadounidense levanta limitaciones a publicidad de “hedge funds””, 11 de julio de 2013, Ediciones El País SL. Recuperado el 22 de septiembre de 2013 en http://economia.elpais.com/economia/2013/7/11/agencias/1373495272_372741.html

3.1.2. Los defectos de supervisión en España.

En España el problema de la desregulación y defectos de atribución competencial sobre la supervisión bancaria en relación con activos del tipo *hedge funds*, no fue el factor más importante que agravó los efectos de la crisis²³¹. Sin embargo, el sistema financiero español sí se vió afectado por el contagio de las tensiones financieras que se originaron en otros países en relación con ellos.

Los defectos de supervisión en España no se centran totalmente en una supervisión absolutamente ineficiente, a pesar de que, según resulta de los informes del FMI puede ser mejorada²³², ya que en esos mismos informes se recoge que las infraestructuras de nuestros mercados financieros globales están bien regulados y supervisados y que, tanto Banco de España como Comisión Nacional del Mercado de Valores, tienen las herramientas y recursos necesarios para desempeñar sus responsabilidades de supervisión y control²³³. En España, los defectos de supervisión se centraron en un tipo de entidades concreto: las cajas de ahorros. Como se analizará más adelante, en muchos casos, el problema de la solvencia de las mismas estaba vinculado, por un lado, a operaciones de inversión arriesgadas, y por otro, a la mala gestión de las mismas que derivaba de las excesivas influencias políticas de los gobiernos autonómicos que participaban en ellas. Con la reforma este último defecto se ha conseguido reducir en parte²³⁴, pues, en la práctica, se ha producido una

²³¹ En España, el factor que originó la crisis es de carácter macroeconómico, es decir, no se basa tanto en la falta de solvencia o de liquidez de las entidades de crédito (que también ocurrió posteriormente siguiendo las tendencias de otros países, y por contagio de las debilidades del mercado financiero internacional). En España el origen de la crisis se sitúa en la desaceleración de la burbuja especulativa del mercado de la vivienda. Vid. ORTEGA E. y PEÑAGOLOSA J. (2012), "Claves de la crisis económica española y retos para crecer en la UEM", *Documentos Ocasionales* Nº 1201, Ed. Banco de España.

²³² Vid. "Spain: Financial Stability Assessment", (Junio 2012), IMF Country Report Nº 12/137, págs. 26 y ss. Ed. International Monetary Fund - Publication Services (Washington, D.C.) Recuperado el 20 de diciembre de 2014 en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2012/cr12137.pdf>

²³³ Vid. Ob. Cit. "Spain: Financial Stability Assessment", (Junio 2012), pág. 28.

²³⁴ Han sido numerosas las normas dictadas: Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, y Real Decreto 2/2011, de 18 de febrero, Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, Real Decreto-Ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero, Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, que es consecuencia del Memorando de Entendimiento sobre Condiciones de Política Sectorial Financiera de 20 de julio de 2012, elaborado en el seno del Eurogrupo, y que dio lugar posteriormente a la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y al RD 1559/2012, de 15 de noviembre, que desarrolla la anterior Ley, estableciendo el régimen de organización y funcionamiento de las sociedades de gestión de activos, así como las facultades del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, y del Banco de España en relación con aquellas, Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de

recuperación de las competencias estatales, que ahora se comparten con el Banco Central Europeo al estar incorporados al Mecanismo Único de Supervisión de la unión bancaria, desapareciendo las influencias políticas en dichas entidades, la mayoría de las cuales, han desaparecido como cajas de ahorro.

Al margen de la delimitación competencial, en España se ha denunciado también la pasividad del Banco de España, como principal autoridad supervisora, especialmente en la aplicación de medidas correctivas de situaciones en las que algunas entidades de crédito parecían no haber respetado los límites de solvencia mínima y asunción máxima de riesgos, y en las que la contabilidad de las mismas no reflejaba con exactitud la realidad financiera que atravesaban. Esto último, es una consecuencia del sistema adoptado tras Basilea II, a partir del cual los datos económicos y contables para determinar la realidad financiera de las entidades de crédito eran suministrados por ellas mismas al supervisor. Este hecho se ha revelado como uno de los defectos más peligrosos del sistema de supervisión derivado de Basilea II (que no afecta sólo a España, sino que es general) y que posteriormente ha sido corregido por Basilea III²³⁵. En nuestro país, además, encontramos otros defectos jurídicos que también se dan en otros países de nuestro entorno, como es la existencia de una regulación fragmentaria, dispersa, oscura e incongruente. De la regulación bancaria española siempre se ha destacado su dispersión y falta de rango²³⁶.

En España, otro punto que puede dar lugar a deficiencias de supervisión, deviene de la adopción de un sistema de regulación sectorial, siendo clave que se refuerce la coordinación entre el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que también asume funciones de supervisión respecto de las entidades de crédito que cotizan en bolsa. Se trata de mejorar el control de la solvencia del área de

marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero, Real Decreto 256/2013, de 12 de abril, por el que se incorporan a la normativa de las entidades de crédito los criterios de la Autoridad Bancaria Europea de 22 de noviembre de 2012, Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras, Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.

²³⁵ Basilea III: Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios (2010), Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, pág. 2, Ed. Banco de Pagos internacionales, recoge que la crisis reveló “incoherencias en la definición de capital entre distintas jurisdicciones, así como carencias en la divulgación de la información que habría permitido al mercado evaluar y comparar como es debido la calidad del capital entre instituciones”.

²³⁶ VEGA SERRANO, J.M. (2011), ob. cit. *La regulación bancaria*, pág. 17.

la actividad de crédito y su no afectación por la actividad de inversión llevada a cabo por la misma entidad. Por el momento, aunque se contempla la coordinación entre ambas entidades de forma genérica en el artículo 67 LOSSEC²³⁷, y también en los artículos 242 y ss del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, no se contemplan mecanismos específicos de coordinación en casos concretos, sin perjuicio de que en ejercicio de las funciones del BdE reguladas en los art. 50, 51 y 52 LOSSEC y concordantes, pueda el BdE solicitar informes a otras autoridades supervisoras (en este caso CNMV) y documentación a la propia entidad supervisada, y también a la inversa pueda la CNMV solicitar informaciones al Banco de España y a las entidades supervisadas –ex artículo 243 RD-Legislativo 4/2015-. Del mismo modo, se regulan también algunas actuaciones coordinadas para las entidades de contrapartida central (en adelante ECC)²³⁸.

Como veremos, mejorar normativamente tales mecanismos de coordinación, y de comunicación de informaciones, así como el establecimiento de protocolos de actuación para ello, es esencial para terminar de perfilar las responsabilidades de ambos supervisores, en el ejercicio de sus funciones, lo que no sólo redundará en una supervisión mejorada, sino, como veremos en el Capítulo IV, es determinante de la

²³⁷ El artículo 67.2 LOSSEC dispone que “Siempre que en un grupo consolidable de entidades de crédito existan entidades sujetas a supervisión en base individual por organismos distintos del Banco de España, éste, en el ejercicio de las competencias que esta Ley le atribuye, deberá actuar de forma coordinada con el organismo supervisor que en cada caso corresponda”.

²³⁸ Las entidades de contrapartida central se definen por el Comité de Basilea como cámaras de compensación que se interponen entre las partes de un contrato financiero negociado en uno o más mercados, actuando como comprador para todo vendedor y como vendedor para todo comprador, y garantizando con ello la ejecución futura de los contratos en vigor. Una entidad de contrapartida central se convierte en contraparte de operaciones para los participantes del mercado mediante la novación, un sistema de oferta abierta u otro acuerdo legalmente vinculante. A los efectos del marco de capital, una entidad de contrapartida central es una institución financiera. Vid. artículo 4 del documento de *Requerimientos de capital para las exposiciones bancarias frente a entidades de contrapartida centrales*, de 2012, del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (Ed. BPI). Sin embargo el Banco de España las define como «el conjunto de entidades de crédito de la zona del euro con las que el Eurosistema efectúa determinadas operaciones de política monetaria» (Vid. página web BdE, http://www.bde.es/bde/es/areas/polimone/entidades/Las_entidades_de_contrapartida.html). El artículo 2.1 del Reglamento (UE) Nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones la define de modo similar al Comité de Basilea: “una persona jurídica que intermedia entre las contrapartes de los contratos negociados en uno o varios mercados financieros, actuando como compradora frente a todo vendedor y como vendedora frente a todo comprador”. También, “¿Qué son las Entidades de Contrapartida Central (ECCs)?” (2014) En Primer Trimestre 2014 de BOLSA, *Revista de Bolsas y Mercados de Valores Españoles*, pág. 74.

identificación de una posible responsabilidad de cualquiera de ambos reguladores, por defectos de supervisión.

3.2. La incorporación de los principios de responsabilidad, independencia y transparencia al nuevo sistema de supervisión.

La justificación de que la actividad de regulación financiera lleve aparejada responsabilidad en su ejercicio, se encuentra, no sólo en todas las razones que justifican la intervención pública en la actividad y a las que ya nos hemos referido, sino también en el hecho de que se trata de una «actividad desarrollada por entidades del poder público en el ámbito de los servicios que antes se incluían en el universo de los servicios públicos, y que hoy, tras el triunfo en el orden jurídico global del modelo económico de la liberalización y la competencia, son asignados por empresas (públicas o privadas) que compiten entre sí en mercados abiertos»²³⁹. La intervención pública en la supervisión, intervención y disciplina de entidades de crédito es, por tanto, una necesidad que deriva de la naturaleza inicial como servicio público, y que se fundamenta en la responsabilidad pública para garantizar la estabilidad del sistema y la protección de los consumidores, fundamentos que ya han sido tratados anteriormente. Por estas razones, queda justificada la intervención pública en la regulación de tal actividad, y en las mismas razones debe basarse la atribución de responsabilidad a los supervisores por defectos en el ejercicio de sus funciones.

La reforma y configuración de un nuevo sistema de supervisión exige profundizar en la regulación de las autoridades de supervisión, para averiguar si su configuración actual, sus competencias de supervisión, y su capacidad de actuación son las adecuadas, dada su posición de garante o si no lo son. Más que necesario, será imprescindible, puesto que la posición de garante conlleva la responsabilidad de vigilar el buen funcionamiento del sistema aparejado con la dotación adecuada de competencias y facultades que permitan intervenir, si es necesario precisamente, para mantener ese buen funcionamiento. Un sistema de supervisión perfeccionado debe incluir un régimen de responsabilidad patrimonial del regulador, que sirva como

²³⁹ TAVARES DA SILVA, S., (2012), “La regulación económica como materia del nuevo derecho administrativo”, en *La regulación económica, en especial, la regulación bancaria, Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 327.

garantía los particulares de los perjuicios que puedan surgir, como consecuencia de tal actividad pública de control. El régimen de responsabilidad patrimonial de los supervisores bancarios debe ser replanteado actualmente a la luz de las reformas, europea y española, implementadas en los últimos años, pues existe en la primera de ellas una tendencia a adoptar el sistema anglosajón de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, basada en la culpa, el cual ya fue anteriormente asumido a nivel internacional por el Comité de Basilea²⁴⁰. Pero esto no significa la exclusión de la responsabilidad de los reguladores, sino un cambio de configuración, que por el momento no tiene reflejo en el Ordenamiento Jurídico administrativo español que sigue acogiendo un régimen objetivo de responsabilidad²⁴¹. Pero sí hay indicios de la introducción de matices de carácter subjetivo en la jurisprudencia española.

Por otro lado, un régimen de responsabilidad patrimonial adecuado también favorecería la reducción de otros defectos del régimen jurídico de los reguladores, que es la falta de independencia real²⁴², que además, es considerada como de las exigencias para una supervisión eficiente por el Comité de Basilea²⁴³. En nuestro país, esta mayor independencia viene siendo reclamada por algunos sectores doctrinales

²⁴⁰ Así resulta del principio nº 2 del documento *Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz*, de 2012, del Comité de Basilea (BPI), página 25.

²⁴¹ Al carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración se ha referido, entre otras muchas, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 14 de octubre de 1994, justificándolo en la exigencia de que un ciudadano (administrado) no soporte las consecuencias lesivas o dañosas de la actuación administrativa, que tiene como finalidad el interés general.

²⁴² La falta de independencia ha sido tratada respecto al sistema bancario norteamericano en CARGILL T.F. Y O'DRISCOLL G.P. Jr. (2014), ob. cit. "Federal Reserve Independence...", págs. 417-435. En España, la autonomía del Banco de España fue un requisito para la incorporación al Sistema Europeo de Bancos Centrales, pero se centra sobre todo, en el ejercicio de las funciones de política monetaria que tiene asumidas, en el aspecto supervisor de entidades de crédito, la LOSSEC de 2014 atribuye numerosas funciones al Ministerio de Economía, y durante la vigencia de la anterior LDIEC de 1988, ocurría lo mismo, habiéndose llegado a reclamar más respeto a la autonomía de la entidad por el Gobernador de la misma en el año 2012 (Miguel Ángel Fernández Ordóñez). Vid. "El Banco de España exige respeto a su autonomía" en Noticias Bancarias (10 abril 2012), además se declaraba por Miguel Ángel Fernández Ordóñez que "convendría traspasar desde el Ministerio de Economía hasta el Banco de España "buena parte de las competencias" del régimen sancionador y de otorgamiento de licencias en línea con las sugerencias del Fondo Monetario Internacional (FMI)".

²⁴³ El principio nº 2 del documento *Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz*, de 2012, del Comité de Basilea (BPI), pág. 10, considera que es principio básico la "Independencia, rendición de cuentas, recursos y protección legal de los supervisores: el supervisor cuenta con independencia operativa, procesos transparentes, un buen gobierno corporativo y recursos adecuados y rinde cuentas del desempeño de sus funciones. El marco jurídico de la supervisión bancaria incluye la protección legal del supervisor".

desde hace tiempo en relación con el Banco de España²⁴⁴, proponiéndose por algunos autores que los reguladores financieros conformen, incluso, un poder separado e independiente del ejecutivo que garantice su neutralidad política, a modo de *cuarto poder* del Estado, con plena autonomía respecto a los tres clásicos poderes tradicionales –legislativo, ejecutivo y judicial-. En este sentido, y en referencia al Banco Central de Portugal se ha propuesto²⁴⁵ la configuración de un cuarto poder del Estado o *fourth branch*, que debería estar integrado por autoridades administrativas independientes que actuasen con sometimiento pleno al principio de legalidad y sometidas al control judicial²⁴⁶. También desde Italia se formuló una propuesta semejante²⁴⁷. Esto es consecuencia de que, en general, todos los países han configurado su propio sistema financiero de un modo semejante y siguiendo una evolución similar a través de un largo proceso que siempre trataba de solucionar los problemas del momento sin pensar en posibles problemas futuros²⁴⁸.

²⁴⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1991), *Derecho Administrativo Económico II*, Ed. La Ley, Madrid, p.49.

²⁴⁵ DE MACHETE, R.C. (2012), "Estatuto e regime das entidades reguladoras, em especial dos Bancos Centrais" en *Regulación económica, en especial, regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Ed. Iustel, Madrid, p. 83-104.

²⁴⁶ Vid. POSTELL J. (2012), *From Administrative State to Constitutional Government, Special report Nº 116*, Ed. The Heritage Foundation (Washington), también STRAUSS, P. (1984), "The place of Agencies in Government: Separation of Power and the Fourth Branch", *Columbia Law Review*, vol. 84, pág. 573 y ss.

²⁴⁷ DURET. P., (2003), "Autorità ed Agenzie e L'Amministrazione in Cammino", en *Autorità indipendente e Agenzie*, Ed. Cedam, Pádua, pág. 44 y ss.

²⁴⁸ Así, en España, se muestra como problema recurrente la existencia de influencias políticas en el Banco de España, a lo largo de su evolución histórica, y desde sus orígenes. Cuando se creó como Banco nacional de San Carlos, tuvo vinculación con el Gobierno, a su política y a servir para sufragar ciertos gastos estatales, siendo este un problema que repercutió en el saneamiento de sus cuentas y en las decisiones de política monetaria y de intervención y ordenación bancaria, a pesar de que, desde el mismo Banco se reclamaba constantemente, y de forma insistente, autonomía e independencia. En este sentido, casi en sus inicios, D. Ramón De Santillán, que fue gobernador del entonces Banco de San Fernando, publicó en 1865 la obra "Memoria histórica sobre los Bancos Nacionales de San Carlos, Español de San Fernando, Isabel II, Nuevo de San Fernando y de España", señalando en el mismo, como principal problema operativo de aquellos la escasa autonomía frente al poder público, creándose de forma constante tensiones entre el Gobierno y sus accionistas, y existiendo una marcada tendencia a que su actuación más que servir a la finalidad del bien común que le correspondería como Banco nacional, hubiese actuado en muchas ocasiones en beneficio privado de sus accionistas. Vid. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., (1991), ob. cit. "Sistema bancario...", pág. 139. Este es un problema estructural del sistema, insertado en el mismo desde sus orígenes y que llega hasta nuestros días; esto último queda patente en las declaraciones del que ha sido Gobernador del Banco de España (D. Miguel Ángel Fernández Ordóñez) hasta 10 de junio de 2012, quien en su discurso de despedida, reclamó más autonomía para la institución, así como un supervisor independiente, declarando que "contar con instituciones reguladoras y supervisoras independientes no garantiza en absoluto que estas no se equivoquen. Pero con ellas se consigue que las decisiones no estén teñidas de motivaciones políticas coyunturales". Destacó del mismo modo en su discurso, el carácter profesional de las decisiones adoptadas durante la vigencia de su cargo –que ha caído de lleno en el periodo de duración de la crisis

Del mismo modo, tanto la adecuada configuración del régimen de responsabilidad patrimonial de los reguladores, como el incremento de su independencia, están estrechamente vinculados con la transparencia de su actuación. Precisamente, la crisis de la confianza en las instituciones públicas ha acompañado a la crisis económica, y este hecho reclama mayor transparencia como medio de reestablecer la confianza perdida en el buen funcionamiento del sistema financiero, y de su control público, pues tras asimilar una crisis en un momento de gran expansión económica, la opinión pública pasó del estupor al malestar, como consecuencia del hecho de que, para evitar males mayores, hubiese tenido que ser necesario inyectar dinero público para sanear los balances de entidades de crédito que asumieron mayores riesgos de los permitidos en su actividad, no siendo capaces los organismos e instituciones públicos de diversos países de regular, supervisar y controlar el sistema adecuadamente²⁴⁹.

Realmente, la necesidad de mayor transparencia es una exigencia que debe afectar a todos los ámbitos de la actividad pública, pero en el ámbito de la supervisión financiera viene vinculada con la necesidad de mayor independencia y de responsabilidad²⁵⁰. Si se refuerza la autonomía e independencia, debe ser la otra cara de la moneda a tales potestades, un régimen de responsabilidad estricto, un tratamiento profesionalizado de las decisiones adoptadas, y la exigencia del cumplimiento de unas condiciones de transparencia que impidan que el sistema degenerare nuevamente. Como mecanismo que favorece la transparencia, encontramos

en nuestro país-, manifestado sin embargo, la posibilidad de haberse equivocado, a pesar de ello, en la adopción de algunas decisiones, pero reclamando a tal efecto el derecho y obligación a "rendir cuentas" en el Parlamento, indicando que la transparencia "que proporciona el Parlamento es una ayuda inestimable para salvaguardar la independencia de la institución (Banco de España) de posibles interferencias de las autoridades y grupos de interés" (Esta manifestación trae a colación el hecho de que se hubiera bloqueado por el partido en el Gobierno su comparecencia ante el Congreso para dar cuenta de la crisis de Bankia.). En el mismo año 2012, un informe del FMI, destacaba, entre otras debilidades del sistema de supervisión español, falta de independencia de los reguladores, bancario y de valores. Vid. Spain: Financial Stability Assessment, June 2012 IMF Country Report No. 12/137, Ed. International Monetary Fund Publication Services (Washington, D.C.), pág. 26. Recuperado el 20 de diciembre de 2014 en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2012/cr12137.pdf>

²⁴⁹ BORREGO RODRIGUEZ A., (2010) "Responsabilidad y crisis económica. Mercados y regulación" en ARRAEZ MONLLOR y FRANCÉS GÓMEZ dir., *Ética y responsabilidad ante la crisis financiera*, Ed. Sider S.C., Granada, pág. 117.

²⁵⁰ Estos valores ya se encontraban como criterios inspiradores de los antecedentes de la unión bancaria, como resulta de la COM (2007)727, de la Comisión de la UE, de 20 de noviembre de 2007, sobre la Revisión del proceso Lamfalussy, pág. 11.

el control judicial de la actividad administrativa, el cual, junto con el régimen de responsabilidad patrimonial, forman las garantías tradicionales, con las que cuenta el ciudadano frente a la actuación administrativa. Como veremos, una de las mayores dificultades para ejercer ese adecuado control de la actividad reguladora, y también para exigir la subsiguiente responsabilidad patrimonial que pudiera derivarse, es el amplio margen de discrecionalidad técnica que gira en torno a las decisiones económico-financieras que, en muchos casos, son coyunturales y requieren formación profesionalizada. La reforma actual reduce el margen de discrecionalidad en algunos puntos, sobre los que ahora se puede extender ese control judicial, y particularmente se contempla la revisión judicial de las resoluciones del FROB en relación con las medidas de resolución que este pueda llegar a acordar. Sin embargo, el régimen de responsabilidad patrimonial actual permite que, a pesar de todo, las reclamaciones que se plantean frente a reguladores, sean infructuosas en todos los casos, resultado que parece contradictorio con un sistema de responsabilidad patrimonial objetivo, y por tanto muy amplio. Esa aparente contradicción resulta, en el fondo, del hecho de que las particularidades de la actividad de supervisión financiera, dificultan la aplicación judicial de un régimen de responsabilidad patrimonial puramente objetivo. Estas particularidades se pueden apreciar tanto en la dimensión normativa europea, como en la española, y son objeto de análisis en los dos capítulos siguientes.

CAPÍTULO II

LA REFORMA DE LA SUPERVISIÓN FINANCIERA EN LA UNIÓN EUROPEA: LA CREACIÓN DE LA UNIÓN BANCARIA

1. LA REGULACIÓN DE LOS MERCADOS FINANCIEROS EN LA UNIÓN EUROPEA.

Los avances más importantes en la regulación de los mercados financieros dentro de la Unión Europea se han realizado en los últimos años, mediante la creación de la unión bancaria. Sin embargo, anteriormente encontrábamos algunas normas con finalidad armonizadora²⁵¹, que no formaban un conjunto normativo de carácter imperativo para los Estados miembros, y tampoco se asumía por parte de Instituciones y Organismos europeos la responsabilidad de la regulación de este sector económico.

²⁵¹ Entre las primeras normas destacan: la Primera Directiva 77/780/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1977, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio, posteriormente derogada y sustituida por la Directiva 2000/12/CE, de 20 marzo de 2000; la Segunda Directiva 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio, y por la que se modifica la Directiva 77/780/CEE; la Directiva 89/647/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1989, sobre el coeficiente de solvencia de las entidades de crédito, modificada por la Directiva 92/30/CEE del Consejo, de 6 de abril, relativa a la supervisión de las entidades de crédito de forma consolidada, Directiva 95/15/CE de la Comisión, de 31 mayo de 1995, por la que se adapta la Directiva 89/647/CEE del Consejo, sobre coeficiente de solvencia de las entidades de crédito, Directiva 95/67/CE de la Comisión, de 15 diciembre, por la que se adapta la Directiva 93/22/ CEE, sobre coeficiente de solvencia de las entidades de crédito, en lo relativo a la definición técnica de Bancos Multilaterales de Desarrollo; Directiva 93/6/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, sobre adecuación del capital de las empresas de servicios de inversión y entidades de crédito. El el marco normativo inmediatamente anterior a iniciarse la crisis, y el aprobado en los primeros años de la misma, estaba formado principalmente por la Resolución UE de 13 de abril de 2000 sobre la Comunicación de la Comisión “Aplicación del marco para los mercados financieros: Plan de acción”; la Resolución UE de 21 de noviembre de 2002, sobre las normas de supervisión prudencial en la Unión; todas las normas aprobadas en el inicio y en la revisión del proceso Lamfalussy (Resolución del Consejo Europeo de Estocolmo de marzo de 2001, Resolución del Parlamento europeo de 5 de febrero de 2002, Decisión de la Comisión 2001/527/CE, de 6 de junio de 2001, Decisión de la Comisión de 2001/528/CE, de 6 de junio de 2001, y las Decisiones 2004/5/CE de 5 de noviembre de 2003 y Decisiones 2004/9/CE de 5 de noviembre de 2003, y posteriormente, Directiva 2005/1/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 9 de marzo); y posteriormente, la Resolución UE de 11 de julio de 2007, sobre la política de los servicios financieros (2005-2010) – Libro Blanco; la Resolución UE de 23 de septiembre de 2008, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre los fondos de cobertura y los fondos de capital riesgo/inversión; la Resolución UE de 9 de octubre de 2008, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el seguimiento del proceso Lamfalussy: futura estructura de supervisión; y la Resolución de 23 de abril de 2009, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las agencias de calificación crediticia.

En la regulación anterior a la reforma, el Derecho europeo regulaba únicamente el aspecto de la política monetaria común, como faceta de los Bancos Centrales, pero no, sus funciones como reguladores del mercado del crédito. Así, mediante la regulación del Sistema Europeo de Bancos Centrales, en adelante SEBC, se regulaba todo lo referente a la moneda única en la zona euro²⁵². En el SEBC quedaban integrados los Bancos Centrales de los Estados miembros que compartían el euro como moneda, junto con el Banco Central Europeo, al que se le conferían funciones con la finalidad principal de dirigir una política monetaria única. No se le confirieron, al crearse el SEBC, funciones supervisoras directas sobre las entidades de crédito, que estaban anteriormente supervisadas por los Bancos Centrales de los Estados miembros y que en ese momento, iban a seguir siendo supervisados por estos. Tan sólo de forma incidental, y porque en el fondo tiene conexión con la estabilidad de la moneda única y el buen funcionamiento del sistema de pagos, cuya vigilancia era función que sí tenía atribuida el BCE²⁵³, se le confirió a este también la posibilidad de contribuir a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y estabilidad del sistema financiero, previéndose, con esta finalidad y mediante un procedimiento legislativo especial, que el Consejo, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo y al Banco Central Europeo, pudiese encomendar al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y otras entidades financieras, con excepción de las empresas de seguros –ex artículo 127.5 y 6 TFUE, en su redacción incorporando el Tratado de Lisboa²⁵⁴–.

A pesar de que, como veremos, sobre esta posibilidad prevista en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se ha construido lo que hoy llamamos unión bancaria, hasta el momento en que se ha hecho efectivo uso de esta facultad, no se había llevado a cabo una supervisión directa de las entidades de crédito de la eurozona

²⁵² Vid. Artículos 127 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y Protocolo núm. 4. En este sentido se destaca en el artículo 127.1 TFUE que el “*objetivo principal del Sistema Europeo de Bancos Centrales, denominado en lo sucesivo «SEBC», será mantener la estabilidad de precios*”.

²⁵³ Vid. artículo 127.2 TFUE.

²⁵⁴ Destacamos el momento en que se introduce porque, a pesar de su inclusión y de que no se desarrolló de forma efectiva en los años siguientes, anteriormente el Tratado de la Unión Europea en su artículo 105.5 y el artículo 3.3 del Estatuto del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del BCE no configuraron a este último como autoridad supervisora, simplemente se le dio carácter auxiliar respecto a las políticas nacionales tras el Tratado de Lisboa, continuando la supervisión como función de los supervisores nacionales. Vid. RODRIGUEZ PELLITERO J. (2015) “La unión bancaria en el contexto de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 28, enero-junio 2015, pág. 64.

por parte del BCE, pues hasta el estallido de la crisis iniciada en los años 2007-2008, no había sido necesario.

Cabe destacar que, a pesar de que toda la actividad supervisora de la unión bancaria se construye sobre los preceptos indicados, se ha señalado que la justificación de la reforma de la supervisión europea, y la consiguiente atribución de funciones al BCE, «no tiene tanto sentido en sí misma, como eslabón de un todo que deba culminar en un mecanismo de rescate bancario que permita el trasvase directo de fondos a los bancos»²⁵⁵. Así pues, cualquiera que sea el fundamento de su construcción, ya la posibilidad de facilitar futuros rescates directos desde el BCE, ya el mantenimiento de la estabilidad del sistema, la regulación financiera se aborda, en la actualidad, con mayor decisión y profundidad que en años anteriores, y ha dado lugar a la creación de organismos supervisores, y al desarrollo normativo del ejercicio de esa función de supervisión prudencial que hasta el momento, no se había ejercido como competencia europea.

2. ANTECEDENTES DE LA UNIÓN BANCARIA.

La Resolución UE de 13 de abril de 2000 sobre la Comunicación de la Comisión “Aplicación del marco para los mercados financieros: Plan de acción” se basaba en la Comunicación de la Comisión COM (1999) 232, de 11 de mayo de 1999, en la que se consideró que el mercado único de servicios financieros se había estado forjando desde el año 1973²⁵⁶. La comunicación de la Comisión de 1999 sobre el Plan de acción en relación con los mercados financieros se puede considerar como un importante antecedente, puesto que pone de relieve la necesidad de crear unas estructuras de supervisión cautelar para prevenir el riesgo sistémico, adecuadas al desarrollo de los mercados financieros que estaban ganando en internacionalización, globalización y desintermediación, lo que ya hacía suponer la insuficiencia de un sistema de

²⁵⁵ GARCÍA-ALVAREZ G. (2014), “La construcción de una unión bancaria europea: La autoridad bancaria europea, la supervisión prudencial del Banco Central Europeo, y el futuro Mecanismo Único de Resolución”, en TEJEDOR BIELSA y FERNÁNDEZ TORRES (Coords.), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, pág. 79, Ed. Civitas – Thomson Reuters (Navarra).

²⁵⁶ Vid. “Servicios Financieros: Aplicación del marco para los mercados financieros: Plan de acción”, Comunicación de la Comisión COM (1999) 232, de 11 de mayo de 99.

supervisión en el que era necesaria reforzar la cooperación y coordinación entre autoridades, y esta, realmente, es la clave del nuevo sistema de supervisión que introduce la unión bancaria. La Comisión, en la propuesta del Plan de Acción consideraba que la legislación de la UE proporcionaba una base jurídicamente vinculante para la cooperación entre supervisores bancarios de distintos Estados miembros, aplicándose en el marco de protocolos de acuerdo bilaterales entre autoridades nacionales de supervisión, rebatiendo así aquellas tesis que mantenían la insuficiencia normativa de la legislación europea para sustentar estas funciones de supervisión coordinadas²⁵⁷. Sin embargo, en relación con toda la red de supervisores que se ha creado y desarrollado después en el marco de la unión bancaria, muchas son las voces que consideran insuficientes las bases normativas sobre las que se asienta²⁵⁸, y en algunos puntos parece aconsejable la reforma del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

A pesar de lo previsto en el Plan de acción de los servicios financieros, el antecedente más significativo anterior a la unión bancaria, es el Comité de supervisores bancarios europeos, que inició su actividad en el año 2004, y que fue creado por la Comisión europea, mediante Decisión 2004/5/CE de 5 de noviembre de 2003²⁵⁹, como resultado del informe de la comisión de Lamfalussy. El primer paso en materia de supervisión dentro de este proceso, sin embargo, no se dio en relación con el sector del crédito, sino en el sector del mercado de valores. Se ha señalado que el Plan de acción de los servicios financieros pronto se consideró insuficiente y dio paso al proceso Lamfalussy, que se introdujo para mejorar y acelerar la actividad legislativa en lo referente a la regulación de los mercados financieros²⁶⁰, pues en el año 2001,

²⁵⁷ “Servicios Financieros: Aplicación del marco para los mercados financieros: Plan de acción”, Comunicación de la Comisión COM (1999) 232, de 11 de mayo de 1999, pág. 12.

²⁵⁸ Las limitaciones de algunos de los mecanismos que forman parte de la unión bancaria se han vinculado en la base jurídica escogida para su construcción por muchos autores. Entre ellos, UGENA TORREJÓN R. (2014), “El Mecanismo Único de Supervisión Europeo: The Single Supervisory Mechanism (SSM)”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27 - julio - diciembre 2014 y nº 28 - enero- junio 2015. Págs. 139-158; También GARCÍA ALCORTA J. (2013), “Observaciones en torno al mecanismo único de supervisión bancaria en la Unión Europea”, en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 34, págs. 51-70.

²⁵⁹ GARCÍA-ALVAREZ G. (2014), ob. cit. “La construcción de una unión bancaria europea...”, pág. 82.

²⁶⁰ GONZÁLEZ MÉNDEZ, V.M. (2009), Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa. Núm. 39, junio 2009, pág. 161, haciendo una reseña de FREIXAS, HARTMANN y MAYER (2008), *Handbook of European Financial Markets and Institutions*, Oxford University Press. Siguiendo las indicaciones del Informe del Comité presidido por Lamfalussy, se sucedieron algunos actos de las Instituciones de la Unión Europea que respaldaban esta iniciativa -así, la Resolución del Consejo Europeo de Estocolmo de marzo de 2001,

según el Informe, existía una “urgente necesidad” de fortalecer la cooperación a nivel europeo entre los reguladores de los mercados financieros y las instituciones encargadas de la micro y macroprudencial supervisión²⁶¹.

El esquema regulatorio introducido por el proceso Lamfalussy suponía cuatro niveles regulatorios que mantenían una distribución de competencias entre supervisores siguiendo el modelo sectorial de regulación²⁶². A pesar de la compleja organización introducida por el proceso Lamfalussy, no se trataba de un sistema supervisor real, puesto que los Comités que formaban parte de la organización de

y la Resolución del Parlamento europeo de 5 de febrero de 2002-. Sobre esta base, mediante la Decisión de la Comisión 2001/527/CE, de 6 de junio de 2001, se creó el Comité europeo de reguladores de mercado de valores, con la finalidad de establecer una regulación europea común, y con la misma finalidad, la Decisión de la Comisión de 2001/528/CE, de 6 de junio de 2001, crea el Comité compuesto por representantes de los Ministerios de Economía de los Estados miembros. Posteriormente este sistema de supervisión se amplió, de modo que también se incluyeron los demás sectores del mercado financiero. De este modo, se incluyó en el incipiente sistema de supervisión común también a los sectores de la banca y seguros, al aprobarse por la Comisión europea, el Comité de supervisores bancarios europeos, y el Comité europeo de supervisores de seguros y de pensiones de jubilación, en las Decisiones 2004/5/CE de 5 de noviembre de 2003 y Decisiones 2004/9/CE de 5 de noviembre de 2003.

²⁶¹ Vid. Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets Brussels, 15 February 2001, p.17, Recuperado el 24 de marzo de 2014 en http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_en.pdf

²⁶² En el primer nivel, se encontraban las Instituciones de la Unión –el Consejo, la Comisión y el Parlamento-, de las que debía salir el marco regulatorio adecuado. En el segundo nivel aparecían los reguladores, a un nivel más técnico, de banca, seguros, valores y conglomerados financieros –es decir, Comité Bancario Europeo (EBC), Comité Europeo de Seguros y Pensiones de Jubilación (EIOPC), Comité Europeo de Valores (ESC), y Comité de Conglomerados Financieros (FCC)-. En el nivel 3 se situaban más supervisores de bancos, aseguradoras y agentes del mercado de valores (Comité Europeo de Supervisores Bancarios –CEBS-, Comité Europeo de Supervisores de Seguros y de Pensiones de Jubilación –CEIOPS-, y Comité de Reguladores Europeos de Valores –CESR-. Finalmente, en el último nivel, se aplicaba la normativa a todos los países de la Unión. Vid. OLCENSE A. y MARTÍN M. (2004), “Estudio sobre la reforma de los mercados financieros europeos: Resumen ejecutivo y principales conclusiones”, *Papeles de la Fundación de Estudios Financieros* nº 5, pág. 16, Ed. Fundación de Estudios Financieros (Madrid). El primero de los autores destaca que, desde el punto de vista normativo, en relación con estos cuatro niveles, el informe Lamfalussy distinguió «el nivel 1, que recoge las leyes marco, Directivas o preferentemente Reglamentos, que se ceñirán a definir los principios generales y los objetivos de la regulación; el Nivel 2, normas de desarrollo reglamentario, que podrán adoptar la forma de Directiva o de Reglamento, y que serán elaboradas por un procedimiento simplificado, con el asesoramiento técnico de CESR (Comité Europeo de Reguladores de Valores), y la aprobación del European Securities Committee; el Nivel 3, las interpretaciones comunes, recomendaciones y códigos voluntarios aprobados por CESR; y el Nivel 4, que supone el mayor control por parte de la Comisión Europea de que los Estados miembros cumplen con sus compromisos de aplicar el Derecho comunitario». Posteriormente, la Directiva 2005/1/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 9 de marzo, establece una nueva estructura organizativa con la finalidad de ampliar las funciones de los supervisores del segundo y tercer nivel, para que fueran ellos los que pudieran informar desde el punto de vista técnico, y de forma previa, la posterior aprobación de las Directivas de la Comisión europea en materia de banca, seguros y bolsa. Vid. GARCÍA-ALVAREZ G. (2014), ob. cit. “La construcción de una unión bancaria europea...”, pág. 84-85.

supervisores no tenían atribuidas ni las capacidades legales adecuadas para abordar las tareas de supervisión, ni recursos suficientes para llevar a cabo una auténtica labor supervisora²⁶³, lo que hubiera supuesto el desempeño de funciones efectivas de control preventivo, de intervención, de carácter normativo, y en su caso, sancionadoras. Las competencias y los medios para su ejercicio, en el sistema Lamfalussy estaban todavía por completo en manos de los Estados miembros, y la función supervisora de los Comités indicados en su actividad junto con las Instituciones de la Unión Europea quedaba limitado a la elaboración de informes técnicos que servían para la aprobación de futuras Directivas, y que desde luego se aprobaban limitadas, en cuanto a sus efectos, para la regulación de aquellas materias que fuesen competencia de la Unión, pero no en las que no hubiesen sido transferidas, dado el principio de atribución específica de competencias²⁶⁴.

Más tarde, la COM (2007)727, de la Comisión de la UE, de 20 de noviembre de 2007 recoge la revisión del proceso Lamfalussy, para lograr una mayor convergencia en la supervisión. Esta revisión deriva de la Directiva 2005/1/CE, que estableció una nueva estructura organizativa de los comités dedicados a los servicios financieros, y que exigió a la Comisión que revisase el proceso Lamfalussy antes de que finalizase 2007. La revisión del proceso Lamfalussy preveía algunas modificaciones que no llegaron a ser totalmente implantadas pues la crisis cambió el sentido de los acontecimientos en lo que a la instauración de aquel sistema de supervisión se

²⁶³ MARTÍN MARÍN J.L. y TÉLLEZ VALLE C., (2009), "La regulación y supervisión del sistema financiero ante la crisis económica", *Boletín de Estudios Económicos* Vol. LXIV - N.º 198 - Diciembre 2009, pág. 459.

²⁶⁴ Nos referimos aquí a la interpretación del principio tomando en cuenta tanto la atribución expresa como a la atribución implícita, si bien la construcción de la unión bancaria se efectúa sobre la base de una atribución competencial subsidiaria, no directa, como veremos. El principio de atribución específica de competencias inicialmente se recogió en el artículo 5, párrafo primero, del TCE, que recogía un principio de atribución de competencias de carácter limitado -«La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna»- dio lugar a una interpretación más amplia posteriormente a la vista del artículo 308 TCE, actual artículo 352 TFUE, del que se ha señalado que la función de este precepto es adaptar y corregir la concepción rígida de la competencia de atribución, y su importancia radica en que permite a la UE expandir sus competencias no sólo para la consecución de los objetivos del Tratado, sino también de los propios de cada una de sus disposiciones específicas. Vid. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (2006), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (5ª ed.), Ed. Tecnos, Madrid. Pero en este último caso, las competencias implícitas o desarrolladas en virtud de lo que se conoce como principio de subsidiariedad tienen su límite en el hecho de que la UE «no extenderá su competencia normativa más de lo necesario para resolver de forma eficaz un problema de alcance europeo», vid. MANGAS MARTÍN A. (2008), "La distribución de competencias en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad", pág. 14, Ed. Fundación Giménez Abad, Zaragoza.

refiere²⁶⁵, y sus previsiones han sido superadas posteriormente por la creación de la unión bancaria. Algunas de las recomendaciones de la Comisión pueden, a pesar de todo, ser tenidas en cuenta en el nuevo sistema de la unión bancaria, siempre que no sean incompatibles con el mismo, pues son consecuencia de la valoración de algunos defectos preexistentes. Destacaremos que la Comisión consideró que debía evitarse lo que se conoce como “sobrerregulación” (*gold-plating*)²⁶⁶, en este sentido se recomendaba que los Estados miembros se abstudiesen, en la medida de lo posible, de

²⁶⁵ Las principales propuestas de la revisión del proceso tenían en cuenta que, en lo referente a los niveles del proceso Lamfalussy, la Comisión, advirtió los retrasos en todos los Estados miembros para efectuar la trasposición de las Directivas en la materia a su Derecho interno, tanto en lo referente a las Directivas del Plan de Acción para los Servicios Financieros, como a las Directivas Lamfalussy, correspondientes a los niveles 1 y 2, lo que evidenciaba que la introducción del proceso Lamfalussy no supuso ningún avance significativo en estos dos niveles. La Comisión también destacó que en lo referente al nivel 3, no se logró el nivel de cooperación y coordinación de los supervisores a pesar de los esfuerzos en este sentido de los Comités que se incluyeron en ese nivel, y que lograr mayor coordinación y cooperación, era uno de los puntos más importantes e innovadores del sistema Lamfalussy, hasta el punto de que se hubiesen «producido así bloqueos evitables en relación con aspectos importantes de la supervisión». Tratando de lograr mayor coordinación y como último esfuerzo dentro del proyecto de Lamfalussy, se aprobaron en enero de 2009 (un poco antes de la publicación del Informe de Larosière, que es la base del sistema actual de la unión bancaria), varias Decisiones de la UE que reorganizaron los comités consultivos de nivel 3 en el sistema de Lamfalussy, y crearon más Comités de expertos (Vid. Decisión 2009/77/CE, de 23 de enero, por la que se crea el Comité de Responsables Europeos de Reglamentación de Valores; Decisión 2009/78/CE, de 23 de enero, por la que se crea el Comité de Supervisores Bancarios Europeos; y la Decisión 2009/79/CE, de 23 de enero, por la que se crea el Comité Europeos de Supervisores de Seguros y Pensiones de Jubilación.). Respecto a los Comités supervisores de nivel 3, se indicó por la Comisión que debería estudiarse la forma de cómo atribuirles mayor responsabilidad política y mayor reconocimiento jurídico, en el ejercicio de sus funciones. Precisamente, lo que, en realidad supone esta idea, es la falta de auténticas competencias en materia de supervisión, que es lo que se está reiterando todavía respecto de la nueva estructura. De hecho, la Comisión, apreció indirectamente este defecto competencial, pues en su Comunicación recoge que «Sea cual sea la forma que adopten, las decisiones de los Comités de nivel 3 no son vinculantes. El Comité de Sabios ha considerado que, aun no siendo vinculantes, son decisiones que tienen un indudable peso. Sin embargo, no siempre ha resultado ser así hasta ahora. La experiencia demuestra que, en sus prácticas corrientes, las autoridades nacionales de supervisión no han aplicado las medidas acordadas en el nivel 3 de manera lo bastante uniforme». Finalmente, en lo referente al nivel 4, esto es, a las autoridades supervisoras nacionales la Comunicación de la Comisión, señalaba que la Directiva bancaria enumeró una serie de facultades específicas de las autoridades de supervisión, y que las autoridades normativas nacionales, en particular en el sector de valores mobiliarios, no necesitaban tener idénticas facultades para aplicar las directivas de la UE y los criterios y directrices del nivel 3, pero que sí que debían disponer de las facultades y los instrumentos mínimos necesarios para cumplir con sus obligaciones (por ejemplo, un sistema de sanciones), siendo esto esencial para el buen desarrollo de las relaciones entre las autoridades de origen y las de acogida.

²⁶⁶ Esta expresión surge en el mismo seno de la UE y ha sido utilizada para hacer referencia al fenómeno por el que los legisladores de los Estados miembros exigen requerimientos mayores que los previstos en las Directivas a transponer, de modo que se complica innecesariamente la regulación en cuestión. Vid, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión titulada “Fomento del espíritu empresarial y la competitividad”, COM(1998) 550, apartado 15, pág. 5: «Often, national legislation which implements a Council and European Parliament Directive is embellished with additional requirements not previously foreseen in the consideration of the legislation by the Community's institutions. These embellishments often impose additional unnecessary compliance costs or administrative burdens on business».

añadir disposiciones nacionales a las ya adoptadas a nivel europeo²⁶⁷. Esta misma recomendación, debería hoy ser tenida en cuenta en la regulación relativa a la unión bancaria.

Finalmente, también se puede considerar antecedente la Directiva sobre los Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID) y su reforma, ya que uno de los objetivos de la supervisión mejorada debe ser la mayor protección del consumidor-depositante-inversor, al ser éste una pieza clave para el buen funcionamiento de los mercados²⁶⁸. Esta Directiva también ha sido objeto de revisión mediante la Directiva

²⁶⁷ En realidad se estaba generalizando una regla anteriormente introducida en el artículo 4 de la Directiva de aplicación de la MiFID -*Markets in Financial Instruments Directive*- (2006/73/CE).

²⁶⁸ La Directiva MiFID 2004/39/CE (de sus siglas en inglés, Market in Financial Instruments Directive) contemplaba el mercado financiero de la UE como una especie de “monopolio natural” (Vid. CRUICKSHANK C., (1994), “The Investment Services Directive”, en WYMEERSCH E. (Ed.), *Further perspectives in Financial Integretation in Europe*, Ed. DeGruyter (1993), sin embargo el efecto de la globalización financiera cambió los esquemas de los mercados y su funcionamiento, haciéndose necesaria una normativa diferente, basada en otros principios de funcionamiento de los mercados. En España, su transposición se ha realizado mediante la Ley 47/2007 de Reforma del Mercado de Valores y su reglamento aprobado por Real Decreto 217/2008. Para mayor detalle vid. DÍAZ RUIZ E. y RUIZ BACHS S. (2008), “Transposición de MiFID en España”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* nº 19-2008, págs. 15-24. Disponible en

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1924/documento/articuloUM.pdf?id=3171>

La MiFID fue considerada como uno de los pilares fundamentales del Plan de Acción de Servicios Financieros de la UE, y con la misma se trata de reforzar la protección a los clientes, en sus actividades de inversión en productos financieros cada vez más complejos. Así la norma se aplica a activos como acciones, bonos, fondos de inversión y derivados; pero no se aplica a cuentas corrientes, depósitos, préstamos, seguros y planes de pensiones. Vid. RODRIGUEZ FERNÁNDEZ DE CASTRO, P. (2012), “La reforma de la MiFID: Protección del inversor”, Observatorio sobre la Reforma de los Mercados Financieros, pág. 165. Recuperado el 6 de agosto de 2015 en file:///C:/Users/Usuario/Downloads/46_la_reforma_de_la_mifid.pdf; también MARTÍN MARÍN J.L. y TÉLLEZ VALLE C., (2009), ob. cit. “La regulación y supervisión del sistema financiero ...”, pág. 450.

Para profundizar en un análisis de sus objetivos vid. CASEY J.P. (2008), “Shedding Light on the UCITS-MiFID Nexus and Potential Impact of MiFID on the Asset Management Sector”, en ECMI Policy Brief Nº 11/April 2008. Ed. CEPS-UE. Recuperado el 5 de agosto de 2015 en <https://www.ceps.eu/publications/shedding-light-ucits-mifid-nexus-and-potential-impact-mifid-asset-management-sector>

En el año 2010, la Comisión Europea comenzó a valorar, en base a un informe del CERS, la reforma de la MiFID, por entender que tras la crisis económica, era necesaria la adopción de nuevas medidas que restaurasen la confianza del inversor y consiguiesen los objetivos iniciales de la MiFID. El gran alcance de la reforma propuesta por la Comisión da lugar a que se denomine a la revisión “MiFID II”, extendiéndose la revisión a tratar de conseguir el aumento de la información que los clientes van a recibir en relación a la prestación de determinados servicios, y a la limitación de los productos sobre los que se prestan los servicios de inversión, además de reducir la volatilidad de los mercados y las prácticas especulativas. Vid. CESR Technical Advice to the EC in the context of the MiFID review: Investor Protection and Intermediaries, (2010), Committee of European Securities Regulators (CESR), France, 29 July 2010, Ref.: CESR/10-859. Consultado el 19/01/2016 en:

https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/10_859_technical_advice_mifid_review_investor_protection_and_intermediaries.pdf. También, RODRIGUEZ FERNÁNDEZ DE CASTRO, P. (2012), ob. cit. “La reforma de la MiFID...”, pág. 174, y VAN SCHAİK A. (2013), “MiFID2: set to fail on

reguladora de los mercados de instrumentos financieros 2014/65/EU (MiFID II), y persigue la protección del inversor muy especialmente. Con todo lo anterior, se cambia la tendencia que algunos apuntaban cuando se aprobó la MiFID, al pensar que con ella, por su estructura y objetivos básicos se aligeraba la sobrerregulación de la que se hablaba en los informes del proceso Lamfalussy. En un momento inicial, algunos consideraron que la MiFID era una regulación basada en principios, y su transposición al ordenamiento de los Estados miembros ofrecía la oportunidad de evolucionar hacia una supervisión igualmente basada en principios que otorgaría una mayor libertad de actuación a las entidades, y concedería mayor campo de actuación a la autorregulación en países como España, por entender que, en ese momento, esta era la tendencia seguida por otros supervisores europeos y también porque parecía ser ese el planteamiento que inspiraba a la Comisión Europea para introducir el principio de *better regulation* en la regulación armonizadora²⁶⁹. Este planteamiento ha cambiado por completo tras la crisis iniciada en 2007-2008, como pasamos a examinar.

3. EL INFORME DE LAROSIÈRE.

3.1. Su evaluación de las causas de la crisis en Europa y soluciones propuestas.

Como consecuencia de la crisis de 2007-2008, se ha confirmado la urgencia de unificar la regulación y la supervisión con el fin de obtener la estabilidad de los sistemas financieros nacionales, y también ha quedado patente que esto incide en la estabilidad de la moneda única. En noviembre de 2008 la Comisión europea encargó a un grupo de expertos de alto nivel presidido por Jacques de Larosière²⁷⁰ la elaboración

food speculation: Why the review of the Markets in Financial Instruments Directive will not fulfil its mandate”, Policy Briefing, April/2013, disponible en

http://www.foeeurope.org/sites/default/files/makefinancework_mifid_loopholes_june2013.pdf

²⁶⁹ MARTINEZ PARDO R. (2007), “La FEF evalúa el impacto de la MiFID”, en *BOLSA*, nº Julio/2007, pág. 52-53.

²⁷⁰ El *Informe Larosière* es un informe elaborado por un grupo de expertos de alto nivel que en octubre de 2008 recibieron el encargo del Presidente de la Comisión Europea de elaborar un Informe sobre los defectos de supervisión en el ámbito financiero y, detectados estos, propusieran soluciones. El Informe se presentó en fecha 25 de febrero de 2009, y en el mismo se destacó la necesidad de introducir urgentemente medidas correctoras actuando a todos los niveles: mundial, europeo y nacional, así como en todos los sectores financieros. Destaca en el mismo, la idea de que por la globalización de la actividad financiera y la interconexión de los mercados, requiere convergencia internacional a través del

de un informe sobre cómo reforzar las medidas de supervisión con vistas a mejorar la protección del ciudadano y a restaurar la confianza en el sistema financiero. En este informe se perfiló, a través de una serie de recomendaciones, la labor que se debía llevar a cabo para conseguir tal finalidad, incluyéndose medidas para paliar los efectos de la actual crisis, y para prevenir los efectos de las futuras en el ámbito del sector crediticio, y en las economías de los miembros de la Unión Europea²⁷¹.

Las recomendaciones propuestas por Larosière suponían la configuración de un nuevo sistema de supervisión en el que quedaban implicadas tanto las Instituciones y otras autoridades de la Unión Europea, como las autoridades supervisoras nacionales de los Estados miembros, en el que debían participar necesariamente las de la eurozona, y podían adherirse voluntariamente las de los Estados miembros que no utilizasen moneda común.

Este nuevo sistema se considera una evolución del anterior e intenta superar sus defectos. De entrada, se caracteriza por diferenciar una supervisión macroprudencial, y una supervisión microprudencial²⁷². Esta segunda es la que debemos entender, realmente, como sistema evolucionado del anterior²⁷³.

Fondo Monetario Internacional, el Foro de Estabilidad Financiera, el Comité de Basilea y los procesos del G-20.

²⁷¹ Vid. Informe de Larosière (The High-level Group on financial supervision in the UE Report), de 25 de febrero de 2009, p. 20. Recuperado el 3 de diciembre de 2013 en http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf

En el mismo se hace referencia a la necesidad de implementar ciertos mecanismos y de crear una estructura organizativa que permita afrontar los aspectos de la supervisión, reestructuración y resolución de los operadores financieros en un marco europeo unificado, ofreciéndose una serie de recomendaciones que en buena medida, se han plasmado y se plasmarán en la Unión Bancaria actualmente en construcción. Del Informe es de destacar la siguiente idea: «El Grupo cree que las autoridades monetarias de todo el mundo y sus autoridades financieras de supervisión y regulación pueden y deben hacer mucho más en el futuro para reducir la posibilidad de que sucesos como este vuelvan a producirse. Esto no quiere decir que sea posible prevenir todas las crisis futuras. Ese no sería un objetivo realista; pero lo que sí podría y debería prevenirse es la clase de debilidades sistémicas e interconectadas a la que hemos asistido y que ha traído consigo unos efectos tan contagiosos. Con el fin de evitar que este tipo de crisis pueda repetirse, es preciso introducir una serie de cambios políticos fundamentales que conciernen a la Unión Europea, pero también al sistema mundial en su conjunto».

²⁷² El informe introdujo la distinción de los aspectos macroeconómicos y los microeconómicos. Hasta el momento no se había tenido en cuenta la regulación macroeconómica, y se propuso la creación de un nuevo organismo, denominado Consejo Europeo de Riesgos Sistémicos (CERS), que sería presidido por el Presidente del BCE, vinculado al BCE y con el apoyo logístico de este, y que debería estar integrado por los miembros del Consejo General del BCE, los presidentes del CSBE, del CESSPJ y del CERV, así como un representante de la Comisión Europea. El CERS debería reunir y analizar toda la información pertinente para la estabilidad financiera, relativa a las condiciones macroeconómicas y a la evolución de la supervisión macroprudencial de todos los sectores financieros. También se propuso la creación de un

Las autoridades europeas de supervisión se crean sobre la base del artículo 114 TFUE²⁷⁴, y se tuvo también en cuenta la interpretación del mismo realizado por la STJUE dictada en el asunto C-217/04, de 2 de mayo de 2006, en el asunto de Reino Unido contra el Parlamento europeo y el Consejo de la UE, en la que el TJUE consideró que en base a dicho artículo es posible acordar la creación de organismos de la UE para armonizar legislaciones de los Estados miembros.

El informe parte del hecho de que existe una evidente diversidad de sistemas y modelos de regulación dentro de la eurozona, y que además, como ya se evidenció en el sistema de Lamfalussy, la transposición del Derecho de la UE a los Estados miembros ha sido en esta materia muy diversa. Se propone, en consecuencia, la armonización de las legislaciones nacionales y mantener una posición única en los diferentes foros internacionales²⁷⁵, aunque esto no se considera suficiente.

Las propuestas de mejora o recomendaciones del Informe de Larosière eran muy amplias y afectaban a diversos aspectos de la actividad supervisora²⁷⁶, y una de

sistema de alerta temprana a cargo del CERS y del Comité Económico y Financiero (CEF), quienes si detectasen riesgos de mal funcionamiento general del sistema monetario y financiero, deberían advertir al FMI, al Foro de Estabilidad Financiera y al Banco de Pagos Internacionales (BPI) a fin de definir las acciones adecuadas a nivel tanto comunitario como mundial. Respecto a la supervisión microprudencial se propuso la creación de un Sistema Europeo de Supervisores Financieros (SEFS). Este Sistema se proyectó pensando en una red de supervisores descentralizada, en la que los supervisores nacionales seguirían llevando a cabo las labores cotidianas de supervisión, pero que se coordinarían a través de tres Autoridades europeas que deberían sustituir al CSBE, al CESSPJ y al CERV. Este SEFS se ideó con carácter independiente de las autoridades políticas, pero plenamente responsable ante ellas.

²⁷³ MARTÍN MARÍN J.L. y TÉLLEZ VALLE C., (2009) ob. cit. “La regulación y supervisión del sistema financiero...”, pág. 459.

²⁷⁴ Este precepto permite a la UE instituir un organismo comunitario para alcanzar una armonización en situaciones en las que, para facilitar la ejecución y aplicación uniformes de actos basados en dicha disposición, se considera que es adecuado adoptar medidas no vinculantes de acompañamiento y encuadramiento. Vid. GARCÍA ÁLVAREZ G. (2017), “Las autoridades europeas de supervisión y su compatibilidad con el Derecho Europeo”, en BELANDO GARÍN (Dir.), *La supervisión del mercado de valores: la perspectiva del inversor-consumidor*, Ed. Civitas (Navarra), pág. 20.

²⁷⁵ MARTÍN MARÍN J.L. y TÉLLEZ VALLE C., ob. cit. (2009), “La regulación y supervisión del sistema financiero...”, pág. 459.

²⁷⁶ Así, las recomendaciones se extendieron sobre la necesidad de revisar el sistema de supervisión resultante de Basilea II, cuestión que se ha llevado a cabo a través del marco regulador de Basilea III, al que ya hemos hecho referencia en otros puntos de este trabajo, y que ha sido impulsado por la Unión Europea en esa sede, ya que algunas de las propuestas de este informe se referían a la conveniencia de que la Unión Europea actuase como bloque en los foros internacionales promoviendo una regulación internacional uniforme. El informe hizo también recomendaciones para concretar un concepto común de capital reglamentario, establecer normas contables aplicables a las entidades de crédito que sean adecuadas a su modelo de negocio, y clarificar y acordar una metodología común y transparente para la valoración de los activos en mercados ilíquidos. También proponía algunos mecanismos para garantizar la aplicación de la Directiva Solvencia II, como un proceso de mediación vinculante entre los

las mayores aportaciones incluidas en las recomendaciones de este informe es la consideración de que la regulación, la supervisión y los mecanismos de gestión y resolución de crisis forman un continuo²⁷⁷, y esto ha conllevado la regulación y

supervisores. El informe se refirió a la conveniencia de establecer una regulación de las agencias de calificación crediticia, las cuales deberían estar registradas y controlada su actividad. Otra recomendación del Grupo de alto nivel se centraba en que las autoridades competentes en todos los Estados miembros deben estar investidas de poderes de supervisión suficientes para garantizar el cumplimiento de la normativa aplicable por parte de las instituciones financieras, y las autoridades competentes deben disponer de regímenes sancionadores potentes, equivalentes y disuasorios para luchar contra cualquier tipo de infracción financiera. Sobre el sistema de sanciones resultante de la reforma también se incidirá más adelante. Algunas recomendaciones del Grupo se referían a la mejora de las condiciones de los mercados y de la configuración jurídica de los operadores de los mismos, tales como establecer una regulación adecuada para el denominado “sistema bancario paralelo” –es decir el conjunto de entidades y operaciones realizadas al margen de la regulación del sistema por no encajar totalmente con la regulación del concepto actual de entidad financiera o de operación sujeta a un determinado sistema normativo-. Vid. Esta expresión utilizada en el Informe de Larosière es equivalente al shadow banking system. Sobre la equivalencia de ambas expresiones vid. PALÀ LAGUNA R. (2014), “Shadow Banking”, en TEJEDOR BIELSA y FERNÁNDEZ TORRES (Coords.), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, pág 389, Ed. Civitas – Thomson Reuters (Navarra). También se recomendó que a la lógica ampliación de la regulación para extender su ámbito a estas entidades o actuaciones que hasta el momento, quedaran al margen, debiera acompañarse de algunas medidas que incrementasen la transparencia, como la obligación de información y registro de esas operaciones a los gestores de fondos de cobertura, y de medidas que incrementasen la solvencia de los operadores que invirtieran en derivados extrabursátiles. Se recomendó también implementar una regulación adecuada de los fondos de inversión, proponiéndose el desarrollo de reglas comunes para los fondos de inversión en la UE. Muy particularmente se recomendó evitar la sobrerregulación o *gold-plating*, para cuya finalidad se considera necesario que los Estados miembros y el Parlamento Europeo evitasen promulgar leyes que permitiesen una aplicación y una transposición incoherentes, y que la Comisión y los Comités de nivel 3 identificasen las excepciones nacionales cuya supresión permitiría mejorar el funcionamiento del mercado financiero único, reducir las distorsiones de la competencia y el arbitraje reglamentario o aumentar la eficiencia de la actividad financiera transfronteriza en la UE. Sin perjuicio de esto, sí se consideró aceptable que un Estado miembro pudiera adoptar medidas reglamentarias más restrictivas si lo considerase apropiado para proteger su propia estabilidad financiera, siempre que se respeten los principios del mercado interior y las normas mínimas comunes. El Grupo destacó otros defectos regulatorios referentes a fallos de la gobernanza corporativa que afectaban a las estructuras, procedimientos (especialmente de control de riesgos internos), y políticas de los órganos de gobierno de algunas entidades. En España esta idea se predicaba muy especialmente respecto de las cajas de ahorros, y ha sido objeto de la gran reforma llevada a cabo respecto de las mismas. Respecto a los defectos regulatorios en la gestión de riesgos a nivel de supervisores, se recomendó la reducción del riesgo moral, la realización de inspecciones preventivas más frecuentes, y que los supervisores considerados autoridades competentes en la UE dispusiesen de herramientas apropiadas y equivalentes para la prevención de las crisis y la intervención en situaciones de crisis, debiendo, a tal efecto, eliminarse los obstáculos jurídicos que dificultasen el uso de tales herramientas en el ámbito transfronterizo, mediante la adopción de medidas adecuadas a escala comunitaria. Otras recomendaciones afectaban a diferentes elementos del sistema: respecto a los sistemas de garantía de depósitos en la UE se estableció que deberían armonizarse y, preferiblemente, contar con financiación previa del sector privado (en casos excepcionales, completada por el Estado) y proporcionar un alto grado de protección a todos los clientes de la UE, protección que, por su parte, debería ser equivalente en los distintos países.

²⁷⁷ FIELD L. y PÉREZ D. (2009), “El informe del grupo de alto nivel sobre supervisión financiera en la UE: el Informe Larosière”, *Estabilidad Financiera* nº 16, pág. 44, Ed. Banco de España (Madrid).

aprobación de los correspondientes Mecanismos de Supervisión, de Resolución y de Estabilidad, que se incardinan en la unión bancaria.

El Informe ha sido seguido por la Unión Europea en el diseño del nuevo sistema, pero ha recibido críticas porque podía haberse propuesto un sistema más ambicioso, promoviendo la centralización de la función de supervisor, que el caso de la supervisión de crédito, podría haber quedado atribuida al BCE, o imponiendo un doble sistema de supervisión semejante al norteamericano, si se acogiera el sistema de la doble licencia *-two-tier system*²⁷⁸.

Pero para acoger cualquiera de los dos casos anteriores existen algunas dificultades jurídicas, pues, la primera opción se basaría en lo previsto en el artículo 127.6 TFUE, y no parece su previsión suficiente para sostener ni siquiera todos los puntos de la actual construcción de supervisores; y la segunda de las propuestas también requiere una distribución competencial, como la que se ha hecho con el sistema introducido en base al Informe de Larosière, y encuentra el mismo problema ya que el artículo 127.6 TFUE sólo admite la intervención del BCE en la supervisión financiera con la autorización del Consejo a propuesta de la Comisión y con informe del Parlamento Europeo, para el desarrollo de competencias específicas, y por el momento no tiene competencias que pueda ejercer de forma totalmente autónoma.

En consecuencia, una atribución de supervisión genérica sobre el sistema financiero no queda amparada por este precepto, y esto hace que deban de compartirse competencias con los supervisores nacionales o que se proceda a reformar del TFUE para atribuir a la Institución europea (BCE), las competencias suficientes para esto, y en este punto falta el consenso de los Estados miembros.

²⁷⁸ VEGA SERRANO J.M. (2013), "El Banco de España y el sistema europeo de supervisión", en MUÑOZ MACHADO y VEGA SERRANO (dirs.), *Regulación económica, Vol. X Sistema Bancario*, pág. 189. Ed. Iustel (Madrid).

3.2. Crisis financiera y deuda soberana: la ruptura de su conexión como solución de carácter macroeconómico.

La supervisión macroprudencial propuesta por el Grupo de Larosière tiene su origen en la vinculación de la crisis financiera con las deudas soberanas y otras grandes debilidades en las economías de distintos Estados miembros²⁷⁹, que realmente han supuesto un peligro de desequilibrio sistémico para la moneda única²⁸⁰. Dejando al margen donde se iniciara la crisis económica, lo cierto es que su origen está vinculado, en mayor o menor medida, con la pérdida de valor de productos financieros poco regulados, y que, por la globalización de los mercados financieros, ha tenido consecuencias mundiales. Pero en todos los países los efectos no han tenido la misma repercusión, ni tampoco tienen la misma combinación de causas concurrentes. Mientras en unos casos, el origen de los defectos de solvencia se encuentra en la inversión en productos muy arriesgados, a veces mal calificados por las agencias de calificación crediticia y a veces fuera de supervisión por los reguladores públicos, en otros países, la pérdida de confianza de los propios operadores de este mercado en la solvencia de las contrapartes, llegó a producir una intensísima restricción de liquidez²⁸¹.

Dentro de la zona euro se ha puesto de manifiesto, como consecuencia de todo lo anterior, que las crisis soberanas de algunos Estados miembros y las deudas privadas de la banca, conllevan grandes debilidades sistémicas. A ellas se han sucedido ayudas públicas, y es esto lo que ha puesto en peligro la estabilidad de la moneda única, siendo evidente, en consecuencia, el hecho de que la unión monetaria creada con el SEBC no puede funcionar al margen de una unión bancaria en la que la supervisión

²⁷⁹ Los países más afectados por debilidades importantes en su economía han sido Grecia, Irlanda, Portugal y España. Vid. LÓPEZ, RODRIGUEZ Y AGUDELO (2010), "Crisis de deuda soberana en la eurozona", *Perfil de Coyuntura Económica* Nº. 15, agosto 2010, págs. 33-58, Ed. Universidad de Antioquia.

²⁸⁰ Vid. EIU special report: "State of the union. Can the euro zone survive its debt crisis?", pág. 7, March 2011, Ed. Economist Intelligence Unit. Disponible en http://pages.eiu.com/rs/eiu2/images/EuroDebtPaperMarch2011.pdf?mkt_tok=3RkMMJWWfF9wsRow5%2FmYJoDpwmWGd5mht7VzDtPj1OY6hBkvLiJK1TtuMFUGpsqOOyXFFA%3D

²⁸¹ VEGA SERRANO J.M. (2011), ob. cit. *La regulación...*, p.261.

uniforme es una pieza clave, dada la estrecha vinculación entre la estabilidad monetaria única y la de las economías de los Estados miembros²⁸².

Además, no sólo estos fallos de carácter macroeconómico pueden desestabilizar el sistema financiero, también la inestabilidad de este último, puede generar consecuencias que no sólo cierran el círculo, sino que además pueden generar un bucle del que es difícil salir²⁸³. La interacción está clara, y esta última crisis ha mostrado que la estabilidad financiera es una condición previa para que la economía real proporcione puestos de trabajo, crédito y crecimiento²⁸⁴, y por su parte la recesión económica genera inestabilidad financiera, entre otros motivos, por la desconfianza en la buena salud del sector en estas situaciones. Entre todos estos aspectos se crean unas sinergias que vienen a afectar de algún modo a la estabilidad de las economías nacionales, de ahí que las reformas propuestas contemplen todos los aspectos en los que se ha encontrado alguna debilidad.

El efecto de transmisión de la inestabilidad financiera a las economías soberanas ha quedado patente con la crisis de 2007-2008²⁸⁵, siendo un elemento

²⁸² La comunicación de las debilidades entre el sistema financiero y las economías nacionales han seguido diversas dinámicas, pero es innegable su vinculación, de modo que, como se ha señalado, “la crisis ha puesto de manifiesto que la arquitectura del sistema financiero europeo, basado en supervisores nacionales y con mecanismos de resolución nacionales, resulta inadecuada para garantizar la estabilidad financiera de una zona con una moneda común. Así, la prociclicidad del nexo entre riesgo soberano y riesgo bancario se ha hecho evidente, y hemos podido ver situaciones en las que el deterioro del sistema financiero ha superado ampliamente la capacidad fiscal de un país (caso de Irlanda) o en las que el desequilibrio de las cuentas públicas, que ha traído consigo aumentos del spread soberano, han contribuido negativamente al encarecimiento de la financiación o hasta al cierre del mercado incluso para los bancos más solventes”. Vid. MALDONADO (coord.), 2014, “La Unión Bancaria, un proceso irreversible en marcha”, *Centro del Sector Financiero* de PwC e IE Business School, pág.6.

²⁸³ La extraordinaria influencia mutua entre Estados y sistema bancario se pone de relieve en VERGES, ONTIVEROS y VALERO (2013), “La crisis bancaria y de deuda soberana en España: Orígenes e interrelaciones”, págs. 128-155, *Ekonomiaz* Nº 84, 3er cuatrimestre, 2013. Los autores indican que: «España e Irlanda son los dos países más paradigmáticos en cuanto al proceso de autoalimentación mutua entre la crisis bancaria y la de deuda soberana. Ese proceso se inicia con la constatación de unos sistemas bancarios muy debilitados y necesitados de reforzamiento desde el sector público. El apoyo del sector público, tanto explícito como implícito, deteriora la calidad crediticia de éste, que acuciado por los mercados se ve obligado a asumir políticas de austeridad que agravan todavía más la recesión, y el deterioro de los bancos. Estos, a su vez, dejan de cumplir la función de financiación a la economía, añadiendo un nuevo eslabón a la cadena de interdependencias, que será tanto más intensa cuanto mayor sea el peso de los bancos en el sistema financiero».

²⁸⁴ Así se recoge como fundamento en el Reglamento nº 1092/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010 relativo a la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión Europea y por el que se crea la Junta Europea de Riesgo Sistémico.

²⁸⁵ Al mismo tiempo que se conocían los indicios de la crisis en el ámbito inmobiliario y en el sector de la construcción, así como en el bancario, se conocieron las debilidades en algunas economías estatales

esencial que conecta esa transmisión el riesgo moral –*moral hazard*–, porque supone la relajación de las prácticas financieras por las entidades privadas, asumiendo riesgos excesivos, con la confianza de que el Estado hará siempre todo lo necesario mantener la estabilidad del sistema, incluso rescatarlas.

Para romper el círculo vicioso, la reforma unifica los mecanismos nacionales de resolución de entidades de crédito a través del Mecanismo Único de Resolución integrado en la unión bancaria, como pieza clave del nuevo sistema, aunque también ha recibido ciertas críticas²⁸⁶, y en torno al cual, se generan nuevos problemas, entre otros, problemas de responsabilidad patrimonial derivada de su actividad, como se pone de relieve en el Capítulo IV.

La eliminación del riesgo moral depende, en una parte importante, del sistema de reestructuración de deuda soberana que se acoja. Al respecto se han realizado interesantes propuestas en el sentido de que es necesario un cambio en la forma en que el Fondo Monetario Internacional presta ayuda, y el establecimiento de un régimen de reestructuración de deuda soberana en Europa, en el cual, todavía no se ha pensado desde el punto de vista normativo²⁸⁷, proponiéndose que el Mecanismo Europeo de Estabilidad sea también mejorado incorporando un procedimiento judicial, de carácter concursal²⁸⁸. Igualmente se han destacado las medidas que inciden en la reestructuración de la deuda tanto *ex ante* (mediante pactos previos que permitirán

vinculadas a “*la caída de los ingresos fiscales de los Estados y del aumento del gasto público*”, ambos creando tensiones en el mercado de deuda soberana. Vid. UGENA R. (2016), “Hacia un sistema financiero de nuevo cuño: reformas pendientes y andantes”, en ALONSO C. (dir.), *Hacia un sistema financiero de nuevo cuño: Reformas pendientes y andantes*, pág 31, Ed. Tirant lo Blanch (Valencia).

²⁸⁶ El nuevo sistema, a pesar de todo, ha recibido críticas porque se dice que adolece de un sistema de mutualización de garantías sobre los depósitos bancarios para reducir la fragmentación financiera en la eurozona, autorizando al Banco Central Europeo para la compra directa de deuda pública de los Estados miembros, pero esta medida requeriría una reforma del TFUE, y serviría también para la financiación de deuda soberana. VERGES, ONTIVEROS y VALERO (2013), “La crisis bancaria y de deuda soberana...”, ob. cit., págs. 154. Expresamente destacan «...el BCE, en nuestra opinión, debe ser más activo en la compra directa de deuda pública, de la misma forma que lo hace la Reserva Federal, en lugar de utilizar a los bancos como canal prioritario de la financiación de la deuda soberana. En estos momentos, los Tratados no permiten dicha financiación a través del mercado primario, motivo por el cual el BCE sólo ha intervenido en el mercado secundario».

²⁸⁷ BUCHHEIT y otros (2013), Policy Proposals for the Euro Area and Beyond, en *Revisiting Sovereign Bankruptcy*, pág. 29-50. Ed. Brookings Institution. Disponible en: http://www.brookings.edu/~media/research/files/reports/2013/10/sovereign%20bankruptcy/ciepr_2013_revisitingsovereignbankruptcyreport.pdf

²⁸⁸ El tema se trata ampliamente por PAULUS y TIRADO (2013), en “Sweet and lowdown: a resolvency process and the eurozone’s crisis management framework”, en *Law and Economics Yearly Review*, Ed. Fondazione Capriglione – Queen Mary University of London.

una mejor reestructuración de la deuda llegado el caso de ser necesario), como *ex post* (con un tratamiento adecuado de la deuda en el momento de su reestructuración)²⁸⁹.

En definitiva, vista la conexión entre la deuda soberana y la crisis financiera, y cómo incide la vinculación entre ambas para dificultar la superación de esta última, no podemos sino afirmar la importancia de los Mecanismos de Resolución y de Estabilidad como acompañantes necesarios e integrados junto con el Mecanismo Único de Supervisión, para que el nuevo sistema sea exitoso. La unión bancaria es la solución ofrecida por la UE para romper las sinergias negativas entre deuda soberana de los Estados y el balance de sus entidades de crédito²⁹⁰. La unión bancaria realmente está integrada por cinco elementos: un Código normativo único²⁹¹, el Mecanismo Único de Supervisión, el Mecanismo Único de Resolución, el Mecanismo de Estabilidad, y un Fondo Europeo de Garantía de Depósitos²⁹². Los Mecanismos Europeos de Supervisión, de Resolución y de Estabilidad, están interrelacionados, y en cierto modo, la eficacia de cada uno de ellos depende de la de los demás²⁹³.

²⁸⁹ MODY A. (2013), "Sovereign debt and its restructuring framework in the euro area", pág. 5, Bruegel Working Paper 2013/05, Ed. University of Pittsburgh, recuperado el 24 de noviembre de 2013 en [http://aei.pitt.edu/43182/1/Sovereign_debt_and_its_restructuring_framework_in_the_euro_area_\(English\).pdf](http://aei.pitt.edu/43182/1/Sovereign_debt_and_its_restructuring_framework_in_the_euro_area_(English).pdf)

²⁹⁰ VERGARA FIGUERAS D., (2014), "Una panorámica de la unión bancaria", en *Revista Estabilidad Financiera*, Núm. 27, pág. 17, Ed. Banco de España, Madrid. Vid. también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo "Hoja de ruta hacia una unión bancaria", COM(2012) 510, de 12 de septiembre de 2012, pág. 2. Se recoge la idea de que es la solución para «romper el vínculo entre deuda del Estado y deuda bancaria y el círculo vicioso que ha llevado a la utilización de más de 4,5 billones EUR de dinero de los contribuyentes para rescatar a los bancos en la UE».

²⁹¹ El código normativo único o *single rulebook*, contempla tres vertientes normativas. La primera, contiene la normativa sobre requerimientos de capital que son la introducción de las reglas de Basilea III al Derecho europeo (Directiva 2013/36/UE, y Reglamento UE nº 575/2013). La segunda recoge la Directiva 2014/59/UE, de recuperación y resolución bancaria, que contempla medidas de resolución para entidades no viables y regula el proceso de rescate interno, que consiste en la asunción jerarquizada de pérdidas por parte de accionistas y acreedores, además de prever la financiación del Fondo Único de Resolución. La tercera se concentra en la Directiva de los Sistemas de Garantía de Depósitos 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 relativa a los Sistemas de Garantía de Depósitos. Vid. MALDONADO L. (Coord.), (2014), "La Unión Bancaria: ahora empieza de verdad", Informe del Centro del Sector Financiero de PwC e IE Business School, pág. 11, Ed. Centro del Sector Financiero PwC e IE Business School, Madrid. Disponible en <http://csf.ie.edu/publicaciones>

²⁹² Así lo destacó el Vicepresidente del BCE Vítor Constâncio, en la segunda conferencia sobre regulación y supervisión en la UE: "Banking and Supervision under Transformation", organizada por la Financial Supervisory Authority, en Helsinki, 12 de febrero de 2013. Disponible en <http://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2013/html/sp130212.en.html>

²⁹³ Muchos estudios tratan la necesidad de los instrumentos indicados. Algunos destacan el protagonismo de unos sobre otros, como por ejemplo, del mecanismo único de supervisión, y del

3.3. La creación del Sistema Europeo de Supervisión Financiera como respuesta a los problemas microeconómicos.

La reforma del sistema de supervisión europeo se ha llevado a cabo en dos fases. Durante la primera, los tres conceptos que se consideraron esenciales fueron los de liquidez, confianza y estabilidad²⁹⁴, de modo que en esta fase la UE, de lo que se ocupó es de resolver los problemas de liquidez y estabilidad existentes.

La segunda fase, fue de reestructuración, y sobre la base del Informe de Larosière, la Comisión Europea promovió la reforma de la supervisión financiera europea, para lograr un sistema más armonizado y mejor coordinado, que permitiese prever de forma eficaz los problemas futuros, mediante diversas comunicaciones emitidas en el año 2009²⁹⁵. Este sistema de supervisión único descansa sobre el Sistema Europeo de Supervisores Financieros (SESF), consistente en una red de supervisores financieros nacionales que trabajan coordinados con las nuevas

mecanismo único de resolución de entidades cuya viabilidad se ve amenazada, vid. BENZO A. (2013), "Construir una Unión Bancaria", en *Papeles de Economía Española*, N.º 137, pág. 29.

²⁹⁴ En fecha 29 de octubre de 2008 se publicó la Comunicación de la Comisión Europea "De la crisis financiera a la recuperación: Un marco europeo de acción", en la que se establecían una serie de medidas para actuar de forma coordinada, a través de las fases de estabilización y reestructuración, que posteriormente se desarrollaron en el Plan de recuperación económica. En la primera fase de estabilización, lo que se preveía era frenar el desarrollo de la crisis, aportando financiación a aquellos Estados miembros que lo necesitasen desde el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional, aprobando en consecuencia Reglamento 407/2010 del Consejo UE, de 11 de mayo, que estableció un mecanismo europeo de estabilización financiera. Vid. LOPEZ GARCIA, M.I., (2012), "La Comisión Europea y su papel ante la crisis", en *La regulación económica, en especial, la regulación bancaria, Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 360.

²⁹⁵ Entre las que destacan, la Comunicación de la Comisión de 4 de marzo de 2009 para el Consejo Europeo de Primavera, "Gestionar la recuperación europea", COM(2009) 114, y la Comunicación de la Comisión de 27 de mayo de 2009: "Supervisión financiera europea", COM(2009) 252. La primera se centra en las medidas más inmediatas para tratar de resolver las situaciones creadas con la crisis económica y apunta las reformas necesarias para establecer una supervisión mejorada, y la segunda se centra en la creación de un nuevo sistema de supervisión sobre la base de la primera y sobre el Informe de Larosière, siendo esta en la que nos vamos a centrar, dado que, al orientar las reformas posteriores, tiene mayor vocación de permanencia. Como desarrollo de las propuestas de la misma, el Consejo Europeo, en sus conclusiones de 19 de junio de 2009, confirmó que convenía crear un Sistema Europeo de Supervisores Financieros, compuesto por tres nuevas Autoridades Europeas de Supervisión. Este sistema debía estar orientado a mejorar la calidad y la coherencia de la supervisión nacional, reforzar el control de los grupos transfronterizos y establecer un código normativo único aplicable a todas las entidades financieras del mercado interior. La transformación del modelo de supervisión de los mercados financieros se establece en la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo, de 21 de octubre de 2009 [2009/0140 (COD)]. El texto modificado se adoptó por Resolución del Parlamento Europeo, el 22 de septiembre de 2010 [COM(2009)0499 – C7-0166/2009 – 2009/0140(COD)].

Autoridades Europeas de Supervisión y el Banco Central Europeo (BCE), y donde existe una atribución de competencias compartidas entre los supervisores europeos y los nacionales de los Estados miembros que se integran en el sistema²⁹⁶.

Lo más significativo es que con la nueva organización se acoge, en el fondo, un modelo mixto de supervisión financiera, en parte siguiendo el modelo *twin peaks* (se diferencia supervisión macro y microprudencial)²⁹⁷, y en parte sectorial (se diferencia un control por sectores), dando lugar a un sistema propio para la Unión Europea y que esperamos sirva para conjugar las ventajas de cada uno de ellos, minimizando los defectos respectivos. El modelo *twin peaks* se ve reflejado claramente en las funciones que se atribuyen a la Junta Europea de Riesgo Sistémico –en adelante, JERS–, frente a las de las Autoridades Europeas de Supervisión Bancaria, de Valores y de Seguros y Pensiones, mientras que el modelo sectorial es seguido en la distribución de la actividad de control entre estas últimas. Tal vez este modelo mixto cumpla la doble función de coordinar la supervisión en los Estados miembros que acogen diferentes modelos de supervisión, y suplir los defectos de cada uno de ellos, pues, como se ha señalado, ninguno fue adecuado para prevenir la crisis²⁹⁸.

Sobre esta base, la función prevista para los supervisores europeos es «la centralización de determinadas tareas a nivel europeo, con vistas a promover normas

²⁹⁶ El Informe anual sobre las actividades de supervisión del BCE 2014, de marzo 2015, en su pág. 5, recoge la idea de que esta supervisión se desarrolla apoyándose en la supervisión nacional, pero bajo la dirección del BCE cuando se trata de entidades significativas: “La estructura de estos equipos, así como la de los servicios horizontales con las redes de expertos de las ANC, combina el profundo conocimiento específico de los supervisores nacionales con la experiencia multidisciplinar del BCE”. El Informe ha sido consultado por última vez el 20 de enero de 2016 y está disponible en <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesBCE/InformeAnualMUS/2014/ssmar2014.es.pdf>

²⁹⁷ El denominado modelo “*twin peaks*”, supone la coexistencia de: un supervisor de la solvencia general de las entidades y su “riesgo sistémico”; y otro supervisor que vigile la actuación de las entidades en los mercados, su relación con los clientes y todo aquello que afecta a la transparencia. Este modelo se basa en la idea de que la solvencia de las entidades financieras, de un lado, y la supervisión del buen funcionamiento del mercado, de otro, responden a finalidades y prácticas distintas, cuestión que puede provocar conflictos entre una y otra función, como señalan DE HOES J.R. Y GARCÍA-PERROTE G. (2010), “La nueva arquitectura europea para la regulación y supervisión financiera”, Working Paper IE Law School, AJ8-174, 05-12-2010, pág. 6, Ed. IE Law School, publicado por IE Publishing (Madrid).

²⁹⁸ LASTRA R.M. (2010), “Modelos de regulación financiera en el Derecho comparado”, en MUÑOZ MACHADO y VEGA SERRANO (dirs.), *Regulación económica, Vol. X Sistema Bancario*, pág. 271-272. Ed. Iustel (Madrid), con cita a GARICANO y LASTRA (2010), “Towards a new architecture for Financial Stability: Seven principles”, *Journal of International Economic Law*, Vol.13, Nº 3, Septiembre 2010, págs. 597-621.

armonizadas y prácticas de supervisión coherentes»²⁹⁹. De hecho, se ha destacado que el motivo de su creación ha sido la falta de coordinación anterior de los supervisores nacionales³⁰⁰. Desde una perspectiva más amplia, se podría considerar que la integración de los reguladores nacionales en el SESF, forma parte de un proceso gradual³⁰¹, iniciado con los antecedentes antes comentados.

4. LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL DE LA UNIÓN BANCARIA.

4.1. La supervisión macroprudencial: el control del riesgo sistémico.

Según el Informe Larosière, el «objetivo de la supervisión macroprudencial es limitar las dificultades del sistema financiero en su conjunto»³⁰². Para llevarla a cabo, se han aplicado diferentes soluciones, destacando la elaboración de sistemas de alerta temprana para indicar la aparición de riesgos y vulnerabilidades en el sistema financiero. Se han instaurado y se están aplicando ejercicios de prueba de tensiones macroeconómicas *-stress test-*³⁰³ para verificar el grado de flexibilidad del sector

²⁹⁹ Vid. Comunicación de la Comisión de 27 de mayo de 2009, pág. 3. La Comisión considera que la finalidad de las autoridades europeas de supervisión será reforzar la confianza entre supervisores nacionales, para armonizar la fijación de políticas relativas a la estabilidad financiera y la protección del consumidor, de modo que pueda hacerse frente con mayor eficacia a los riesgos transfronterizos.

³⁰⁰ MINGUEZ HERNÁNDEZ F., (2014), “Las Autoridades Europeas de Supervisión: Estructura y funciones”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 27, Madrid, pág. 125. Dice el autor que «Las Agencias Europeas de Supervisión (...) nacen como consecuencia de las deficiencias apreciadas en la calidad de la supervisión financiera europea a lo largo de la crisis y muy especialmente como remedio a la falta de una suficiente coordinación».

³⁰¹ FERNÁNDEZ ROZAS J.C. (2012), “El laberinto de la supervisión financiera en la Unión Europea: Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea”, en *Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, pág. 911, Ed. Tirant Lo Blanch (Valencia). El autor hace referencia al hecho de que la integración europea se va desarrollando en el tiempo dando pasos hacia la mayor armonización, habiéndose observado el mismo método integrador en procesos anteriores. Sobre ellos, vid. FERNÁNDEZ ROZAS J.C. (1994), “El sistema bancario español ante el Mercado Único”, Estudios de Derecho bancario y bursátil, en *Libro Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, T. I, págs. 745-770, La Ley (Madrid).

³⁰² Informe Larosière, Bruselas 25 de febrero de 2009, pág. 44

³⁰³ Los *stress test* se realizan por los reguladores nacionales, en caso de España, por el Banco de España, en cooperación con la Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS), del Banco Central Europeo (BCE) y la Comisión Europea (CE). Es además responsabilidad de la Autoridad Bancaria Europea (ABE) coordinar esta actividad de control y garantizar la transparencia de los resultados. En este sentido lo anuncia la propia página web de la ABE, donde también se publican periódicamente los resultados de los *stress test*: «One of the primary supervisory tools to conduct such an analysis is the EU-wide stress test exercise. The EBA Regulation gives the Authority powers to initiate and coordinate the EU-wide stress tests, in cooperation with the European Systemic Risk Board (ESRB). The aim of such tests is to assess the resilience of financial institutions to adverse market developments, as well as to contribute to the overall assessment of systemic risk in the EU financial system». Vid. <http://www.eba.europa.eu/risk-analysis-and-data/eu-wide-stress-testing;jsessionid=DFC34869A9059DDC2C0F3C67534231DD>.

financiero ante determinadas sacudidas y mecanismos de propagación con dimensiones transfronterizas y transectoriales³⁰⁴.

El control del riesgo sistémico es un objetivo que tras la crisis de 2007-2008 se ha generalizado en todos los sistemas de supervisión³⁰⁵. Es un concepto relativamente nuevo³⁰⁶, ya que hasta la reciente crisis económica y financiera, existía consenso sobre

³⁰⁴ Estas pruebas de tensión se realizan tanto en la Unión Europea como en Estados Unidos desde hace pocos años, y se recomiendan por el Fondo Monetario Internacional. En Estados Unidos se contemplan por la *Dodd Frank Act*, comenzando a recomendarse en el año 2012 por los reguladores federales, y publicándose los resultados por la Reserva Federal (FED). En relación con los stress test en EEUU ver Federal Deposit Insurance Corporation (2012), *Supervisory Insights, Devoted to Advancing the Practice of Bank Supervision*, Vol. 9, Issue 1, Summer 2012, Ed. Division of Risk Management Supervision of the Federal Deposit Insurance Corporation. Disponible en www.fdic.gov/regulations/examinations/supervisory/insights/sisum12/SIsmr2012.pdf. El *Federal Deposit Insurance Corporation* es una agencia independiente con funciones similares a las que tiene en España el Fondo de Garantía de Depósitos en entidades de crédito. Este organismo vio ampliadas sus funciones en el año 2010 por la *Dodd- Frank Act*, para realizar estas pruebas de tensión: “In 2010, the Dodd-Frank Act expanded the FDIC’s statutory responsibilities beyond IDIs to bank holding companies with more than \$50 billion in assets and to nonbank financial companies that are designated as systemically important by the Financial Stability Oversight Council (FSOC). The Act designates the FRB as the primary consolidated supervisor of these companies and assigns to the FDIC and the FRB joint responsibility for reviewing and assessing resolution plans developed by these companies that demonstrate how they would be resolved in a rapid and orderly manner under the U.S. Bankruptcy Code in the event of financial distress. In carrying out this responsibility, the FDIC has established on- and off-site monitoring and risk assessment programs that are integral to the FDIC’s review of the resolution plans submitted by these companies. In reviewing these plans, the FDIC uses multidisciplinary teams that include both supervisory and receivership management expertise to evaluate the resolvability of these companies through bankruptcy and to direct necessary improvements. The FDIC also collaborates closely with the primary federal supervisors for the affected IDIs in the review of these plans”. Extraído de la misma web del Federal Deposit Insurance Corporation, en <https://www.fdic.gov/about/strategic/strategic/supervision.html>

³⁰⁵ La importancia de contemplar la supervisión macroprudencial ha sido puesta de relieve en el informe del FMI, BPI y FSB de 28 de octubre de 2009 presentado a los Ministros de Finanzas y Gobernadores de los Bancos Centrales del G-20, titulado «Orientación para evaluar la importancia sistémica de las entidades, mercados e instrumentos financieros: consideraciones preliminares» (Guidance to Assess the Systemic Importance of Financial Institutions, Markets and Instruments: Initial Considerations). Última entrada el 23 de enero de 2016; disponible en http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_091107d.pdf?page_moved=1

³⁰⁶ Aunque, anteriormente la supervisión macroeconómica se llevaba a cabo en algunos Estados miembros de forma individual -Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Malta, Polonia, República Checa, Reino Unido y Rumania-, pero no se practicaba en toda la euro zona, y sólo se llevaba a cabo el control de los aspectos incluidos en la microsupervisión en una buena parte de Estados miembros -Chipre, Dinamarca, España, Finlandia, Holanda, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Portugal y Suecia-. Vid. DE HOCES J.R, Y GARCÍA-PERROTE G. (2010), “La nueva arquitectura europea para la regulación y supervisión financiera”, Working Paper IE Law School, AJ8-174, 05-12-2010, pág. 7, Ed. IE Law School, publicado por IE Publishing (Madrid).

la idea de que bastaba con la supervisión individualizada de las entidades financieras³⁰⁷.

Desde el punto de vista organizativo, para realizar esta supervisión macroprudencial se constituyó la Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS)³⁰⁸, sobre la base del artículo 114 TFUE, al igual que el resto de las nuevas agencias y organismos de la unión bancaria. A la JERS se le atribuye la finalidad de procurar la alerta temprana de riesgos, mediante la identificación y prevención de riesgos de naturaleza sistémica. Con esta finalidad se le atribuyen competencias para emitir recomendaciones sobre las medidas a adoptar, una vez que se identifiquen desequilibrios que puedan poner en peligro la estabilidad financiera de la Unión Europea³⁰⁹.

Por su parte la Junta Europea de Riesgo Sistémico se configura como un órgano independiente³¹⁰, cuya función principal es la supervisión macroprudencial del sistema financiero europeo, según resulta conjuntamente de los art. 3.1 y art. 2.1 del Reglamento UE 1092/2010³¹¹. Entre sus funciones destaca la de proponer al Consejo la declaración de una situación de emergencia, asumiendo, por lo demás, funciones de carácter consultivo e informativo³¹², pues sobre todo se encarga de elaborar informes y dictámenes³¹³.

³⁰⁷ DE HOCES J.R, Y GARCÍA-PERROTE G. (2010), "La nueva arquitectura europea para la regulación y supervisión financiera", Working Paper IE Law School, AJ8-174, 05-12-2010, pág. 3, Ed. IE Law School, publicado por IE Publishing (Madrid).

³⁰⁸ Vid, Reglamento (UE) nº 1092/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, relativo a la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión Europea y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico.

³⁰⁹ Vid. considerando nº 10, Reglamento (UE) nº 1092/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, relativo a la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión Europea y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico.

³¹⁰ Considerando 7 del Reglamento UE 1092/2010, de 24 de noviembre de 2010 relativo a la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión Europea.

³¹¹ DE LA SIERRA FLORES, M (2010), "La Junta Europea de Riesgo Sistémico", Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil nº 2010/28, pág. 16, disponible en el archivo institucional EPrints Complutense <http://eprints.ucm.es/>

³¹² En su estructura orgánica, para atender a esta finalidad, encontramos un Comité Científico Consultivo, y un Comité Técnico Consultivo (artículos 4.1, 12 y 13 del Reglamento UE 1092/2010, y sus concordantes).

³¹³ GARCÍA-ALVAREZ G. (2014), ob. cit. "La construcción de una unión bancaria europea...", pág. 87.

Dado que sobre el control del riesgo sistémico tienen competencias incidentales las Autoridades Europeas de Supervisión³¹⁴, la JERS forma parte del Sistema Europeo de Supervisión, al que se incorporan también las autoridades que realizan funciones de supervisión microprudencial. Se pretende que el órgano tenga una visión panorámica de los posibles riesgos del sistema a efectos de alerta temprana. Con la misma finalidad, destaca su participación en el Comité Mixto de las Autoridades Europeas de Supervisión³¹⁵, lo que favorece la coordinación de todos los supervisores europeos del SESF³¹⁶, y del mismo modo, se vincula orgánicamente al BCE.

La regulación de la JERS, al igual que la de los demás nuevos órganos europeos, se han considerado como el resultado de la evolución natural del Derecho europeo, dentro del proceso de ordinario de modernización del Derecho comunitario, en conjunción con la irrupción de la crisis financiera global, y que respecto al ámbito de la supervisión financiera ha supuesto un incremento del aspecto tanto normativo como institucional supranacional respecto del nacional, de modo que las autoridades nacionales deberán esforzarse por adecuar a este modelo su Derecho nacional³¹⁷. Con todo ello, se produce una europeización de la regulación de este sector económico³¹⁸.

³¹⁴ Así el artículo 1 del Reglamento UE 1093/2010, en relación con las funciones de la ABE dispone que “En el ejercicio de las funciones que le confiere el presente Reglamento, la Autoridad prestará especial atención a todo riesgo sistémico potencial planteado por las entidades financieras, cuya quiebra o mal funcionamiento pueda socavar el funcionamiento del sistema financiero o de la economía real”.

³¹⁵ El Comité Mixto, está previsto en el artículo 54 de los Reglamentos 1093/2010, 1094/2010 y 1095/2010, que regulan cada una de las Autoridades europeas de supervisión en cada sector banca, seguros y valores.

³¹⁶ En realidad, este Comité Mixto permite mucho más, porque aunque se integran representaciones de cada una de las Autoridades europeas, en la práctica se llevan a cabo algunas labores de coordinación que llegan hasta las Autoridades Nacionales. Ejemplo de ello es el hecho de que el 22 de diciembre de 2015 publicase una *Tabla de Cumplimiento de las Directrices Comunes de supervisión de los conglomerados financieros* (Joint Guidelines on the convergence of supervisory practices relating to the consistency of supervisory coordination arrangements for financial conglomerates), que recoge una visión panorámica de las prácticas de supervisión en ese ámbito, y que permite conocer de forma preventiva debilidades en cada país, así como en su caso, tomar las precauciones necesarias. La tabla está disponible en:

https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/jc_2015_087_compliance_table_gl_financial_conglomerates.pdf

³¹⁷ DE LA SIERRA FLORES, M (2010), “La Junta Europea de Riesgo Sistémico”, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil nº 2010/28, págs. 7 y 8. Disponible en el archivo institucional EPrints Complutense <http://eprints.ucm.es/> (última entrada, 24 enero de 2016).

³¹⁸ Se ha señalado que el término “europeización” es una expresión científica utilizada para referir la progresiva entrada del Derecho comunitario en las disposiciones nacionales, que especialmente ha venido siendo aplicada al Derecho de sociedades. Vid. DE LA SIERRA FLORES, M (2010), ob cit. “La Junta

4.2. La supervisión microprudencial: elementos clave del régimen jurídico de las Autoridades Europeas.

Con la finalidad de efectuar una supervisión microprudencial europea se han creado tres organismos que regulan de forma sectorial las actividades bancaria, de seguros, y de valores. Estos organismos o autoridades de supervisión son la Autoridad Bancaria Europea (ABE, o EBA –de sus siglas en inglés European Banking Authority-) para el sector bancario, la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (AESPJ, o EIOPA–de sus siglas en inglés European Insurance and Occupational Pensions Authority-) para el sector de seguros y fondos de pensiones y, finalmente, la Autoridad Europea de Valores (AEVM, o ESMA–de sus siglas en inglés European Securities and Markets Authority-) para la supervisión de los mercados de valores³¹⁹.

Las tres Autoridades, son agencias independientes, con personalidad jurídica propia, con plena capacidad jurídica y de obrar en todos los Estados miembros³²⁰, y forman el Sistema Europeo de Supervisores Financieros en cuanto a la supervisión microprudencial³²¹, pero actúan con la colaboración y en coordinación con las

Europea de Riesgo Sistémico”..., pág. 11, con cita a LUTTER, M. (2004), “L’interpretazione del diritto privato europeo e del diritto armonizzato”, Napoli, pág. 127; y WEIGMANN (1996), L’interpretazione del diritto societario armonizzato nella Unione europea, Contratto e impresa/Europa, pág. 493 y ss.

³¹⁹ Se crean mediante tres reglamentos del Parlamento Europeo y el Consejo, de fecha 24 de noviembre de 2010, publicados en el DOUE el 15 de diciembre y con números correlativos: 1093/2010 (que crea la ABE), 1094/2010 (que crea la AESPJ) y 1095/2010 (que crea la AEVM). Las Autoridades Europeas de Supervisión sustituyen al Comité de supervisores bancarios europeos, creado en virtud de la Decisión 2009/78/CE de la Comisión -DO L 25 de 29.1.2009, pág. 23-, al Comité europeo de supervisores de seguros y de pensiones de jubilación, creado en virtud de la Decisión 2009/79/CE de la Comisión - DO L 25 de 29.1.2009, pág. 28-, y al Comité de responsables europeos de reglamentación de valores, creado en virtud de la Decisión 2009/77/CE de la Comisión -DO L 25 de 29.1.2009, pág. 18-, y asumen las funciones y competencias de dichos Comités.

³²⁰ Así resulta de sus correspondientes normas reguladoras: art. 1 del Reglamento (UE) Nº 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010 por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), art. 1 del Reglamento (UE) nº 1094/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación), art. 1 del Reglamento (UE) no 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados).

³²¹ Aunque las tres autoridades indicadas se encargarán de la coordinación de la supervisión microprudencial del correspondiente sector, actúan coordinadas dentro del Sistema Europeo de Supervisores Financieros con la Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS), y las autoridades competentes o de supervisión de los Estados miembros correspondientes en cada sector regulado, y según su propia organización, y participan también en el Comité Mixto de las Autoridades Europeas de

autoridades nacionales de cada sector, esto es, respectivamente, con las autoridades nacionales de supervisión en cada ámbito, que son, los supervisores bancarios nacionales, los supervisores nacionales de seguros y pensiones, y los supervisores nacionales de valores. Desde un punto de vista organizativo, son agencias reguladoras³²², destacando sus funciones de asistencia científica y técnica, focalizadas en determinados sectores económicos.

Se han creado sobre la base del artículo 114 TFUE³²³, dado que su finalidad y funciones de las mismas, se centra en prestar asistencia a las autoridades nacionales de supervisión competentes en la interpretación y aplicación coherentes de las normas de la Unión. También sirven de fundamento los artículos 290 y 291 TFUE, que les permiten aprobar normas técnicas y adoptar normas técnicas de ejecución mediante actos de ejecución³²⁴.

El gran defecto de las mismas es que no ostentan todas las competencias necesarias para poder ejercer una supervisión directa sobre entidades operantes en los respectivos sectores, lo que les concede un papel regulador poco consistente, y hace que su principal misión sea armonizar las distintas praxis e interpretaciones de las Autoridades nacionales competentes³²⁵. El hecho de que sus competencias no sean de control directo sino armonizador refleja las tensiones que todavía existen dentro de la eurozona para llegar a conseguir un sistema supervisor único, o aproximar posturas mediante una acción coordinada. Realmente, dotar a las Autoridades Europeas de competencias suficientes para asumir directamente la regulación del respectivo sector, hubiera requerido la reforma del TFUE, para ceder competencias en este sentido por

Supervisión, que sirve, entre otras cosas, como foro de intercambio de información entre los supervisores que forman parte del sistema europeo.

³²² MINGUEZ HERNÁNDEZ F., (2014), "Las Autoridades Europeas de Supervisión: Estructura y funciones", en *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 27, Madrid, pág. 129.

³²³ Se tiene en cuenta la interpretación que de este dio el TJUE, en su sentencia de 2 de mayo de 2006 en el asunto C-217/04 (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea), y que considera acorde con el actual artículo 114 TFUE (anterior art. 95 TCE), que se proceda a "*instituir un organismo comunitario encargado de contribuir a alcanzar una armonización en situaciones en las que, para facilitar la ejecución y aplicación uniformes de actos basados en dicha disposición, se considera que es adecuado adoptar medidas no vinculantes de acompañamiento y encuadramiento*". Vid. apartado 44 de la STJUE referida.

³²⁴ Considerandos nº 23 y 25 del Reglamento UE 1093/2010, Reglamento UE 1094/2010 y Reglamento UE 1095/2010.

³²⁵ MINGUEZ HERNÁNDEZ F., (2014), "Las Autoridades Europeas de Supervisión: Estructura y funciones", en *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 27, Madrid, pág. 127.

parte de los Estados miembros. De momento, sus competencias son de alcance limitado³²⁶, y no pueden considerarse totalmente autónomas pues requieren, para la mayor parte de los actos legislativos de regulación, del apoyo institucional de la Comisión, del Consejo y del Parlamento, que en su caso, serán finalmente quienes las aprueben³²⁷.

³²⁶ Así, se prevé que tengan competencias para contribuir al establecimiento de normas y prácticas reguladoras y de supervisión comunes de alta calidad, en particular emitiendo dictámenes dirigidos a las instituciones de la Unión y elaborando directrices, recomendaciones y proyectos de normas técnicas de regulación y de ejecución. Cuando se trata de normas de alcance general, tan sólo tienen facultades para elaborar el proyecto que posteriormente elevarán a las Instituciones, igual que ocurre con los informes que pueden ir dirigidos a las mismas. Cuando se trata de decisiones de alcance limitado, por ejemplo, dirigidos a Estados miembros o entidades concretas en los casos de infracción del derecho de la Unión Europea o en los casos de actuación en situaciones de emergencia (previstas en los artículos 17 y 18 de los respectivos Reglamentos UE 1093/2010, 1094/2010, 1095/2010), pueden dictar decisiones. Así resulta también, de sus correspondientes normas reguladoras, Reglamentos UE 1093/2010, 1094/2010, 1095/2010, en sus art. 8.1.a) y 8.2, que regulan sus funciones.

³²⁷ Así, la Autoridad Bancaria Europea, queda facultada por el artículo 8.1.a) de su Reglamento UE 1093/2010 –del mismo modo las otras dos autoridades sectoriales, previéndose en los Reglamentos 1094/2010 y 1095/2010, lo mismo de forma paralela- para contribuir al establecimiento de normas y prácticas reguladoras y de supervisión comunes de alta calidad, en particular emitiendo dictámenes dirigidos a las instituciones de la Unión y elaborando directrices, recomendaciones y proyectos de normas técnicas de regulación y de ejecución, pero fijándonos en el artículo 8.2 de su Reglamento regulador, esta función normativa la realizará elaborando proyectos de normas técnicas de regulación y de ejecución en ciertos casos, emitiendo directrices y recomendaciones, en los supuestos previstos y adoptando decisiones individuales en los casos en los que se admite que las mismas tengan efectos vinculantes. Estos casos en los que se conceden efectos vinculantes a las decisiones de la Autoridad están completamente determinados. El primero de ellos es el previsto en el artículo 18.3 Reglamento UE 1093/2010, en relación con el apartado segundo del mismo artículo, y precisa que el Consejo previamente haya adoptado una decisión tras consultar a la Comisión y a la JERS, así como, en su caso, a las AES, que vaya destinada a la Autoridad Bancaria Europea, en la que determine la existencia de una situación de emergencia, de modo que la ABE pueda adoptar decisiones individuales instando a las autoridades competentes a tomar las medidas necesarias para abordar la situación. Otro caso en que las decisiones de la ABE serán vinculantes son algunos casos en los que, ejerciendo funciones de mediación entre reguladores de acuerdo con el artículo 19 del Reglamento UE 1093/2010, resultase que las autoridades competentes no llegasen a un acuerdo en fase de conciliación, pudiendo la ABE instarlas a tomar medidas específicas o a abstenerse de toda actuación, a fin de dirimir el asunto. Lo mismo ocurre en relación con la posibilidad de adoptar decisiones individuales dirigidas a entidades financieras, en los casos específicos contemplados en el artículo 17 apartado 6 (en el caso de que una autoridad competente no cumpla el dictamen formal para reconducir una situación), en el artículo 18 apartado 4 (cuando una autoridad competente no cumpla la decisión de la Autoridad en el plazo especificado, podrá adoptar, en caso de situación de emergencia, una decisión individual dirigida a un participante en los mercados financieros instándole a adoptar las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de dicha legislación, incluido el cese de una práctica), y en el artículo 19, apartado 4, (cuando una autoridad competente no cumpla la decisión de la Autoridad al no asegurarse de que una entidad financiera cumple los requisitos que le son directamente aplicables, la Autoridad podrá adoptar una decisión individual dirigida a una entidad financiera instándola a adoptar las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho de la Unión, incluido el cese de una práctica). En general, el punto común en todos estos casos es que las decisiones que puede adoptar tienen carácter ejecutivo y requieren una previa norma emitida por las Instituciones europeas. De forma similar, pueden emitir normas las otras dos Autoridades Europeas de supervisión conforme a la regulación paralela que contienen sus Reglamentos UE nº 1094/2010 y 1095/2010.

Las tres agencias reguladoras tienen una estructura similar³²⁸, y en ellas deben ser destacados tres elementos de su régimen jurídico: el primero, es la Sala de Recurso común para revisar en vía administrativa los actos de las mismas; la segunda, es el papel mediador que se les reconoce, lo cual puede servir para extender la cultura de la mediación administrativa en los Estados miembros; la tercera, es cómo se configura su régimen de responsabilidad patrimonial.

La Sala de Recurso común, pero especial y especializada, se puede considerar un elemento relativamente novedoso, al menos desde la perspectiva del Derecho español³²⁹, ya que en realidad, lo que demuestra es que la respectiva autoridad es independiente del resto del ejecutivo. Este elemento debería ser importado a los Ordenamientos de los Estados miembros, para reforzar la independencia de sus supervisores. Esta Sala, regulada en el art. 58 de cada uno de los Reglamentos (UE) nº 1093/2010, nº 1094/2010, y nº 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, se encargará de velar por la legalidad de las actuaciones de las Autoridades Europeas de Supervisión. Ante la Sala de Recurso, podrán impugnarse en vía administrativa las decisiones vinculantes de las Autoridades, que hayan sido adoptadas por las Autoridades Europeas de Supervisión en el marco de sus funciones de vigilancia en el cumplimiento del Derecho de la UE, funciones en situaciones de emergencia y funciones de solución de diferencias entre las autoridades competentes en situaciones transfronterizas, así como cualquier otra decisión adoptada por las Autoridades Europeas de Supervisión con arreglo a la legislación de la UE aplicable -ex

³²⁸ Cuentan con una Junta de Supervisores, que es el órgano supremo de decisión y que adopta sus decisiones por mayoría simple, y está integrada por el máximo representante (o un representante delegado de éste) de las autoridades competentes de cada Estado miembro y que formarán parte de la correspondiente junta, según el sector. A las Juntas de Supervisores también se incorporan con voz, pero sin voto, el Presidente de la Autoridad Europea de Supervisión de que se trate, un representante de la Comisión Europea, un representante del BCE, un representante de la Junta Europea de Riesgos Sistémicos y un representante de cada una de las otras dos Autoridades Europeas de Supervisión -art. 44.1 Reglamento (UE) Nº 1093/2010, Reglamento (UE) nº 1094/2010, y Reglamento (UE) no 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010-. También cuentan con un órgano gestor o ejecutivo, que es su Consejo de Administración, que se compone del Presidente y otros seis miembros de la Junta de Supervisores, quienes toman sus decisiones por mayoría de miembros presentes. Debe existir también un Director Ejecutivo, que al igual que el Presidente es un profesional independiente, cuyo mandato es de cinco años prorrogable una vez, es nombrado por la Junta de Supervisores y su nombramiento debe ser confirmado por el Parlamento Europeo.

³²⁹ Porque en el Derecho español, los actos de los reguladores no son objeto de revisión en vía administrativa por un órgano especializado que no esté integrado en la Administración General del Estado, pues por ejemplo, las impugnaciones contra decisiones del Banco de España se resuelven por el Ministro de Economía –ex art. 2.2, Ley 13/1994, de 1 de junio. Autonomía del Banco de España-.

artículo 60 de los Reglamentos UE nº 1093/2010, 1094/2010 y 1095/2010-. Las resoluciones de la Sala de Recurso o, en caso de no llegar a intervenir esta última, las resoluciones de la Autoridad Europea de Supervisión correspondiente, pueden ser objeto de control judicial por el Tribunal de Justicia, a través del recurso de anulación que prevé el artículo 263 del TFUE³³⁰.

El papel mediador que se les reconoce a las Autoridades europeas es, sin duda, un elemento innovador, aunque debe ser perfeccionado. En relación con la ABE, sus funciones mediadoras, resultan del artículo 31.c) del Reglamento UE 1093/2010, que prevé que pueda llevar a cabo una mediación no vinculante a instancias de las autoridades competentes o por propia iniciativa. Se trata de una función mediadora administrativa extrajudicial y aplicada para solucionar conflictos entre órganos administrativos (cuando exista un conflicto entre supervisores nacionales o de cualquiera de estos con la ABE). La aplicación de este medio de solución de conflictos, si se tratase de conflictos surgidos en relación con cualquiera de las entidades supervisadas, se encontraría fundamentado en los principios de buena administración y de transparencia, pero el artículo 31, lo prevé en las relaciones interadministrativas, de modo que su fundamento debemos buscarlo en los principios de coordinación, eficiencia, y legalidad³³¹. A pesar de que estos principios deben estar presentes en toda la actividad de la Unión Europea, la labor mediadora de la Autoridad Bancaria Europea se encuentra limitada por la configuración de sus competencias³³². Así, al basarse en sus competencias para vigilar los requisitos de mantenimiento de una supervisión prudencial, que se desarrolla por el BCE sobre la base del artículo 127.6 TFUE, y ser una competencia que no tiene más desarrollo en los Tratados, se encuentra limitada al ejercicio de esa supervisión prudencial, de modo que el sometimiento a la actividad mediadora de la ABE, aunque conecte con la finalidad de conseguir esa supervisión

³³⁰ GARCÍA ALCORTA, J., (2011), "El nuevo marco institucional relativo a la supervisión financiera en la Unión Europea", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* nº 29-2011, págs. 60 y 61.

³³¹ Valores estos, no sólo recogidos en la misma Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2013, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea (Vid. Recomendación 3ª), sino en las legislaciones de todos los Estados miembros. En España, así resultan de los artículos 9.3 y 103 CE.

³³² No podemos dejar de tener en cuenta que rige, el principio de atribución específica de competencias a la UE, y que aquello en lo que no se hubiera atribuido competencias concretas a la Unión en los Tratados, esa competencia corresponde a los Estados miembros.

prudencial, no tiene cobertura legal para ser una mediación en la que los acuerdos resultantes puedan ser obligatorios para las partes.

Se puede considerar como una actividad que pretende conseguir la armonización, pero la decisión soberana de los Estados miembros en observar los acuerdos resultado de la mediación, serán voluntarios, mientras no se atribuyan específicamente competencias a la Unión Europea para hacer cumplir los acuerdos resultantes de esta actividad, mediante la oportuna modificación del Tratado de Funcionamiento de la UE. Por lo demás, reúne los requisitos para ser considerada como una auténtica mediación administrativa, que se caracteriza por la consecución de un interés público, como es la estabilidad sistema financiero, y el ámbito objetivo del posible acuerdo queda acotado a las materias que son competencia de supervisión prudencial por las autoridades supervisoras³³³, pero si consideramos los efectos de su eficacia jurídica, tan sólo la podemos considerar actualmente como una cuasi-mediación.

Finalmente, el tercer elemento a destacar de su régimen jurídico, por lo que nos interesa en este trabajo, y aunque se profundizará más adelante, en materia de responsabilidad patrimonial, el artículo 69 del Reglamento de la ABE, al igual que el artículo 69 del Reglamento de la UE 1094/2010 y del 1095/2010, respecto de las otras dos autoridades de supervisión sectoriales (valores, y pensiones y seguros), reconoce que «la Autoridad deberá reparar los daños causados por ella o por su personal en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para conocer de los litigios que se refieran a la reparación por ese tipo de daños». También cabe responsabilidad de su personal respecto a la ABE, que en cuestiones financieras y disciplinarias, estará regulada por las disposiciones generales aplicables al personal de la Autoridad³³⁴. Como veremos, en el lugar correspondiente, el problema radica en configurar tal responsabilidad

³³³ Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, G. (2014), “La construcción de la Unión Bancaria Europea: La autoridad Bancaria Europea y la supervisión prudencial del Banco Central Europeo y el futuro Mecanismo Único de Supervisión”, en *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Ed. Civitas, Navarra.

³³⁴ La misma previsión recoge el artículo 69 del Reglamento de la UE 1094/2010 y del 1095/2010, respecto de las otras dos autoridades de supervisión sectoriales (valores, y pensiones y seguros).

patrimonial sobre la base de los principios generales comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

5. LA UNIÓN BANCARIA: VALORACIÓN CRÍTICA DE SUS MECANISMOS. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS AUTORIDADES REGULADORAS.

La unión bancaria pretende salvaguardar la estabilidad financiera en la eurozona. La estabilidad financiera es considerada, en la actualidad, como un bien público global³³⁵ y su descuido puede generar perjuicios a escala general como consecuencia de actuaciones particulares irresponsables, siendo esto lo que legitima la intervención pública europea para su control. Los acontecimientos de los últimos años introducen la novedad de que, dado que esos perjuicios pueden afectar a los intereses generales y comunes de la Unión Europea, el control de los mismos debe llevarse también a este nivel. La necesidad de una supervisión suficiente en el ámbito europeo ha quedado patente, ya que no se puede sostener una moneda común, sin los mecanismos que garanticen su estabilidad.

Yendo todavía más lejos, los intereses concurrentes son globales, excediendo del ámbito de la Unión Europea, pero como ya se ha indicado, la armonización internacional, todavía cuenta con mayores dificultades. A pesar de esto, la reforma europea, supone también un importante paso hacia la armonización internacional, por su dimensión supranacional, y porque en ella se han tenido en cuenta criterios internacionales surgidos de las reuniones del G-20, y del Comité de Basilea de Supervisión Bancaria, que acordó en diciembre de 2010 el “Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios” (Acuerdos de Basilea III), con la finalidad de evitar futuras crisis y mejorar la cooperación internacional, reforzando las exigencias, cuantitativas y cualitativas, de capital de los bancos.

³³⁵ GARCÍA-ALVAREZ G. (2014), “La construcción de una unión bancaria europea...” ob cit., pág 141; y PALÁ LAGUNA R. (2013), *Los Hedge Funds y sus sociedades gestoras*, págs. 39-40, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid. También, en relación con el tratamiento económico de la estabilidad financiera como bien público, vid. GARCIA ARIAS J. (2004), “La estabilidad cambiaria como bien público global. Algunas consideraciones de eficiencia”, en *Crisis monetarias y financieras internacionales* Julio-Agosto 2004, nº 816, Ed. ICE, págs. 45 a 60.

En el ámbito de la Unión Europea, son destacables con esta finalidad, el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, y la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de servicios inversión.

Estas normas europeas superan los mínimos prudenciales establecidos en los Acuerdos de Basilea III³³⁶, y tienden a la creación de una normativa bancaria única en materia de solvencia. Pero los requerimientos de capital para mantener los márgenes de solvencia son sólo un aspecto del contenido de la supervisión. La unificación de los requerimientos de capital y otros elementos que se incluyen en el ámbito de la supervisión prudencial formarán el Código único de supervisión, y sobre este bloque normativo europeo se desarrollará la actividad de los mecanismos únicos de supervisión y resolución de entidades de crédito y el mecanismo de estabilidad en la eurozona.

Al aspecto objetivo de la supervisión, especialmente a la extensión de la actividad de supervisión prudencial, nos hemos referido anteriormente, a las novedades orgánicas de la supervisión europea nos hemos venido refiriendo hasta ahora, exponiendo su composición y organización institucional. Pero la complejidad del panorama resultante, precisamente en el aspecto organizativo de los supervisores, mantiene ciertos puntos débiles en el sistema que deben ser mejorados si queremos que la unión bancaria responda con éxito a futuras crisis, y por afrontarlas con éxito entendemos que las debilidades del sistema no agraven tales crisis hasta el punto de que sean sistémicas.

En realidad, lo que deberíamos pensar de la actual reforma, a pesar de los avances realizados respecto al sistema anterior, es que no implementa un sistema supervisor definitivo, entendido como el resultado final de un proceso, sino que es una

³³⁶ Vid. "Basilea III: Coeficiente de cobertura de liquidez y herramientas de seguimiento del riesgo de liquidez" del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, publicado por Banco de Pagos Internacionales 2013, enero de 2013. Recuperado el 15 de febrero de 2014 en https://www.bis.org/publ/bcbs238_es.pdf

fase más hacia la verdadera convergencia en supervisión financiera, y que esta llegará con el tiempo y muchas más reformas sobre el sistema actual. Esas futuras reformas deberían tratar de resolver las cuestiones que ahora quedan inacabadas, y que pueden ser consideradas como debilidades o principales problemas del nuevo sistema y que se examinan en los epígrafes siguientes como propuestas de mejora.

5.1. El Mecanismo Único de Supervisión: especial consideración a la asunción de responsabilidad extracontractual por defectos de supervisión.

El Mecanismo Único de Supervisión -en adelante MUS-, es un sistema integrado de supervisión pública que ejerce funciones de control o policía en la unión bancaria, siendo su objeto todos los aspectos incluidos en la supervisión prudencial. Comenzó a funcionar el 4 de noviembre de 2014, y se basa en el artículo 127, apartados 5 y 6 del TFUE. Ha sido el primer paso hacia un sistema de regulación bancaria único para los Estados incluidos en la zona euro, que permite la participación de los Estados miembros de la UE que no utilizan el euro³³⁷.

De este modo se configura como pieza esencial de la unión bancaria, y se constituye en torno al Banco Central Europeo, a quien inicialmente se le había dado un papel secundario como supervisor. Sin embargo, en el MUS, finalmente el BCE asume funciones directas³³⁸, aunque no sobre todas las entidades de crédito. Dentro del MUS, al BCE le incumbe la supervisión prudencial directa de las entidades de crédito clasificadas como significativas, quedando la supervisión de las entidades de crédito no significativas, y otras cuestiones conexas con la actividad de supervisión entendida en sentido estricto, en el marco de las competencias ejecutivas de los Estados miembros³³⁹.

³³⁷ ALONSO LEDESMA, C. (2013), "Un primer paso hacia la unión bancaria: El mecanismo único de supervisión" en CUÑAT EDO, y otros (dirs.), págs. 1302 y 1303, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

³³⁸ Reglamento (UE) Nº 1024/2013 del Consejo de 15 de octubre de 2013 que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito.

³³⁹ De este modo, desde el comienzo de su actividad, y en los términos indicados, han quedado sujetas a la supervisión directa del BCE, 129 entidades de crédito significativas de los países participantes, que representan casi el 82 % del total de los activos bancarios en la zona del euro. Dato obtenido del sitio

Como regulador, el BCE tiene asignadas funciones de supervisión prudencial, entendiéndose que esta tiene la extensión que resulta del Reglamento (UE) Nº 575/2013 y de la Directiva 2013/36/UE. Esto significa que, en lo que no deba quedar incluido como ámbito de esa supervisión prudencial la regulación y las competencias conexas serán a cargo de las Autoridades Nacionales³⁴⁰. Esta idea puede considerarse, de entrada, intrascendente, pero no lo es en absoluto. De entrada podemos pensar que todo lo que no sea supervisión prudencial, no es relevante para el sistema europeo de supervisión, pues será un control añadido por los Estados partícipes en el sistema. Sin embargo, sí es relevante que el BCE tenga sólo funciones directoras de esa supervisión en el ámbito prudencial, y que cuestiones conexas a estas correspondan a otra autoridad, que regulará ese punto según su propia tradición y sus propias competencias. Más importancia tiene, para el éxito de la supervisión prudencial europea, el hecho de que las autoridades nacionales sean las que ostenten gran parte de las competencias de ejecución derivadas de esa supervisión prudencial³⁴¹, porque como consecuencia, deberán delimitarse las competencias sancionadoras que a cada autoridad incumben.

Como mecanismo de control de las decisiones adoptadas por el Consejo de Supervisión del BCE, se crea el Comité Administrativo de Revisión, que conforme al artículo 24.1 del Reglamento del MUS, podrá revisar los actos del BCE adoptados como regulador, no sólo en lo referente a la independencia del mismo, sino en cualquier otro aspecto y el «alcance del examen administrativo interno se ceñirá a la conformidad

web oficial del MUS, en última consulta de 18 de febrero de 2016, disponible en <https://www.bankingsupervision.europa.eu/about/thessm/html/index.es.html>. Vid. también nota de prensa del BCE de 30 de diciembre de 2015 en http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/ComunicadosBCE/NotasInformativasBCE/15/Arc/Fic/presbce2015_169.pdf

³⁴⁰ Las ANC ostentan «todas las funciones de supervisión no atribuidas al BCE seguirán siendo competencia de los supervisores nacionales. Estos se encargarán, por ejemplo, de la protección de los consumidores, de la lucha contra el blanqueo de capitales y de la supervisión de las entidades de crédito de terceros países que establezcan una sucursal o presten servicios transfronterizos en un Estado miembro» (Vid. COM(2012) 511 final, Bruselas, 12.9.2012, Propuesta de Reglamento del Consejo que atribuye funciones específicas al Banco Central Europeo en lo que respecta a las medidas relativas a la supervisión prudencial de las entidades de crédito, pág. 5).

³⁴¹ «Los supervisores nacionales podrán ejercer la mayoría de las verificaciones diarias y otras actividades de supervisión necesarias para preparar y aplicar los actos del BCE, en el marco del mecanismo único de supervisión», (Vid. COM(2012) 511 final, Bruselas, 12 de septiembre de 2012, Propuesta de Reglamento del Consejo que atribuye funciones específicas al Banco Central Europeo en lo que respecta a las medidas relativas a la supervisión prudencial de las entidades de crédito, pág. 5).

procedimental y material de la decisión en cuestión». Aunque no se declara abiertamente, está configurado como una particular vía de revisión administrativa³⁴² que puede ser iniciada por toda persona física o jurídica a quien concierna o afecte directa e individualmente la decisión a revisar, que no elimina la posibilidad de interponer, si procede, recurso en vía judicial ante el TJUE (artículo 24.11).

La solicitud de revisión no tiene efecto suspensivo, aunque el Consejo de Gobierno del BCE, a propuesta del Comité Administrativo de Revisión, «podrá suspender la aplicación de la decisión impugnada si considera que las circunstancias así lo requieren» (artículo 24.8).

A la vista de los posibles interesados en la revisión podríamos entender que sólo pueden ser los operadores supervisados, pero no se prohíbe que también puedan solicitar la revisión las Autoridades Nacionales Competentes en el MUS, convirtiéndose este cauce de revisión además en una herramienta de cooperación administrativa.

La solicitud de examen, junto con un escrito de motivación, se presentará directamente ante el BCE, «en el plazo de un mes a partir de la fecha de notificación de la decisión al interesado o, a falta de notificación, a partir la fecha en que el interesado tuvo conocimiento de la decisión, según proceda» (artículo 24.6). Si entendemos que dentro del concepto de interesado se encuentran las ANC, el plazo se deberá contar desde la notificación a las mismas.

La finalidad de esta solicitud de revisión no es la declaración de nulidad del acto sino su revisión. De tal modo, la peculiaridad de este procedimiento de revisión recae en el hecho de que se pretende mantener el acto, subsanándolo, para lo cual el Comité Administrativo de Revisión, emitirá un dictamen que servirá al Consejo de Supervisión para elaborar un nuevo proyecto de decisión que derogará la decisión inicial, o dará lugar a la sustitución de esta por una decisión de idéntico contenido o modificada.

³⁴² Es un mecanismo de control que no se puede considerar exactamente como un recurso en sentido estricto, y se asemeja a lo que en España conocemos como revisión de oficio del artículo 106 Ley 39/2015, anterior 102 de la Ley 30/1992), aunque con algunas diferencias esenciales, pues no se puede interponer “en cualquier momento”, sino dentro de un plazo determinado, ni persigue la declaración de nulidad del acto sino su corrección o subsanación.

En la dimensión europea, esta actividad pública, cuando es desarrollada por el BCE, dentro del marco de sus funciones, dará lugar a responsabilidad extracontractual por posibles daños derivados de su funcionamiento de conformidad con el art. 35 en su tercer párrafo, del Protocolo Nº 4 sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, que se remite al artículo 340 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Al preverse en el artículo 25 su función como supervisor prudencial en concordancia con el artículo 127.6 y 7 TFUE, hay que entender que se está extendiendo también a esta actividad dicha posible responsabilidad. El artículo 340 TFUE, lo que determina al respecto es que «el Banco Central Europeo deberá reparar los daños causados por él o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros». Pero como veremos, la interpretación de lo que se deben considerar reglas comunes al respecto podría generar dudas para determinar el alcance de esta responsabilidad.

En el sistema de supervisión instaurado por el MUS, y en base al mismo artículo 35 del Protocolo Nº 4 sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo se añade que «los bancos centrales nacionales serán responsables con arreglo a la legislación nacional respectiva». Su tratamiento requeriría un exhaustivo análisis del estatuto de cada regulador considerado ANC y de su sistema de responsabilidad extracontractual derivada de la actividad administrativa. Hacer un estudio exhaustivo de todos ello es imposible en esta sede, pero se puede anticipar que todos los Estados que forman parte del MUS no regulan de manera uniforme este tipo de responsabilidad y que ello ha hecho que en la práctica se hayan resuelto casos de responsabilidad por defectos de supervisión en muy diverso sentido. Estas diferencias, además de la complejidad en la configuración actual del MUS y su base jurídica pueden dar lugar a algunos problemas de funcionamiento.

La crítica más importante que se puede hacer al MUS, por los problemas que puede generar, deriva de la fragmentación de competencias y su atribución a diferentes autoridades. Aunque también hay opiniones que consideran acertada la distribución ideada entre los supervisores nacionales y el BCE, pues se ha señalado que si esta tarea se centralizara por completo en el mismo, dado el elevado número de

entidades a supervisar (aproximadamente 6.000), existirían defectos de supervisión³⁴³. En cualquier caso, el motivo real de la distribución de competencias reside en que el BCE no tiene asumidas las suficientes facultades en base al TFUE.

Los problemas que genera tal fragmentación competencial en relación con la aplicación de responsabilidad patrimonial serán tratados más adelante, ya que previamente, es necesario, analizar cómo están distribuidas las funciones de los reguladores dentro del MUS. Para abordar esta cuestión debemos diferenciar: 1. La atribución de funciones de supervisión a diferentes autoridades reguladoras europeas (BCE y ABE), cuestión que deriva de la base jurídica sobre la que se erigen; 2. Las diferentes facetas de la supervisión, que se reparten entre supervisores europeos y nacionales, y en lo que se deje en el ámbito de regulación nacional, podrán arrojar diferencias en la actividad; y 3. Los criterios para delimitar las competencias entre BCE y ANC en base a la clasificación como significativas o como no significativas de las entidades supervisadas. Pasamos a analizar los problemas que se generen en cada caso.

5.1.1. Distribución organizativa entre autoridades europeas: reparto de funciones desde el punto de vista del estatuto del regulador como sujeto activo de la actividad entre BCE y ABE.

Comenzando por la distribución de competencias entre los reguladores, lo primero que llama la atención es su complejidad. Sólo en el plano europeo las competencias que usualmente centraliza un regulador están fragmentadas entre el BCE, el FUR, y la ABE (como autoridad referida al sector bancario, y sin contemplar los otros dos sectores –valores y seguros-). El propio Reglamento UE nº 1024/2013, regulador del MUS, prevé en su artículo 32, una revisión o reforma del mismo que partirá de un informe en el que, entre otras cosas, deberá valorarse la interacción entre el BCE y la ABE (art. 32.f).

³⁴³ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ T.R. (2016), “El mecanismo único de supervisión, pieza esencial de la Unión Bancaria Europea: Primera aproximación”, en ALONSO C. (dir.), *Hacia un sistema financiero de nuevo cuño: Reformas pendientes y andantes*, pág. 150, Ed. Tirant lo Blanch (Valencia).

Aunque en el Reglamento UE 1024/2013 se configura al BCE como autoridad reguladora en este ámbito, es necesario antes hacer referencia a su relación con la ABE. Como se ha expuesto en epígrafes anteriores, la ABE tiene funciones de alcance muy limitado: funciones normativas, pero sólo de tipo colaborador o asesor, pues las normas no pueden ser aprobadas al margen de los procesos ordinarios previstos en el TFUE, o en su caso, si se está prestando apoyo a los reguladores nacionales para la elaboración de protocolos, su función sigue quedando limitada a las funciones de consulta y asesoramiento; funciones de control, pero sin auténticas capacidades de *enforcement* –al menos no en toda su extensión–, quedando limitada su actividad a recoger y procesar información resultante de los *stress test*, en su caso requerir mediante Recomendación o, incluso Decisión dirigida a un Estado partícipe en el SESF o entidad de crédito, cuando se trate de ejecutar normas ya aprobadas por las Instituciones europeas con anterioridad; y finalmente, funciones mediadoras, pero careciendo de capacidad ejecutiva los acuerdos a los que se llegue en este ámbito en la mayoría de los casos.

A la vista de lo anterior, las funciones de la ABE son limitadas y enfocadas en la mejora normativa³⁴⁴, es decir, su función es esencialmente armonizadora³⁴⁵, lo que nos llevan a plantearnos el auténtico papel de la ABE en el sistema, pues tal parece que sólo viene a incrementar la distribución de competencias y la complejidad administrativa. Realmente, al separar estas funciones, lo que se ha pretendido es dar más autonomía e independencia al aspecto regulador frente al ámbito de la política monetaria que es la función que, por excelencia, tiene asignada el BCE en el SEBC³⁴⁶. De ahí su configuración como agencia independiente³⁴⁷, pues ya se ha destacado anteriormente que ambas funciones, que también suelen reunir los reguladores nacionales, puede que entren en conflicto de intereses.

³⁴⁴ GARCÍA-ALVAREZ G. (2014), ob. cit. “La construcción de una unión bancaria europea...”, pág 79.

³⁴⁵ Considerandos 9, 22, y 38 Reglamento (UE) nº 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, y sus artículos 10.1 en relación con las normas técnicas de regulación y 26 en relación con la salvaguarda de los sistemas de garantía de depósitos.

³⁴⁶ Artículo 3 del Protocolo nº 4, anexo al TFUE, sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo.

³⁴⁷ Considerando nº 45 del Reglamento (UE) nº 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010 y artículo 1 *in fine*, donde se proclama este carácter: «En el desempeño de sus funciones, la Autoridad actuará con independencia y objetividad únicamente en interés de la Unión».

Esto sin embargo, la falta de auténticas competencias en la ABE no llega a aportar tal autonomía respecto a las funciones del BCE, no como regulador en materia de supervisión prudencial, sino como institución que debe dirigir la política monetaria de la zona euro. Se ha señalado que este hecho no dejará de limitar la operatividad de las decisiones de la ABE³⁴⁸, con subordinación de la actividad reguladora a la estabilidad de precios. De hecho, también ha sido polémica la solución de que el BCE asuma funciones como regulador y al mismo tiempo se encargue de la política monetaria, pues algunos de los Estados miembros tienen desgajadas de su Banco nacional las funciones del regulador, y encomendadas a una agencia independiente³⁴⁹. La independencia del BCE se ha intentado preservar en el ámbito de la regulación separando las funciones asumidas por la ABE e introduciendo en el Reglamento 1024/2013, que regula el MUS, algunas normas que tienen por finalidad garantizar su actuación independiente como regulador³⁵⁰. Pero la independencia de la labor supervisora, respecto de la política monetaria, no se garantiza completamente al concentrarse las dos funciones en el BCE, pudiendo quedar atisbos aún, porque siempre ha existido «una robusta relación negativa entre el grado de independencia y el nivel y la varianza de la inflación»³⁵¹, problema que se agudiza desde el momento en que la política monetaria sí es totalmente común, mientras que las políticas

³⁴⁸ GARCÍA-ALVAREZ G. (2014), ob cit. “La construcción de una unión bancaria europea: La autoridad bancaria europea,...”, pág 96.

³⁴⁹ Este es el caso de Alemania, cuyo modelo de Banco central inspiró la creación del BCE, por lo que la reunión en la misma Institución de ambas funciones, genera, cuando menos, sospechas de posibles problemas de independencia en la actividad reguladora del BCE. Vid. ob. cit. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ T.R. (2016), “El mecanismo único de supervisión, pieza esencial de la Unión Bancaria Europea...”, pág. 158.

³⁵⁰ En este sentido se prevé: considerando 65 y artículo 19 –ejercicio de funciones independientes-; considerando 66, artículo 19, y artículo 25 –estructura organizativa separada para cada función-; considerando 70 –limitación temporal a cinco años del cargo de Presidente del Consejo de Supervisión-; considerando 75 –independencia funcional-; considerando 76 –establecimiento y seguimiento de procedimientos de control para el caso de que algún miembro del Consejo de Supervisión vaya a trabajar en el sector bancario, tratando de limitar el recurrente problema de la puerta giratoria- considerando 77 –financiación a cargo de las entidades supervisadas, que abonan un tasa a tal efecto, para garantizar la independencia del BCE frente a influencias indebidas de las autoridades nacionales competentes y de los participantes en el mercado-; artículo 24 –regulación de un Comité Administrativo de Revisión que podrá controlar internamente las decisiones del Consejo de Supervisión-; y artículo 25 –separación de la actividad de política monetaria-.

³⁵¹ ALBEROLA E., MARQUÉS J.M. Y SANCHÍS A., (1997), “Persistencia en el desempleo, independencia de los bancos centrales y su relación con la inflación”, Ed. Banco de España - Servicio de Estudios Documento de Trabajo nº 9725, p.4, ISSN: 0213-2710. Disponible en: <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriasadas/DocumentosTrabajo/97/Fic/dt9725.pdf>

supervisoras se encuentran compartidas de forma competencial entre los supervisores y, en algún aspecto, podrían entrar en conflicto. De lo que también se concluye que realmente existe un problema de falta de competencias en el BCE en relación con su función supervisora.

La falta de competencias es un defecto que se arrastra desde el sistema anterior, armonizador, que no afecta sólo al BCE y a la ABE³⁵², y que se subsanará con el tiempo y la experiencia. De momento, contradice los *Principios básicos para una supervisión bancaria eficaz*, del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea³⁵³, que en otros puntos han sido tenidos en cuenta por la Unión Europea, y es destacable que en el plano internacional es el BCE y no la ABE quien asume funciones de representación³⁵⁴.

5.1.2. *Reparto de las competencias objetivas integradas en la supervisión europea del MUS, entre BCE y ANC.*

Como se ha indicado, las competencias en materia de supervisión que en el MUS se adjudican al BCE se basan en el artículo 127.6 TFUE, que no ha sido reformado, y que se limita a reconocer una posible competencia subsidiaria en materia de supervisión prudencial para el BCE –de este modo, sólo «el Consejo, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por

³⁵² En este sentido, también los cuatro organismos que forman el Sistema Europeo de Supervisión Financiera, desde su creación, han carecido de poderes de ejecución y supervisión directos que les permitan tomar medidas propias de supervisión (solo la Autoridad Europea de Valores ejerce labores directas de supervisión respecto de las agencias de rating), considerándose un problema el hecho de que en la mayoría de los casos, la efectividad de las decisiones de estos organismos, dependen de la voluntad de los Estados miembros o de la Comisión Europea. Vid. BENZO A. (2013), “Construir una Unión Bancaria” En Papeles de Economía Española, N.º 137.

³⁵³ Vid. Principios básicos para una supervisión bancaria eficaz, del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, septiembre de 2012, p. 23, recuperado el 15 de enero de 2014 en http://www.bis.org/publ/bcbs230_es.pdf

³⁵⁴ El BCE tiene competencias de representación del MUS en el plano internacional, pues el artículo 8 de su Reglamento, y sin perjuicio de las competencias respectivas de los Estados miembros y de las demás instituciones y órganos de la Unión, distintos del BCE, incluida la ABE, en relación con las funciones que se atribuyen al BCE, podrá celebrar acuerdos administrativos con autoridades de supervisión, organizaciones internacionales y administraciones de terceros países, pero dichos acuerdos no impondrán obligaciones jurídicas a la Unión y a sus Estados miembros. Por lo que recuperando aquí una idea expuesta en el primer Capítulo, si se pretendiera introducir un sistema de autorregulación entre los propios reguladores a nivel internacional para reconducir el problema de la falta de enforcement de las normas internacionales (sobre todo en referencia a las surgidas del Comité de Basilea), el BCE no podría someter ni a la UE ni a los Estados miembros, a través de ese acuerdo.

unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo y al Banco Central Europeo, podrá encomendar al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y otras entidades financieras, con excepción de las empresas de seguros»-.

Aunque se contempló una posible reforma del TFUE³⁵⁵, finalmente no se llevó a cabo y, por el momento, sólo mediante Reglamentos y a través del procedimiento legislativo especial y con todos los requisitos exigidos en el TFUE, el Consejo por unanimidad puede conceder al BCE competencias que le habiliten para realizar esa supervisión prudencial. Con esta finalidad, mediante el Reglamento UE nº 1024/2013, se le atribuyen al BCE las competencias que se extienden sobre diferentes aspectos de la actividad supervisora, pero que no se asumen con plenitud, sino que se encuentran compartidas con los reguladores nacionales, siendo diferente su alcance en cada caso.

Ciertamente, en todo lo que por esta vía no se haya atribuido como competencia al BCE, será competencia de los reguladores nacionales, que sin embargo, deberán ejercer sus funciones desde la óptica de su integración en el MUS, que entre otras cosas, en base al artículo 6 de su Reglamento, supondrá su sujeción al deber de cooperación leal y a la obligación de intercambiar información con el BCE, quien asume el papel de «responsable del funcionamiento eficaz y coherente del MUS».

El Reglamento UE nº 1024/2013 dedica su Sección Segunda –art. 14 y ss.-, a la regulación de las competencias de supervisión específicas encomendadas al BCE, refiriéndose a los siguientes aspectos de la actividad: autorización, evaluación de las adquisiciones de participaciones cualificadas, competencias de supervisión, competencias de las autoridades de acogida y cooperación en la supervisión en base consolidada, así como la asunción de funciones de coordinación de la supervisión de conglomerados financieros y ejercicio de la potestad sancionadora. También el artículo 4 se refiere a las competencias del BCE en el MUS.

³⁵⁵ Vid. Comunicación de la Comisión UE, de 28 de noviembre de 2012, relativa a un Plan director para una unión económica y monetaria profunda y auténtica: «el artículo 127, apartado 6, del TFUE podría modificarse para hacer que sea de aplicación el procedimiento legislativo ordinario y eliminar algunas de las restricciones jurídicas que se aplican actualmente al diseño del MUS».

5.1.2.1. Autorización.

El BCE tiene competencias exclusivas para ejercer, con fines de supervisión prudencial, las funciones relativas a la autorización de la actividad para las entidades de crédito y la revocación de la autorización. Las competencias para autorizar el acceso a la actividad de crédito se extiende a todos los casos, cuando la entidad quiera establecerse en un Estado miembro participante. Este aspecto de la supervisión se confiere como competencia exclusiva al BCE que cuenta con la colaboración de las ANC, en el proceso.

De este modo, si presentada una solicitud, el solicitante cumple todas las condiciones de autorización establecidas en la legislación nacional –también las establecidas en la UE, dada su incorporación a través del Reglamento (UE) nº 575/2013 y la Directiva 2013/36/UE-, la ANC adoptará un proyecto de decisión para proponer al BCE la concesión de la autorización. El proyecto de decisión se notificará al BCE y al solicitante de autorización. En los demás casos, la autoridad nacional competente denegará la solicitud de autorización. En el primer caso, si el BCE no presenta objeciones dentro del plazo de 10 días hábiles, se entenderá que el proyecto de decisión ha sido adoptado por el BCE. Por tratarse de un acto reglado, el BCE sólo podrá oponer objeciones si no se cumplen las condiciones de autorización exigidas en el Derecho de la Unión, debiendo motivar por escrito la desestimación.

Lo más llamativo es que en las cuestiones procedimentales, al margen del trámite previsto para que el BCE acepte el proyecto o formule objeciones, en el procedimiento se siguen las normas del Estado en que se presenta la solicitud. Por ejemplo, se establece que el proyecto de decisión que debe ser redactado por la ANC deberá prepararse dentro del plazo fijado por la legislación nacional pertinente, pero sin embargo, lo cierto es que las normas de los Estados partícipes, por el momento, no regulan el plazo para la redacción del proyecto, sino el plazo para la resolución del procedimiento en el que se decide la autorización³⁵⁶, por lo que deberemos entender

³⁵⁶ En España, tras la reforma introducida por la LOSSEC de 2014, su artículo 6.8, dispone que «La solicitud de autorización deberá ser resuelta dentro de los seis meses siguientes a su recepción en el

que este será el plazo en que se deberá elaborar el proyecto de decisión, aunque en este punto, el proceso no habrá terminado con una resolución definitiva, ya que faltará la decisión última del BCE. Igualmente, la notificación de la resolución al solicitante se efectuará por la autoridad nacional competente³⁵⁷, lo que supone que previamente el BCE habrá comunicado su decisión a la ANC.

A pesar de que la competencia para autorizar la actividad es exclusivamente del BCE, debemos introducir el matiz de que esto será totalmente cierto en relación con la comprobación de los requerimientos del MUS, esto es, los que deriven del Código normativo único. Fuera de este ámbito, los Estados pueden introducir otras normas, que no siendo contrarias a lo previsto en el código único, contemplen aspectos no regulados en la unión bancaria o refuercen el control (debemos tener en cuenta aquí, lo mencionado anteriormente en relación con la sobrerregulación). Esto es perfectamente posible, y lógicamente en estos casos, podría ocurrir que fuese la ANC la que denegase la autorización en base a sus propias normas. En este sentido, en España, el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, dispone que sin perjuicio de las competencias del BCE para denegar la solicitud de autorización propuesta por el Banco de España. Este último, mediante resolución motivada, denegará la autorización de creación de un banco cuando no se cumplan los requisitos de solicitud o de ejercicio de la actividad, y especialmente, cuando el sistema o el órgano de gestión no se consideren adecuados desde un punto de vista prudencial.

5.1.2.2. Revocación.

También el BCE será competente para revocar una autorización anteriormente concedida, según lo previsto en el artículo 4.1.a) del Reglamento del MUS. Esta

Banco de España, o al momento en que se complete la documentación exigible y, en todo caso, dentro de los doce meses siguientes a su recepción. Cuando la solicitud no sea resuelta en el plazo anteriormente previsto, podrá entenderse desestimada».

³⁵⁷ La notificación se practicará de conformidad con la legislación nacional de la ANC que efectúe la notificación, y en España se considerará equiparable el intento de notificación debidamente acreditado de conformidad con el criterio acogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2013 (recurso nº 557/2011). En relación con la posibilidad de la resolución por silencio negativo, vid. CHINCHILLA MARÍN C. (2015), "El régimen de supervisión, inspección y sanción del Banco de España en la Ley 10/2014", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 102. Mayo-Agosto 2015, pág. 23.

competencia del BCE se considera una competencia del mismo exclusiva que va más allá de los casos de revocación previstos en la regulación europea, ya que las normas nacionales de los Estados partícipes en el MUS pueden establecer otros supuestos de revocación de la autorización³⁵⁸. Y se prevé que el BCE acuerde la revocación de la autorización en caso de incumplimiento de la legislación nacional, a propuesta de la autoridad nacional competente pertinente, que supervisará el cumplimiento de las condiciones aplicables establecidas en el Derecho nacional –Considerando nº 21 del Reglamento 1024/2013-. La revocación de las autorizaciones puede obedecer a diferentes causas: puede ser una sanción por la comisión de una infracción muy grave –según se prevé, en la regulación española, en el artículo 97.1.b) LOSSEC-, y puede ser también una consecuencia que la ley vincula al incumplimiento de las condiciones a las que queda sujeta la autorización³⁵⁹, y que generalmente será consecuencia de haber desaparecido las condiciones o requisitos que inicialmente dieron lugar a su autorización³⁶⁰. En estos casos, se contempla una garantía adicional para el operador, al preverse en el artículo 14.5 Reglamento 1024/2013 que no sea inmediata su adopción, sino que se lleven a cabo consultas con la autoridad nacional competente del Estado miembro participante en el que esté establecida la entidad de crédito, dejándoles a las autoridades nacionales tiempo suficiente para que decidan sobre las medidas correctoras necesarias, incluidas las posibles medidas de resolución, que serán tenidas en cuenta por el BCE.

³⁵⁸ Vid. Considerandos 20 y 21 Reglamento 1024/2013.

³⁵⁹ CHINCHILLA MARÍN C. (2015), ob. cit. “El régimen de supervisión, inspección y sanción...”, pág. 24. Es interesante la referencia que hace la autora a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1997 (nº de recurso 486/1994), que recoge el fundamento de este tipo de revocación situándolo considerándolo una manifestación de la actividad de control del regulador, al declarar que su razón de ser es «la funcionalización de la actividad de control que tiene el Banco de España para impedir la permanencia en el mercado de aquellas entidades crediticias que perturban o deterioran la estabilidad del sistema financiero». Con carácter general la revocación de cualquier autorización o licencia puede tener bien carácter sancionador, o bien, ser una manifestación de la actividad de policía de la Administración competente. El Tribunal Constitucional sentó esta doctrina en STC 181/1990, de 15 de noviembre, al declarar que «la revocación de una licencia constituye una actuación administrativa que en ocasiones tiene una dimensión sancionadora y en otras no».

³⁶⁰ Aunque en relación con el control de otras actividades, se recoge esta idea en numerosas Sentencias. Vid. SSTs (Sala Tercera) de 14 de mayo de 1998, 2 de junio de 1998 y 4 de octubre de 2002, SSTs de 26 de septiembre, 3 y 19 de octubre de 2003, STS de 27 de junio de 2005, y STS de 17 de junio de 2008, entre otras muchas. También el TJUE recoge la misma doctrina, por ejemplo, STJCE de 8 de mayo de 2003, asunto C-349/97, *Reino de España c. Comisión*.

Un caso especial dentro de los supuestos que no tienen carácter sancionador es consecuencia de estar la entidad sometida a medidas de intervención, en un proceso de reestructuración o de resolución. Sin embargo, igualmente se prevé lo contrario, es decir, que una entidad sometida a medidas de intervención deba mantener la autorización. En estos casos, dado que las competencias en materia de resolución de entidades de crédito son nacionales (como función vinculada al MUR, no al MUS), las ANC podrán notificar debidamente su objeción al BCE que haya iniciado el proceso de revisión, explicando detalladamente el perjuicio que podría causar a ese respecto la revocación –artículo 14.6 Reglamento del MUS-, pero si se incumplen las medidas de intervención o no se llevan a cabo por las ANC, el BCE acordará la revocación inmediata. Al margen de este último caso, una vez iniciada la liquidación de una entidad en un proceso de resolución concursal, puede mantenerse la autorización para que el administrador concursal realice las operaciones necesarias de liquidación³⁶¹.

Se puede concluir que en estos casos de revocación existe cierta discrecionalidad para el BCE en la decisión, así como para las ANC en su propuesta de resolución.

La regulación actual en lo referente al régimen de acceso a la actividad y su revocación, da lugar a un procedimiento de autorización *sui generis*, que combina en lo sustantivo (sobre todo) y en aspecto procedimental (en menor medida) normas nacionales y de Derecho europeo, y que permite aplicar normas materiales de diferente origen, nacionales y de Derecho europeo.

5.1.2.3. Establecimiento de sucursales.

Otras funciones conferidas al BCE son las correspondientes al control de establecimiento de sucursales de entidades de crédito en un Estado miembro participante y la prestación de servicios transfronterizos en un Estado miembro no participante, así como la evaluación de las notificaciones de adquisición y de venta de participaciones cualificadas en entidades de crédito, salvo en caso de resolución de una entidad bancaria. En estos últimos casos el procedimiento también se inicia en el correspondiente Estado miembro, debiendo la solicitud ser evaluada previamente por

³⁶¹ CHINCHILLA MARÍN C. (2015), ob. cit. “El régimen de supervisión, inspección y sanción...”, pág. 27.

la ANC quien en el plazo de diez días laborables antes de la expiración del correspondiente plazo de evaluación establecido en el Derecho aplicable de la Unión, la comunicará al BCE con el proyecto de resolución –artículo 15.2-. El BCE decidirá si se opone o no a la adquisición basándose en los criterios de evaluación establecidos en el Derecho aplicable de la Unión y de conformidad con las normas de procedimiento del mismo –artículo 15.3-.

5.1.2.4. Control de requisitos prudenciales.

En principio, el papel del BCE en el MUS es centralizar la tarea supervisora, con la finalidad de garantizar la homogeneidad e igualdad de trato por parte del supervisor para todas las entidades sometidas a supervisión, y el de las autoridades nacionales, es garantizar la adecuada ejecución de las decisiones del BCE en su correspondiente territorio³⁶². La primera dificultad para llevar a cabo la labor de dirección de la supervisión prudencial homogenizando prácticas en los diferentes Estados incluidos en el MUS se encuentra en el modo de ejecución de la actividad de control en cada uno de ellos, puesto que algunos países como España, Italia y Portugal han basado tradicionalmente su modelo de supervisión en la revisión de la contabilidad y en un servicio de inspección que llevaba a cabo actuaciones directas de control en el domicilio de los operadores, mientras que las prácticas reguladoras de los países centroeuropeos sometían a las entidades a un control de auditoría interna y externa, y no llevaban a cabo inspecciones directas en las entidades³⁶³.

Las inspecciones directas o verificaciones *in situ*, que son prácticas habituales en España pero no en Centroeuropa, se han considerado recomendables por el Reglamento UE 1024/2013, y serán una función cotidiana de las ANC³⁶⁴. Esta práctica se podrá extender a todo el MUS y se realizará, conforme al artículo 6.6 del Reglamento del MUS respecto a las entidades de crédito, sociedades de cartera y sociedades y empresas mixtas de cartera. Lo que se prevé es que las autoridades

³⁶² ALBUERNE GONZÁLEZ, C. (2014), “MUS: Su implementación e impacto para la banca española”, en *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 38, pág. 96.

³⁶³ ALBUERNE GONZÁLEZ, C. (2014), ob. cit. “MUS: Su implementación e impacto...”, pág. 97.

³⁶⁴ Vid. considerando 37 Reglamento UE 1024/2013, que considera que «la evaluación diaria y permanente de la situación de las entidades de crédito y las correspondientes verificaciones *in situ*» debe ser asignada a las autoridades nacionales competentes, como medio para asistencia al BCE en la preparación y aplicación de todos los actos relativos al ejercicio de las funciones de supervisión.

nacionales competentes comuniquen al BCE las medidas que adopten en estos casos, y las coordinarán con las indicaciones que pueda hacer el BCE. Para algunos países este aspecto de la actividad de control será nuevo, pero podrán ser requeridos a llevarla a cabo, puesto que no hacerlo supondría diferencias importantes en la igualdad de trato de todas las entidades supervisadas dentro de la eurozona, y la igualdad de trato es uno de los objetivos del BCE como regulador. A ello se suma la posibilidad de que el mismo BCE pueda realizar directamente tales inspecciones *in situ*, con o sin previo aviso –ex artículo 12 Reglamento UE 1024/2013–.

Para llevar a cabo estas inspecciones por el BCE será presupuesto desde el punto de vista administrativo que haya recaído una decisión de investigación adoptada por el BCE –art. 12.2 y 12.3 Reglamento UE 1024/2013–, pudiendo exigir la documentación y las justificaciones que recoge el artículo 11 del Reglamento UE 1024/2013. Esa previa decisión de investigación del BCE determina el ámbito de las investigaciones de la visita del servicio de inspección, decisión que podrá ser objeto de control judicial ante el TJUE, pero no ante las autoridades judiciales nacionales, pues de conformidad con el artículo 13.2 del Reglamento del MUS «el juez nacional no podrá examinar la necesidad de proceder a la inspección ni exigirá que se le facilite la información que conste en el expediente del BCE. La legalidad de la decisión del BCE solo estará sujeta al control jurisdiccional del TJUE»³⁶⁵.

Al margen de la posible impugnación judicial, en caso de que la entidad inspeccionada se oponga de hecho, el apartado 5 del artículo 12 recoge una regla especial de colaboración entre las autoridades supervisoras, de modo que la autoridad nacional competente del Estado miembro participante prestará la asistencia necesaria al servicio de inspección del BCE, pero lo hará de conformidad con el Derecho nacional, y aquí es donde también pueden verse diferencias prácticas. De hecho, las diferencias en las legislaciones de cada Estado miembro están previstas en cierta medida, ya que el mismo art. 12.5 *in fine* indica que cuando el regulador nacional no disponga de la facultad necesaria según las normas nacionales, «la autoridad nacional competente de

³⁶⁵ Se aplica, en primer lugar la regla expresa del artículo 13.2 *in fine*, y también la regla general del artículo 263 del TFUE, de modo que el TJUE debe controlar la legalidad de los actos del BCE que no sean recomendaciones o dictámenes, y estén destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros, existiendo una remisión expresa en el considerando 60 del Reglamento UE 1024/2013.

que se trate empleará sus competencias para recabar la asistencia necesaria por parte de otras autoridades nacionales», por lo que aunque se garantiza el resultado, la vía para llevar a cabo las tareas de control serán diferentes en cada Estado y suponen una integración mayor, pues excede de las competencias de los reguladores nacionales según su propia legislación³⁶⁶.

Materialmente, se le atribuye al BCE competencia para velar por el cumplimiento de los requisitos prudenciales de las entidades de crédito en materia de fondos propios, titulización, limitación de grandes exposiciones, liquidez, apalancamiento, implantación de estructuras sólidas de gobernanza, incluidos requisitos de idoneidad de las personas responsables de la gestión de las entidades de crédito, procesos de gestión de riesgos, mecanismos internos de control, y políticas y prácticas de remuneración, y procesos internos eficaces de evaluación de la adecuación del capital, en particular modelos basados en calificaciones internas, pudiendo realizar respecto de todo ello revisiones supervisoras, que incluyan, en su caso, pruebas de resistencia, para imponer a las entidades de crédito las medidas necesarias para corregir las debilidades. En ejecución de esta competencia, las ANC podrán también participar en esta faceta de la actividad. De este modo, en España, encontramos referida a algunos de los puntos anteriores, la Circular 2/2016, de 2 de febrero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia, que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) nº 575/2013, que en esencia contiene la LOSSEC y el Reglamento 84/2015.

Enlazando con otro de los mecanismos de la unión bancaria, el BCE asumirá también la supervisión de la ejecución de medidas impuestas en los planes de recuperación y la intervención temprana –que derivan del MUR–, cuando una entidad de crédito o un grupo respecto del cual el BCE sea el supervisor en base consolidada

³⁶⁶ El mismo Reglamento del MUS regula un supuesto de colaboración de otras autoridades nacionales (no reguladoras) para llevar a cabo la inspección, se trata del caso en que sea necesaria autorización judicial, de conformidad con la normativa nacional, para la inspección *in situ* prevista en el artículo 12. En estos casos se solicitará el correspondiente mandamiento judicial y el juez nacional verificará la autenticidad de la decisión del BCE y comprobará que las medidas coercitivas contempladas no son arbitrarias ni desproporcionadas en relación con el objeto de la inspección. Cuando verifique la proporcionalidad de las medidas coercitivas, el juez nacional podrá pedir al BCE explicaciones detalladas, en particular sobre los motivos que tenga el BCE para sospechar que existe una presunta infracción, sobre su gravedad y la naturaleza de la implicación de la persona sujeta a medidas coercitivas.

incumpla o vaya a incumplir probablemente los requisitos prudenciales aplicables. Únicamente en los casos en que el Derecho aplicable de la Unión estipule explícitamente la intervención de las autoridades competentes, en relación con los cambios estructurales que han de introducir las entidades de crédito para evitar dificultades financieras o impagos, con exclusión de toda atribución en materia de resolución –que se ejerce en el marco del MUR al que más adelante nos referiremos-.

5.1.2.5. Ejercicio de la potestad sancionadora.

Otra de las facetas compartidas de los reguladores del MUS en la que debemos detenernos es la competencia sancionadora. Aunque se asume en España por el Banco de España –ex art. 90.1 LOSSEC-, su competencia está referida a la instrucción y resolución de los expedientes sancionadores a que se refiere la LOSSEC, «pudiendo imponer las sanciones en él descritas y las medidas administrativas que, en su caso, procedan». Sin embargo, el BCE también tiene competencia sancionadora. De hecho, podrá sancionar a las entidades de crédito o sociedades financieras que incumplan el Derecho de la Unión Europea, según se prevé en el artículo 18 del Reglamento del MUS, imponiéndoles sanciones pecuniarias administrativas de hasta el doble de la cantidad correspondiente a los beneficios obtenidos o las pérdidas evitadas como resultado del incumplimiento, en caso de que puedan determinarse estos, o de hasta el 10 % de su volumen de negocios total anual, así como, en su caso, otras sanciones pecuniarias contempladas en el Derecho de la UE.

La competencia del BCE para imponer sanciones tiene su base jurídica en la ampliación por el Reglamento del MUS, según se expone en su considerando nº 36, de la potestad sancionadora que a aquel se le atribuyó inicialmente en el SEBC, en relación con la dirección de la política monetaria del eurosistema. Esto en realidad nos remite, conjuntamente con el artículo 18.3 del Reglamento del MUS a lo previsto inicialmente en el artículo 132, apartado 3, del TFUE y con el Reglamento (CE) nº 2532/98 del Consejo, de 23 de noviembre de 1998, sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones, que no ha necesitado ser reformado para poder ser aplicado a los incumplimientos de los operadores dentro del MUS ya que el Considerando nº 3 de este Reglamento de 1998, configuraba esta potestad de forma

amplia al considerar que el «incumplimiento de las obligaciones respecto de los reglamentos y decisiones del BCE puede producirse en diferentes ámbitos de competencia del BCE». De este modo, ampliadas sus competencias como regulador, se entiende ampliada su potestad sancionadora al ámbito de su competencia.

En el Reglamento de 1998 quedaban regulados los límites cuantitativos de las sanciones que podía imponer el BCE y se regulaba el procedimiento sancionador, en el que ya se incluía la colaboración del BCE y de los Bancos nacionales con esta finalidad, pudiendo iniciarse el procedimiento a instancia de aquel o de estos, pero correspondiendo al Comité ejecutivo del BCE la adopción de una decisión motivada acerca de si la empresa había cometido una infracción, así como sobre la sanción que en su caso, debía imponérsele (conforme al artículo 3.4).

De este modo, no queda ahora excluida la posibilidad de que se impongan sanciones por los reguladores nacionales de conformidad con su respectiva regulación³⁶⁷. Pero, en cualquier caso, las decisiones de imposición de sanciones por el BCE, podrán ser objeto de control judicial por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –como resulta del artículo 5 del Reglamento UE de 1998-.

El ámbito de los sujetos pasivos de las posibles sanciones queda delimitado a las entidades de crédito, sociedades financieras de cartera o sociedades financieras mixtas de cartera, sin que sea posible aplicar esta potestad a otros sujetos, aunque sin perjuicio de la competencia del BCE para exigir a las autoridades nacionales

³⁶⁷ Por aplicación del artículo 3.10 del Reglamento (CE) nº 2532/98 se compatibiliza el ejercicio de la potestad sancionadora del BCE con la de los Bancos Nacionales, aunque referida a la función de los mismos (de todos ellos) en relación con la dirección y ejecución de la política monetaria. Así: «Si la infracción está exclusivamente relacionada con una función encomendada al SEBC en el Tratado y los Estatutos, solamente podrá iniciarse un procedimiento sancionador sobre la base del presente Reglamento, con independencia de cualquier disposición legal o reglamentaria nacional que pueda establecer un procedimiento distinto. Si la infracción se refiere también a una o más materias fuera de las competencias del SEBC, el derecho a iniciar un procedimiento sancionador sobre la base del presente Reglamento será independiente de cualquier derecho de una autoridad nacional competente a iniciar unos procedimientos distintos en relación con dichas materias fuera de las competencias del SEBC, sin perjuicio de la aplicación de la legislación penal y de las competencias de supervisión prudencial en los Estados miembros participantes». Dado que la potestad sancionadora está claramente recogida en el Reglamento del MUS respecto al BCE y las ANC, no parece haber inconveniente en que la misma regla sea aplicable para la organización del MUS en cuanto al ejercicio de la potestad sancionadora pues la atribución de esta potestad tiene suficiente cobertura legal en el Reglamento del MUS. El Considerando 36 de este último recoge expresamente que las «autoridades nacionales deben seguir teniendo la posibilidad de aplicar sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la legislación nacional por la que se transponen directivas de la Unión».

competentes que actúen en esos casos –considerando 53 y artículo 18 y ss. del Reglamento del MUS-.

*5.1.3. Distribución competencial entre BCE y ANC
por razón de la clasificación del sujeto supervisado.*

Al margen de las funciones que asume el BCE de forma homogénea en el sistema, esto es afectando por igual a todas las entidades supervisadas como director de la supervisión prudencial (fundamentalmente la concesión de autorizaciones y su revocación, y la evaluación de adquisición y de venta de participaciones cualificadas en entidades de crédito al margen de los casos de resolución de la entidad, que en todos los casos son competencias exclusivas del BCE y que ejerce en colaboración con las ANC), la activación del resto de competencias directas de supervisión del BCE sobre entidades de crédito es desigual porque depende de la clasificación de las entidades como significativas o no significativas.

La clasificación se realizará atendiendo a los criterios del artículo 6.4 del Reglamento 1024/2013: la importancia para la economía de la Unión o de cualquier Estado miembro participante, el carácter significativo de las actividades transfronterizas, y el tamaño de la entidad. El tamaño determina su carácter significativo si el valor total de sus activos supera los 30.000.000.000 euros, o la ratio de sus activos totales respecto del PIB del Estado miembro participante de establecimiento supere el 20 %, a menos que el valor total de sus activos sea inferior a 5.000.000.000 euros. Además es posible que el BCE tome una decisión por la que confirma dicho carácter significativo tras haber realizado una evaluación global, incluida una evaluación del balance de dicha entidad financiera, al margen de los criterios objetivos anteriores, y se establece expresamente que con independencia de los criterios anteriores, el BCE desempeñará sus funciones de supervisión respecto a las tres entidades de crédito más significativas en cada uno de los Estados miembros participantes, salvo que lo justifiquen circunstancias particulares. Finalmente, siempre serán significativas las entidades respecto de las cuales se haya solicitado o recibido ayuda financiera pública directa de la FEEF o del MEDE. Este último criterio es el que

hace que la mayor parte de la banca española esté, de momento, bajo la supervisión directa del BCE en el MUS.

Lo que realmente implica en la práctica la distribución de competencias entre supervisores del MUS, su funcionamiento y las indicaciones generales sobre las prácticas de supervisión del MUS, se recogen en la *Guía de supervisión bancaria* publicada por el BCE en noviembre de 2014³⁶⁸. Como consecuencia de la clasificación anterior, y de conformidad con la Guía, el BCE supervisa directamente, con ayuda de las ANC, a todas las entidades clasificadas como significativas. En este caso, la supervisión diaria se efectuará por los equipos conjuntos de supervisión (ECS), integrados por personal de las ANC y del BCE. Por su parte las ANC seguirán realizando la supervisión directa de las entidades menos significativas, aunque bajo la vigilancia del BCE³⁶⁹.

Según la Guía, el BCE puede asumir también la supervisión directa de entidades menos significativas cuando sea necesario para garantizar la aplicación uniforme de estándares de exigencia supervisora elevados. Respecto de las entidades no significativas, el BCE supervisará y dirigirá la supervisión³⁷⁰ que llevarán a cabo las ANC en los aspectos supervisores diferentes a la concesión de autorizaciones y su revocación, y la evaluación de adquisición y de venta de participaciones cualificadas en entidades de crédito al margen de los casos de resolución de la entidad, que en todos los casos son competencias exclusivas del BCE y que ejerce en colaboración con las ANC.

La clasificación de las entidades significativas o no significativas la realiza el BCE, y no es definitiva e invariable, se puede cambiar la clasificación según las circunstancias de la entidad en concreto, pero de acuerdo siempre a los criterios anteriores. La Guía de supervisión bancaria del BCE prevé que la clasificación de las

³⁶⁸ Disponible en la web del BCE y de las demás ANC. En España se encuentra en http://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuVertical/Supervision/mecanismo_unico_de%20supervision/ficheros/ssmguidebankingsupervision201411.es.pdf

³⁶⁹ Guía de Supervisión Bancaria del BCE, noviembre de 2014, pág. 12.

³⁷⁰ De conformidad con el artículo 6 del Reglamento del MUS, en el ejercicio de estas funciones los reguladores del MUS actuarán siguiendo las directrices de cooperación que en el mismo se establecen y Guía de Supervisión Bancaria del BCE, noviembre de 2014, pág.14.

entidades de crédito pueda cambiar como consecuencia de su actividad ordinaria, o bien a raíz de acontecimientos excepcionales (por ejemplo una fusión o adquisición)³⁷¹.

Finalmente, las funciones de supervisión no atribuidas al BCE seguirán siendo competencia de las ANC³⁷², y se ejercerán de conformidad con su propia normativa.

Como resultado de esta distribución nos encontramos con el hecho de que, a pesar de lo dicho anteriormente en relación con las competencias sancionadoras reconocidas tanto a BCE y ANC, las ANC no podrán incoar un procedimiento sancionador contra aquellas entidades de crédito que hayan sido clasificadas como significativas, ni siquiera en casos en que el BCE no ostente potestad sancionadora, salvo que este último les requiera para iniciar el respectivo procedimiento sancionador³⁷³.

5.1.4. La determinación de la responsabilidad a los reguladores por defectos de supervisión en el MUS.

A pesar de que con la distribución actual, y con la atribución residual a las ANC de las funciones de control no incorporadas al MUS, parece que toda la labor de control está bien organizada, tanta fragmentación no se puede considerar acertada si pretendemos acercarnos a un sistema perfecto.

Uno de los motivos de la distribución actual es la falta de experiencia y medios en el BCE para asumir por completo la tarea supervisora, pero a largo plazo, no se puede descartar que deban ser ampliadas las competencias del BCE y para que esto no conlleve problemas de base jurídica, será necesaria la reforma del TFUE incorporando una atribución de competencias mucho más amplias y decisivas que, como encontramos ahora, una atribución subsidiaria, indirecta, y limitada. En este sentido, el hecho de basar la actuación del BCE en competencias no objetivas contenidas en el Tratado, sino en el ejercicio de sus propias facultades, no garantiza una unión bancaria totalmente confiable en el aspecto de supervisión. Deberían aumentarse sus

³⁷¹ Guía de Supervisión Bancaria del BCE, noviembre de 2014, pág. 11.

³⁷² FERNÁNDEZ RODRIGUEZ T.R. (2016), ob. cit. "El mecanismo único de supervisión,...", pág. 161.

³⁷³ UGENA TORREJÓN R. (2014), "El Mecanismo Único De Supervisión Europeo", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* / Nº 36-2014, pág. 15.

competencias gradualmente evitando así, el riesgo de que se creen vacíos de supervisión³⁷⁴.

Ese incremento gradual de competencias debería llevarse a cabo y clarificarse en el TFUE, pues mientras se deje al propio criterio del BCE la valoración de si se trata o no de un supuesto que cae dentro de su competencia para efectuar esa supervisión prudencial, puede ocurrir que incurra en responsabilidad por omisión³⁷⁵, como supervisor, si no actúa debiendo hacerlo, a pesar de que el mismo BCE se ha pronunciado en relación con esta cuestión, limitando su propia responsabilidad a los casos de dolo o negligencia grave³⁷⁶.

No olvidemos que el artículo 6.1 del Reglamento UE nº 1024/2013 convierte al BCE en el responsable del funcionamiento coherente y eficaz del sistema, sin embargo, en el sistema supervisor del MUS caben otras posibilidades de atribución de responsabilidad por defectos de supervisión a la vista de la fragmentación en el ejercicio de la función de control.

De entrada, todas las autoridades que actúen como reguladores, asumen su cuota de responsabilidad. El Considerando nº 61 del Reglamento UE nº 1024/2013 recoge una remisión a normas ya existentes sobre responsabilidad patrimonial en el ámbito europeo y en el nacional –obviamente, en la misma línea que todo el MUS, no puede introducir reglas nuevas al respecto sin haberse reformado el TFUE-, diciendo: «De conformidad con el artículo 340 del TFUE, el BCE debe reparar los daños causados por él o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, con arreglo a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. Esto debe entenderse sin perjuicio de la obligación de las autoridades nacionales competentes de reparar los daños causados por ellas o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones de conformidad con el Derecho nacional».

³⁷⁴ ALONSO LEDESMA, C. (2013), ob. cit. “Un primer paso hacia la unión bancaria...”, pág. 1302.

³⁷⁵ GARCÍA ALCORTA, J., (2013), “Observaciones en torno al Mecanismo Único de Supervisión bancaria en la Unión Europea”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez nº 34-2013, págs. 69 y 70.

³⁷⁶ Vid. punto 1.7 del Dictamen del Banco Central Europeo de 27 de noviembre de 2012 sobre una propuesta de reglamento del Consejo que atribuye funciones específicas al Banco Central Europeo en lo que respecta a las medidas relativas a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y una propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) nº 1093/2010 por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea).

La aplicación de esta regla no será, en la práctica, tan sencilla como puede parecer, pues partimos de un sistema con una estructura organizativa muy compleja y novedosa. Es novedosa porque la estrecha cooperación del BCE y de las ANC en los distintos procedimientos de autorización, revocación, evaluación de transmisión de participaciones, control de los requerimientos de solvencia y de las condiciones del consejo de administración de las entidades, etc., convierte al BCE, sin dejar de ser Institución europea, en autoridad administrativa que asume un papel en el escenario interno de cada Estado³⁷⁷, ya que como hemos visto, hay casos en los que puede tener que decidir aplicando el Derecho nacional de uno de los Estados partícipes³⁷⁸, y además, de acuerdo con el artículo 9.1 del Reglamento del MUS, dependiendo de la facultad que esté ejerciendo, «el BCE será considerado, según proceda, la autoridad competente o la autoridad designada en los Estados miembros participantes con arreglo a lo establecido por el Derecho aplicable de la Unión».

La inserción del BCE como regulador en el ámbito nacional es novedosa y peculiar porque no existe una relación jerárquica entre BCE y ANC, y a pesar de las relaciones interadministrativas que se darán entre ellos, la falta de relación jerárquica hace difícil gestionar los resultados de sus relaciones, especialmente en lo referente a la determinación de una posible responsabilidad patrimonial derivada de su funcionamiento.

La complejidad es evidente, por todo lo expuesto, e incluso en los casos en que la competencia es exclusiva del BCE cabe la posibilidad de que la intervención de una ANC en la tramitación del correspondiente procedimiento (en los casos de competencia exclusiva del BCE inclusive), permita derivar cierta responsabilidad hacia ella. Más claramente, en los casos de competencias compartidas cabe esta posibilidad, pues se comparten las funciones.

³⁷⁷ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ T.R. (2016), ob. cit. “El mecanismo único de supervisión,...”, pág. 166.

³⁷⁸ El artículo 4.3 del Reglamento 1024/2013 recoge esta posibilidad: «A los efectos de desempeñar las funciones que le atribuye el presente Reglamento, y con el objetivo de garantizar una supervisión rigurosa, el BCE aplicará toda la legislación aplicable de la Unión y, en los casos en que dicha legislación esté integrada por Directivas, la legislación nacional que las incorpore al ordenamiento jurídico nacional. Cuando la legislación aplicable de la Unión esté compuesta por Reglamentos y en los ámbitos en que en la actualidad dichos Reglamentos otorguen expresamente opciones a los Estados miembros, el BCE aplicará también la legislación nacional que incorpore esas opciones al ordenamiento jurídico nacional».

La atribución de responsabilidad no siempre resultará clara y generará supuestos de concurrencia de culpas entre BCE y ANC, tanto en los casos de competencias compartidas como en los casos en que las ANC colaboran en el ejercicio de las competencias exclusivas del BCE, debiendo en este caso considerar que han actuado, según los casos, en el ejercicio de sus propias competencias, o incluso a través de alguna suerte de “transferencia” del ejercicio de las competencias del BCE, ya que el artículo 6.5.a) del Reglamento del MUS, permite que el BCE emita, a la atención de las autoridades nacionales competentes, reglamentos, directrices o instrucciones generales, de conformidad con las cuales las autoridades nacionales competentes ejercerán las funciones de supervisión prudencial que el artículo 4 del mismo reglamento le atribuye al propio BCE (a excepción de las de los apartados 1 y 3 –que son las de autorización, revocación y evaluación de adquisición de participaciones cualificadas en entidades de crédito-, que se atribuyen al BCE en exclusiva). Además, también el artículo 9.1, tercer párrafo, del Reglamento del MUS, dispone que el BCE podrá remitir instrucciones a las ANC para exigirles que hagan uso de las competencias que les atribuye la legislación nacional, en las condiciones que esta establezca, en caso de que el Reglamento del MUS no atribuya dichas competencias al BCE.

Recogemos la referencia, en estos casos, a alguna suerte de “transferencia” en el ejercicio de competencias administrativas (sería una especie de delegación impropia), y no como técnica de alteración de la competencia porque no es posible definir esta posibilidad como tal en sentido estricto, al no pertenecer a la misma Administración los diferentes reguladores que convergen en el MUS, y a pesar de la posición asumida por el BCE como eje del sistema, las relaciones entre los reguladores se rigen por el principio de competencia y no por el de jerarquía, aunque la jerarquía en sentido estricto no se necesitaría para poder aplicar la técnica de la delegación, bastando que pertenezcan a la misma Administración³⁷⁹.

³⁷⁹ ESTEVE PARDO, J. (2011), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons (Barcelona), pág. 164. El autor destaca que los órganos destinatarios de la delegación sólo pueden ser aquellos que se encuentren en una posición de inferioridad jerárquica respecto del órgano delegante o los órganos de una entidad de Derecho Público vinculada o dependiente del órgano delegante (generalmente un órgano de la Administración instrumental).

Teniendo en cuenta las precisiones anteriores en relación con la imposibilidad de aplicar en estos casos las técnicas de alteración de competencias, un supuesto similar a lo que consideraríamos un caso de avocación –pero necesariamente, también avocación impropia³⁸⁰ a favor del BCE lo encontramos en el artículo 6.5.b) del Reglamento del MUS y el párrafo 99 de la *Guía de Supervisión Bancaria del BCE*, que le habilitan para decidir la asunción del ejercicio directo de todos los poderes pertinentes por lo que respecta a una o varias de las entidades de crédito establecidas en los Estados miembros participantes aunque no hayan sido clasificadas como significativas³⁸¹.

Además, cabe tener en cuenta lo previsto en el artículo 2.5 del TFUE, que con carácter general prevé que la UE disponga de competencia «para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros, sin por ello sustituir la competencia de éstos en dichos ámbitos», por lo que la competencia que permanece en el haber de los Estados miembros, a pesar de que se reciban instrucciones por parte de la UE –y esto será muy habitual en el MUS–, sigue siendo de responsabilidad de las autoridades nacionales. A la inversa, igualmente, no se prevé con carácter general, que se puedan transferir competencias de la UE (tampoco tiene sentido), ni su ejercicio, sino relaciones de cooperación y coordinación, que igualmente harán que cada Administración, ya sea la nacional, ya la europea, vaya a sumir la responsabilidad por los defectos de su propio funcionamiento.

³⁸⁰ Aunque el caso típico en que se aplicará la avocación es aquel en que el órgano jerárquicamente superior avocará para sí una competencia de un órgano inferior, también puede aplicarse para que un órgano que haya delegado una competencia anteriormente recupere el ejercicio de la competencia delegada en algún asunto sin que termine la delegación con carácter general. Vid. ESTEVE PARDO, J. (2011), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons (Barcelona), pág. 164-165. Será necesario por tanto o bien relación jerárquica o bien una previa delegación, por lo que, valorando lo que exige la previa delegación, tampoco puede existir una avocación *stricto sensu* entre BCE y ANC.

³⁸¹ Del artículo 6.5.b.) del Reglamento del MUS y su regla de desarrollo en la Guía de Supervisión Bancaria del BCE, resulta que «cuando sea necesario para garantizar una aplicación coherente de normas de supervisión estrictas, el BCE podrá decidir en cualquier momento, por iniciativa propia previa consulta de las autoridades nacionales competentes o a instancia de una autoridad nacional competente, ejercer por sí mismo directamente todos los poderes pertinentes por lo que respecta a una o varias de las entidades de crédito a que se refiere el artículo 4, incluso en el caso en que se haya solicitado o recibido indirectamente asistencia financiera de la FEEF o del MEDE». Esta regla se podrá aplicar, por ejemplo, según se prevé en la Guía en caso de que la ANC no hubiera seguido las instrucciones del BCE, comprometiendo con ello la aplicación uniforme de las normas de rango superior en materia de supervisión, sin que el deterioro de la situación financiera de una entidad menos significativa, o el inicio de los procedimientos de gestión de crisis, se consideren motivos suficientes para que el BCE retire la supervisión a la ANC responsable.

Por este motivo, en el MUS, será la competencia realmente asumida en el artículo 127.6 TFUE y las atribuidas en su desarrollo, en Reglamentos aprobados por unanimidad por el Consejo (como lo es el Reglamento del MUS al tratarse de una competencia subsidiaria), la que determinará la responsabilidad, pudiendo ser concurrente entre BCE y ANC (en la mayoría de los casos), y siendo difícil de precisar cuándo una ANC ejecute instrucciones del BCE, ya que en estos casos habrá que determinarse en cada caso, si el origen de la posible responsabilidad se encuentra en las instrucciones dadas por el BCE o si deriva de su ejecución y es imputable a una ANC.

Aunque el Reglamento del MUS no hace referencia a cómo instrumentalizar ese ejercicio de competencias por las ANC siguiendo instrucciones del BCE, si nos fijamos en la legislación española, y dejando al margen los requisitos formales que se exigen en los casos de delegación de competencias o de avocación, vemos que es muy difícil encajar los casos indicados en estos supuestos y que en realidad, más se acerca a una especie de encomienda de gestión.

De conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, la encomienda de gestión cabe cuando se trata de transferir el ejercicio de competencias de un órgano a otro, cuando por razones de eficacia sea aconsejable, o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño, razones que podrían fundamentar que el BCE pida esta colaboración a las ANC en los casos referidos, no suponiendo traslado de competencias sino sólo de su ejercicio, y pudiendo llevarse a cabo entre órganos de diferentes Administraciones Públicas. Por estos motivos los supuestos que contempla el Reglamento del MUS se pueden identificar con una especie de encomienda de gestión. Lo que no regula este Reglamento son los requisitos formales para hacerlo, y deberíamos entender conveniente, si se siguiera el modelo de la legislación española (en lo previsto en el artículo 11.3.b) Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público), que en la regulación de este punto del MUS, dado que no existe relación jerárquica entre las autoridades, ni existe una base jurídica suficiente en el TFUE, que se debiera firmar un convenio entre BCE y ANC, que debería ser publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea. El convenio serviría además, en cada caso, para determinar la extensión de la responsabilidad de cada uno de ellos en la ejecución de la gestión encomendada,

solucionándose así, a priori, el problema de la determinación de esa responsabilidad patrimonial de cada autoridad en cada supuesto. Parece aconsejable que se firme este convenio, y sería completamente acorde con la legislación española actual, ya que el artículo 140.1.g) de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, uno de los principios que rigen las relaciones interadministrativas es la responsabilidad de cada Administración Pública en el cumplimiento de sus obligaciones y compromisos, y esto limitaría los casos de solidaridad en la responsabilidad patrimonial derivada de fórmulas de colaboración entre Administraciones, regla esta que se prevé en el artículo 33 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando no sea posible determinar en qué medida la responsabilidad es de una Administración o de otra. En el Reglamento del MUS no se contempla una regla similar de responsabilidad en estos casos, pero si entendemos que la remisión que se hace a la regulación de la responsabilidad patrimonial por defectos de supervisión a la regulación de cada Estado miembro, abarca también los casos de colaboración, podríamos entender que sería de aplicación el artículo 33 de la Ley 40/2015, cuando esta posible responsabilidad se diera entre BCE y Banco de España.

Cuando la responsabilidad compartida fuese del BCE y otras ANC, dependerá de la solución que se dé a los casos de colaboración en el ejercicio de competencias por dos Administraciones en la legislación de cada Estado miembro. Sería conveniente que se pensase en regular cómo solucionar de forma homogénea la distribución de la responsabilidad patrimonial en caso de competencias delegadas, siendo una solución adecuada la de la solidaridad en la relación externa con el ciudadano perjudicado, y sin perjuicio de lo que resulte de las relaciones internas entre las Administraciones implicadas³⁸².

Desde un punto de vista teórico, se encontrarán problemas para determinar la responsabilidad concurrente de los supervisores en los casos referidos al final del epígrafe anterior, si la responsabilidad derivase del inicio o no incoación de procedimientos sancionadores en relación con entidades significativas respecto de los

³⁸² Sobre el funcionamiento de la responsabilidad solidaria en las relaciones internas entre las Administraciones se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras en STS Sala 3ª de 23 febrero 1995, STS Sala 3ª de 27 diciembre 1999, y STS Sala 3ª de 11 diciembre 2002.

que el BCE necesitase requerir el inicio del procedimiento a la ANC correspondiente, dada la concurrencia de competencias en la iniciativa, en la ejecución y tramitación del procedimiento sancionador³⁸³. Sin embargo, la *Guía de la Supervisión Bancaria del BCE* de 2014, en estos casos, atribuye la vigilancia de las posibles infracciones a los Equipos Conjuntos de Supervisión (ECS)³⁸⁴, por lo que al formar parte de los mismos profesionales del BCE y de las ANC³⁸⁵, la gestión del proceso sancionador y, por tanto, su responsabilidad serán conjuntas y no será posible determinarla por las competencias concurrentes, sino más bien aplicando una regla de solidaridad para los supervisores de los que los mismos procedan. El problema radica, sin embargo, en que todos los Estados miembros no regulan del mismo modo la responsabilidad de sus reguladores.

Precisamente, la concurrencia de responsabilidades de los reguladores en el MUS encontrará, como mayor dificultad, las diferencias existentes en la regulación de cada Estado, que al concurrir con la del BCE darán lugar a diferentes resultados de asunción de responsabilidad, según el Estado concurrente. Estas diferencias deberían ser objeto de armonización para evitar la desigualdad de trato respecto de los operadores de cada Estado, pero esto requiere igualmente la reforma del TFUE o un acuerdo unánime del Consejo en el que se establezca un régimen único de responsabilidad administrativa en el MUS.

El problema para llegar a un punto en que se pueda consensuar un régimen de responsabilidad de los reguladores uniforme en todo el MUS radica, en que cada Estado miembro aplica un criterio diferente, y aunque el BCE sí tiene atribuida, como se ha indicado, responsabilidad en los casos de dolo o negligencia grave, la mayor parte de los ordenamientos de los Estados partícipes en el MUS, no han permitido fundamentar en la práctica judicial respectiva, en base a diversos fundamentos jurídicos, responsabilidad a sus reguladores, existiendo otros Estados, como Italia, donde sí se reconoce esta responsabilidad por defectos de supervisión.

³⁸³ UGENA TORREJÓN R. (2014), “El Mecanismo Único de Supervisión Europeo”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* / Nº 36-2014, pág. 15.

³⁸⁴ Guía de Supervisión Bancaria del BCE, noviembre de 2014, pág. 41, párrafo 83.

³⁸⁵ Guía de Supervisión Bancaria del BCE, noviembre de 2014, pág. 14, párrafo 10 y pág. 16, cuadro 3.

La cuestión radica en que existe una diferencia conceptual que nos puede hacer llegar a resultados distintos en cada ordenamiento, y que no tiene que ver con el régimen de responsabilidad general de las administraciones adoptado, sino con el carácter con que se perfile en cada ordenamiento la actividad de control consistente en la supervisión financiera. A tal efecto, la supervisión financiera es una actividad administrativa de control y se puede incluir en el ámbito de la responsabilidad general de las administraciones³⁸⁶, pero pueden haber sutiles diferencias dependiendo del carácter que le reconozca cada ordenamiento al objeto de control. En este sentido, no es lo mismo que la actividad bancaria, como objeto de control, sea considerada una actividad privada de interés general –se presta por operadores privados acogidos al principio de libertad de empresa, pero bajo el control de la Administración competente–, un servicio público impropio –servicios prestados por particulares que se consideran de interés general y reciben por este motivo regulación, control en su acceso y ejercicio, etc. por los poderes públicos³⁸⁷, un servicio público en sentido estricto³⁸⁸ –en este caso el poder público asumirá la garantía y la responsabilidad de su prestación útil a los ciudadanos³⁸⁹–, o un servicio de interés económico general³⁹⁰–

³⁸⁶ En el derecho español, el concepto de actividad administrativa sobre el que se extiende la posible responsabilidad patrimonial de las Administraciones se entiende en sentido amplio, incluyéndose cualquier actividad en la que se ejerciten potestades administrativas, o su omisión cuando exista obligación de actuar, quedando homologada la noción de servicio público con “toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo” (SSTS 16 de febrero de 2005, de 18 de septiembre de 2007, y de 1 de febrero de 2008, entre otras muchas). Vid. ALONSO SEGOVIA B, (2011), “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, en SALA SÁNCHEZ, XIOL RIOS, y FERNÁNDEZ MONTALVO (Dir.), *Instituciones del Derecho Administrativo en la Jurisprudencia*, pág. 1638, Ed. Bosch (Barcelona).

³⁸⁷ Existen posturas doctrinales que incluyen la actividad bancaria en este tipo de servicios aproximándolo así a la configuración que se le da en el Derecho italiano o en el francés. Tesis que también tiene sus detractores. Vid. PONCE SOLÉ J. (2014), “Crisis, bancos privados, obligaciones de servicio público, y servicio universal. Actividad bancaria y servicios de interés económico general”, en TEJEDOR BIELSA y FERNÁNDEZ TORRES (Coords.), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, pág. 644, Ed. Civitas – Thomson Reuters (Navarra).

³⁸⁸ El clásico concepto de servicio público se caracterizaba por ser prestado en régimen de monopolio, de forma uniforme, igualitario, y garantizado unos mínimos, aunque la evolución del concepto de los últimos años lo lleva hacia otras formas de prestación, que exigen un cambio en su concepto tradicional y en los modelos de regulación económica. Es interesante en relación con ello ARIÑO G. y DE LA CUÉTARA MARTINEZ J.M. (1997), “Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones”, en *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, Nº 37, Ejemplar dedicado a: Competencia y regulación de mercados, pág. 36.

³⁸⁹ DE LA CUÉTARA MARTINEZ J.M. (1997), “Perspectivas de los servicios públicos españoles”, en ARIÑO, DE LA CUÉTARA y MARTINEZ LÓPEZ-MÚÑIZ, *El nuevo servicio público*, pág. 69, Ed. Marcial Pons (Madrid).

³⁹⁰ Este concepto procedente del derecho europeo aparece referido en el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Protocolo nº 26 sobre los servicios de interés general.

constituyen obligaciones o misiones de servicio público aunque pueden gestionarse en concertación con el sector privado o encomendarse a empresas públicas o privadas³⁹¹.

Precisamente, en sus orígenes la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración fue configurada sobre el concepto de servicio público³⁹² vinculado al de potestad pública *-puissance publique-*, de ahí que la configuración de la actividad en sí misma y sus diferencias en cada ordenamiento jurídico, van a determinar la extensión en el reconocimiento de responsabilidad patrimonial por defectos en el ejercicio de esa responsabilidad. Actualmente el concepto originario de servicio público se ha desdibujado, cuestión esta en la que han incidido decididamente las tesis neoliberales³⁹³ que han sido tratadas en el Capítulo I, y con la aparición de otras formas de prestación de esos servicios públicos dando lugar a una evolución del concepto de servicio público, y de la función del Estado que pasa de ser el productor o prestador del servicio a ser el regulador³⁹⁴, que controla su prestación por sujetos privados. Esto implica, en consecuencia, también la modificación del ámbito de responsabilidad de su prestación.

En el Derecho español, ya nos hemos referido anteriormente a esto, se configura como una actividad privada de interés general³⁹⁵, y esto lo que conlleva en cuanto al régimen de responsabilidad del supervisor es que no existe una responsabilidad administrativa en la prestación de la actividad bancaria, es decir, como

³⁹¹ Vid. Libro Blanco de sobre los servicios de interés general, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 12.5.2004 COM (2004) 374 final, pág. 6.

³⁹² Así, su origen lo encontramos en el fallo del Caso Blanco emitido por el Tribunal de Conflictos de Francia en 1873. Vid. MATIAS CAMARGO S. R. (2013), "La Teoría del Servicio Público y las Telecomunicaciones", en *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, Nº. 38, pág. 47.

³⁹³ Se habla de una huida del Derecho Administrativo, generalmente a través de privatizaciones. Vid, DESDENTADO DAROCA (1999), *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Ed. Tirant Lo Blanch Alternativa (Valencia); MORALES J. (1998), "Estado y privatizaciones", Cuadernos de relaciones laborales, Nº 13, págs. 53-74; Y SORIANO GARCÍA E. (1993), *Desregulación, privatización, y Derecho Administrativo*, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia (Depositario Cometa S.A., Zaragoza); en relación con su incidencia en la evolución del concepto de servicio público, vid. ARIÑO, DE LA CUÉTARA y MARTINEZ LÓPEZ-MÚÑIZ, *El nuevo servicio público*, Ed. Marcial Pons (Madrid).

³⁹⁴ BETANCOR A. (2010), *Regulación: Mito y Derecho*, págs. 56-57, Ed. Aranzadi (Navarra).

³⁹⁵ A pesar de ser este el tipo de actividad en la que se suele encuadrar, no faltan otras posiciones que proponen la reelaboración del concepto de servicio de interés económico general para incluir a las entidades de crédito, y mucho más, "para ponerlos en el lugar central". Vid. JIMENEZ-BLANCO A. (2013), "La función inspectora en el ámbito financiero (La supervisión de las entidades de crédito)", en DÍEZ SÁNCHEZ J.J. (Coord.) *Función inspectora*, pág. 30, Ed. INAP (Madrid).

garantía de su prestación, sino en el control de su ejercicio por operadores privados por ser de interés general³⁹⁶. Pero dado que en base al carácter que se le dé a la actividad bancaria en cada ordenamiento, el mínimo de responsabilidad para el regulador se encontrará en la asunción de la función de garantizar ese control o supervisión de su ejercicio en unas condiciones que mantengan la seguridad del tráfico jurídico y la estabilidad del sistema, la consecuencia es que en todos los ordenamientos jurídicos, el ámbito mínimo de responsabilidad coincidente será ese ámbito de control que, como mínimo, debe ser el que hemos definido como supervisión prudencial en el Capítulo I.

5.2. El Mecanismo Único de Resolución: el control judicial de las decisiones de intervención y resolución, y la responsabilidad patrimonial derivada del mismo.

5.2.1. El alcance de la actividad administrativa del MUR.

El Mecanismo Único de Resolución (MUR), es un sistema unificado de resolución de entidades en situación de insolvencia o con riesgo de insolvencia, a través de un procedimiento jurídico-administrativo que desplaza el procedimiento concursal ordinario³⁹⁷, y en el que es presupuesto de su aplicación el interés general. La sustitución del proceso concursal ordinario por un procedimiento administrativo que realmente, implica una intervención pública, descansa en el hecho de que los procesos ordinarios de carácter concursal tratan de encontrar cierto equilibrio entre los intereses concurrentes de carácter privado a través de la aplicación del principio *pars conditio creditorum*³⁹⁸, pero las particulares características de la actividad bancaria, y su vinculación con bienes jurídicos de carácter colectivo, como son la estabilidad del sistema financiero, la confianza en la seguridad jurídica de los inversores-depositantes, y la conexión con la estabilidad de las economías nacionales, exigen que se aplique un procedimiento especial de estas características.

³⁹⁶ PONCE SOLÉ J. (2014), ob. cit. “Crisis, bancos privados, obligaciones de servicio público...”, pág. 644.

³⁹⁷ ALONSO LEDESMA C., (2014), “La resolución de entidades de crédito”, en TEJEDOR BIELSA y FERNÁNDEZ TORRES (Coords.), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, pág. 349, Ed. Civitas – Thomson Reuters (Navarra).

³⁹⁸ ALONSO LEDESMA C., (2014), ob. cit. “La resolución de entidades...”, pág. 350.

El MUR es un sistema ideado para gestionar la resolución de entidades financieras que no sean viables dentro de la eurozona³⁹⁹, y se aplicará también en los Estados miembros de la UE que no formando parte de la zona euro, se incorporen voluntariamente a la unión bancaria⁴⁰⁰. En realidad, se aplica a todos los Estados miembros que forman parte del sistema de supervisión única, esto es, del MUS⁴⁰¹. Esta circunstancia, ha hecho que se considere por un sector doctrinal como un instrumento derivado del MUS, o consecuencia necesaria del mismo⁴⁰². Se encuentra plenamente operativo desde el 1 de enero de 2016, aunque comenzó a funcionar de forma limitada en enero de 2015. Su regulación básica se recoge en el Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas comunes y un procedimiento uniforme, para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión, en el marco del Mecanismo Único de Resolución y de un Fondo Único de Resolución⁴⁰³.

La relación entre el sistema de resolución y el fondo de resolución es evidente si pensamos en que con el MUR se pretende romper el círculo vicioso de retroalimentación entre riesgos bancarios y deuda soberana, para que mediante un sistema en el que el regulador pueda obligar a las entidades no viables a resolverse, sin

³⁹⁹ Con ocasión de la crisis iniciada en el año 2007 se han llevado a cabo otras iniciativas internacionales en este ámbito, como la llevada a cabo por el Financial Stability Board -FSB-, de carácter armonizador, mediante la fijación de criterios uniformes en los *Key attributes of effective Resolutions Regimes for Financial Institutions*, disponibles en

http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_111104cc.pdf?page_moved=1.

⁴⁰⁰ Vid. Considerandos 15, 16 y 17 y artículo 2 del Reglamento (UE) nº 806/2014.

⁴⁰¹ Considerando 17 del Reglamento (UE) nº 806/2014: “Mientras la labor de supervisión siga siendo ajena al MUS, el Estado miembro en que se produzca una inviabilidad bancaria debe seguir siendo responsable de sus consecuencias financieras”.

⁴⁰² GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (2016), “Mecanismo único de resolución bancaria. Aspectos institucionales”, en ALONSO C. (dir.), *Hacia un sistema financiero de nuevo cuño: Reformas pendientes y andantes*, pág. 161, Ed. Tirant lo Blanch (Valencia).

⁴⁰³ Anteriormente, se firmó un Acuerdo Intergubernamental el 21 de mayo de 2014, por representantes de 26 Estados miembros participantes (lo firmaron todos los Estados miembros, excepto Suecia y Reino Unido), comprometiéndose a transferir y mutualizar al Fondo Único de Resolución las contribuciones recaudadas a nivel nacional. Vid. “Commissioner Barnier welcomes the Signature of the intergovernmental Agreement (IGA) on the Single Resolution Fund”, declaración en sede de la Comisión Europea de 21 de mayo de 2014. Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-165_en.htm, consultado por última vez el 19 de febrero de 2016. Hay que tener también en cuenta la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) nº 1093/2010 y (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo.

tener que asumir el sector público el coste de su rescate por la vía de la reestructuración de la deuda⁴⁰⁴, no queden totalmente perjudicados quienes depositaron sus ahorros en las entidades financieras cuyo destino sea concursar y ser liquidadas, como consecuencia de las evidentes pérdidas individuales a su cargo. La dotación de fondos para atender los procesos de resolución abre otra discusión sobre la necesidad de contar con una auténtica unión fiscal que soporte este instrumento financiero⁴⁰⁵.

Como se ha indicado, es complemento necesario del MUS y viceversa⁴⁰⁶. Del mismo modo que ocurría en el MUS, en su norma reguladora se parte de la base de que existen divergencias entre las normas de resolución nacionales y las prácticas administrativas correspondientes en los distintos Estados miembros, no existiendo antes un proceso totalmente unificado de resolución de entidades de crédito en crisis, lo que impide prever las repercusiones de la bancarrota de aquellas entidades que no sean viables, según la legislación de cada Estado miembro⁴⁰⁷. Con la Directiva 2014/59/UE, se ha pretendido hacer una primera armonización⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ En relación con las ayudas públicas que se han tenido que invertir como consecuencia de la última crisis en el sector bancario español, es interesante consultar la *Nota informativa sobre ayudas públicas en el proceso de reestructuración del sistema bancario español (2009-2015)*, del Banco de España, en pág. 3 y 4. Disponible en http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/Briefing_notes/es/notabe040515.pdf

⁴⁰⁵ Una auténtica unión fiscal requiere además de regulación sustantiva común, una organización y procedimientos administrativos y judiciales existentes para resolver las controversias que suscita la aplicación de los tributos, no existiendo por el momento, una auténtica unión fiscal porque no sólo cada Estado miembro tiene sus propios impuestos, sino que además se aprecia cierta resistencia de los Estados miembros a perder sus competencias exclusivas. Sobre el estado de esta cuestión vid. TEJERIZO LÓPEZ, J.M., (2015), "La Unión Fiscal en la UE (Una visión general)", en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 28 - enero - junio 2015, págs. 83-124, Madrid.

⁴⁰⁶ ASMUSSEN, J. (2013), "Hacia una unión bancaria", en *Crisis y reforma regulatoria del sistema financiero en la UE*, pág. 61, Septiembre-Octubre 2013. Nº 874, Ed. Revista ICE. Última consulta el 11 de marzo de 2016 en http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_874_53-64_F5C3F5D99F96FEF843C9CD56B4E9D02B.pdf

⁴⁰⁷ Considerandos 1, 2 y 4 Reglamento (UE) nº 806/2014, regulador del MUR.

⁴⁰⁸ De hecho, así lo recoge expresamente el considerando 10 del Reglamento del MUR al referirse a la Directiva 2014/59/UE, pues indica que no queda centralizado el proceso de toma de decisiones en materia de resolución y sólo se determinan competencias e instrumentos comunes de resolución a disposición de las autoridades nacionales de cada Estado miembro, dejándoles un margen de discrecionalidad a efectos de la aplicación de los instrumentos y el uso de los mecanismos nacionales de financiación de los procedimientos de resolución.

Del funcionamiento eficaz y coherente del MUR será responsable la Junta Única de Resolución (JUR) –art. 7.1 Reglamento (UE) nº 806/2014-⁴⁰⁹. El Reglamento del MUR hace un reparto de competencias paralelo al del MUS, pero no totalmente equivalente, entre la JUR, y las autoridades nacionales de resolución (ANR). En comparación con el MUS, existe en el MUR una red de supervisores simétrica pero no una total coincidencia en la distribución de funciones, con aquel. De entrada, las ANR mantienen muchas más competencias para acordar intervenciones a través de procesos de resolución, de modo que las ANR de los Estados partícipes en el MUR tendrán competencia para adoptar los planes de resolución y evaluar la posibilidad de resolver las entidades no significativas del MUS (artículos 8 a 10 del Reglamento del MUR). También tendrán competencias para adoptar medidas de actuación temprana, aunque, de conformidad con el artículo 13 del Reglamento del MUR sus competencias quedan limitadas por las competencias que se reconocen a la JUR y a las autoridades de supervisión del MUS, pues estas medidas, lo que se prevé es que se adopten a instancia del BCE y de las ANC, ya que estos son los supervisores que por su función conocerán si existen debilidades.

La competencia para acordar la resolución será de la JUR si, en ese caso, es necesaria la utilización del FUR. La utilización del FUR es excepcional, y se prevé que sea subsidiario a la aplicación, si procede, de los Fondos de Garantía de Depósitos, como se deduce del artículo 79 del Reglamento de MUR⁴¹⁰. Por su parte el FUR debe financiarse, de entrada⁴¹¹, con aportaciones de las entidades de crédito, que serán

⁴⁰⁹ A la JUR se le atribuye competencia para la elaboración de los planes de resolución y de la adopción de todas las decisiones relacionadas con la resolución de entidades de crédito, empresas matrices, incluidas las sociedades financieras de cartera y las sociedades financieras mixtas de cartera, empresas de servicios de inversión y las entidades financieras establecidas en un Estado miembro participante cuando estén incluidas en el ámbito de la supervisión en base consolidada de la empresa matriz realizada por el BCE, y otros grupos transfronterizos. Es decir, la JUR tendrá competencia en lo referente a las medidas de resolución respecto de aquellas entidades que son competencia directa del BCE en el MUS (las entidades calificadas como significativas) –ex artículo 7.2 Reglamento (UE) nº 806/2014-.

⁴¹⁰ Lo que se prevé es que progresivamente se vaya dotando de capital a este Fondo que se formará con aportaciones de las propias entidades de crédito y no con capital procedente de los presupuestos nacionales. Las aportaciones anuales que irán nutriendo el Fondo, hasta que llegue al 100% previsto se determinan por la JUR de conformidad con lo previsto en el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/81 del Consejo de 19 de diciembre de 2014 que especifica condiciones uniformes de aplicación del Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las aportaciones *ex ante* al Fondo Único de Resolución.

⁴¹¹ Si bien la dotación financiera del Fondo se nutre de las aportaciones de las propias entidades de crédito, mediante aportaciones *ex ante*, y *ex post* –en caso de insuficiencia de las aportaciones

recaudadas a escala nacional y será gestionado de conformidad con un acuerdo intergubernamental sobre la transferencia y progresiva mutualización de las aportaciones⁴¹². Al ser financiado al margen de los presupuestos estatales de los Estados partícipes, se pretende desvincular la dotación del mismo de los presupuestos nacionales⁴¹³.

La JUR también será la autoridad competente para acordar que algunas entidades formulen sus planes de resolución de forma simplificada, cuando su importancia sea reducida⁴¹⁴. Pero su función más importante es acordar el inicio de un proceso de resolución respecto de las entidades que estén bajo su supervisión, conforme al artículo 18.1 en relación con artículo 7.2, 7.4.b) y 7.5, todos ellos del Reglamento del MUR. Es en relación con el ejercicio de esta función donde es necesario realizar un análisis más profundo.

Los presupuestos del acuerdo de resolución merecen una mención especial no sólo porque su valoración tiene cierto carácter discrecional para la autoridad competente⁴¹⁵, sino porque además existe una diferencia esencial con los procesos

realizadas con carácter previo y ordinario-, de conformidad con los artículos 70 y 71 del Reglamento (UE) nº 806/2014, en caso de insuficiencia de tales aportaciones, se prevé la posibilidad de que la JUR solicite un préstamo voluntario en favor del Fondo con cargo a mecanismos de financiación de la resolución en los Estados miembros no participantes (art. 72 Reglamento UE del MUR), y otros recursos de financiación alternativos -empréstitos u otras formas de apoyo-, (art. 73 del mismo Reglamento) que no podrá ser sufragado por el presupuesto de la Unión o por los Estados miembros participantes, según prescribe el artículo 73.3 *in fine* del Reglamento UE nº 806/2014, regla que en realidad se acomoda al criterio de romper la vinculación de los riesgos derivados de la actividad bancaria con las deudas soberanas de los Estados partícipes. Esta regla es consecuencia directa de las prohibiciones de los artículos 123, 124 y 125 del TFUE.

⁴¹² Considerando nº 19 del Reglamento UE 806/2014.

⁴¹³ Los artículos 67 y ss del Reglamento UE 806/2014 contemplan otras vías de financiación, incluso de carácter extraordinario, pero siempre desvinculadas de los presupuestos nacionales de los Estados partícipes.

⁴¹⁴ Son los casos que prevé el artículo 11 del Reglamento del MUR. Se trata de aquellos casos en los que se entiende que el menor riesgo deriva de, por ejemplo, la pertenencia de la entidad a un Sistema Institucional de Protección, o está justificado por la actividad de la entidad, su estructura accionarial, su forma jurídica, etc.

⁴¹⁵ La justificación de la intervención administrativa no se prevé de un modo totalmente objetivo ni en los casos que son competencia de las ANR, ni en los de intervención de la JUR. Por su parte, son siempre competencia de las ANR los casos de adopción de medidas de actuación temprana -de conformidad con el artículo 7.3.b) del Reglamento UE nº 806/2014-. Las medidas de actuación temprana son aquellas medidas que se pueden adoptar con carácter preventivo cuando las autoridades de supervisión han informado de debilidades que aún pueden ser reconducidas a una situación de estabilidad financiera, a las que se refiere el artículo 13 del Reglamento del MUR, y de cuya adopción debe ser informada la JUR, quien puede también instar a las ANR a que las mismas sean promovidas. De hecho, el Dictamen del BCE de 9 de enero de 2013 sobre actuación temprana, reestructuración y resolución de entidades de crédito

ordinarios que sirven para gestionar las crisis empresariales, esto es, los procesos concursales. En estos últimos la declaración de concurso es una resolución judicial y no administrativa, y la decisión de declaración de concurso aunque tampoco se determina de forma objetiva con carácter general, se basa en criterios económicos a la vista de la imposibilidad de afrontar los pagos pendientes en el momento de la solicitud, los resultados negativos contenidos en las cuentas anuales de la entidad en crisis, e

(CON/2013/3) en su apartado 1.1, las considera aplicables cuando una entidad de crédito “incumpla los requerimientos de solvencia, liquidez, estructura organizativa o control interno, pero se encuentre en disposición de retornar al cumplimiento por sus propios medios”. De las mismas no se establece un catálogo en el Reglamento nº 806/2014, sino que parece que se configura de forma abierta, ya que según el Considerando 53 del Reglamento del MUR pueden adoptarse “cualesquiera medidas de actuación temprana” adoptadas dentro de la esfera del sector privado, tendentes a evitar la inviabilidad de un ente en un plazo de tiempo razonable. Sin embargo, su contenido se encuentra determinado en la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, en su artículo 27, y han sido objeto de regulación mediante guías de la ABE (Directrices sobre los umbrales para la activación de medidas de actuación temprana, EBA/GL/2015/03, de julio de 2015, entrando en vigor el 1 de enero de 2016). Como sabemos, estas Directrices son normas de soft law, de ahí la necesidad de que los Estados partícipes del MUR hayan adoptado internamente su contenido. En España, el Banco de España adoptó su contenido íntegramente como Guía del Banco de España, el 24 de septiembre de 2015. De ellas se puede destacar, por un lado, en cuanto a su naturaleza jurídica, que no estamos ante el ejercicio de funciones específicas de intervención administrativa sino de control en general, pues estas medidas se limitan a requerir la corrección de la situación de debilidad a la entidad y esta realizará la corrección en el ámbito privado. Por otro lado, el límite o umbral para acordarlas, y que justifica su adopción desde el punto de vista jurídico, se sitúa en el incumplimiento –o la previsión de futuro incumplimiento– por parte de la entidad de crédito, de los requisitos de solvencia y de organización interna que se establecen en la normas prudenciales (es decir, las del Reglamento (UE) nº 575/2013, de la Directiva 2013/36/UE, del Título II de la Directiva 2014/65/UE o cualquiera de los artículos 3 a 7, 14 a 17, y 24, 25 y 26 del Reglamento Directrices sobre los umbrales para la activación de medidas de actuación temprana (UE) nº 600/2014, o de la legislación pertinente de la UE o de la legislación nacional que la desarrolla). Respecto a las medidas de resolución, se introduce una regla que trata de evitar el desajuste con el funcionamiento del MUS, ya que, como se ha indicado, a pesar del paralelismo en la estructura organizativa de ambos, las autoridades de resolución nacionales asumen las competencias de resolución de las entidades no significativas, aunque la evaluación de los requisitos para acordar la resolución se evalúan en estrecha colaboración con el supervisor competente de conformidad con el MUS. La consecuencia de lo anterior es que a través de la evaluación de los presupuestos necesarios para la intervención se determinarán las responsabilidades, en su caso, conforme a lo indicado antes en el MUS y en lo previsto en la legislación de cada Estado partícipe al regular su propia autoridad de resolución. Una regla a tener en cuenta en relación con la participación de los supervisores en los procesos de intervención del MUR la contiene el Reglamento nº 1024/2013, del MUS, al regular las competencias del BCE en relación con los supuestos de revocación de autorizaciones, en su artículo 14.6: “Mientras las competencias en materia de resolución de entidades de crédito sigan siendo competencias nacionales, en aquellos casos en que las autoridades nacionales consideren que la revocación de la autorización perjudicaría a la adecuada aplicación de las medidas necesarias para la resolución o para el mantenimiento de la estabilidad financiera, dichas autoridades deberán notificar debidamente su objeción al BCE, explicando detalladamente el perjuicio que podría causar a ese respecto la revocación. En tales casos, el BCE se abstendrá de proceder a la revocación durante un período mutuamente acordado con las autoridades nacionales. El BCE podrá ampliar ese período si considera que se han realizado suficientes progresos. No obstante, si el BCE determina en una decisión motivada que las autoridades nacionales no han aplicado las necesarias medidas adecuadas para mantener la estabilidad financiera, la revocación de las autorizaciones se aplicará inmediatamente”.

incluso, valorando la evolución económica y jurídica de la empresa en los últimos tres años (artículos 2, 5 y 6 de la Ley Concursal de 2003, en España). La consecuencia de esta diferencia es la necesidad de prever que estas decisiones administrativas de resolución puedan ser revisadas judicialmente con todas las garantías.

Es posible que sea en estos casos donde más se puedan concentrar los casos de responsabilidad patrimonial por defectos de la actividad de las autoridades de resolución porque sólo *a posteriori*, se podrá determinar si realmente el proceso de resolución ha sido, en general, más beneficioso para los intereses concurrentes de lo que hubiera supuesto tomar una decisión diferente tendente al mantenimiento de la entidad, mediante medidas de reestructuración⁴¹⁶, u otras medidas de intervención temprana.

En este punto, las autoridades de resolución deberán ser extremadamente cuidadosas en la adopción de la decisión de resolución de una entidad, porque podría, en algunos casos, llegar a privarse a los particulares de sus derechos privados. Hay sectores doctrinales que por la similitud en sus efectos a una expropiación parcial, consideran que las normas reguladoras de los procedimientos expropiatorios deberían ser aplicados con carácter supletorio a los casos de intervención para la resolución de entidades de crédito⁴¹⁷, pero esto realmente lo que supondría a pesar de lo acertado de la propuesta desde un punto de vista técnico, es nuevamente la asunción de pérdidas por el sector público, no quedando eliminado el riesgo moral y la vinculación del saneamiento de las finanzas públicas de la asunción de pérdidas por las entidades bancarias. Aquí es donde cobra importancia que se introduzcan normas por las que se prevea que el propio sistema de resolución responda por los posibles defectos de la actividad administrativa, y además, no todos los casos en que se acuerde la

⁴¹⁶ ALONSO LEDESMA C., (2014), ob. cit. “La resolución de entidades...”, pág. 353.

⁴¹⁷ CARRILLO DONAIRE J.A. (2013), “Intervención de entidades de crédito en crisis: alcance y límites”, en MUÑOZ MACHADO y VEGA SERRANO (dirs.), *Regulación económica, Vol. X Sistema Bancario*, pág. 823. Ed. Iustel (Madrid). El autor destaca la aplicación del principio de proporcionalidad en los acuerdos de resolución, de modo que si el interés general requiere una intervención parcial, no quede justificada la total resolución de la entidad, quedando deslegitimada en la parte que no hubiera sido necesaria de conformidad con la utilidad pública que se pretende conseguir con ella. En relación con esta cuestión se destacan la STEDH Sporrang y Lonroth c. Suecia de 23 de septiembre de 1982, y STEDH James y otros de 12 de febrero de 1986, STEDH Lithgow y otros c. Reino Unido de 8 de julio de 1986, STEDH Papachelas c. Grecia de 25 de marzo de 1999, y STEDH antiguo Rey de Grecia y otros c. Grecia de 23 de noviembre de 2000.

intervención de una entidad de crédito supondrán directamente una expropiación⁴¹⁸. En relación con esta cuestión, profundizaremos en el Capítulo IV, al tratar el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, que es la ANC en España.

De este modo, a pesar que para la determinación de responsabilidad patrimonial de las autoridades de resolución existen reglas especiales, como veremos, la participación de los supervisores en la determinación de los presupuestos legitimadores para iniciar los procesos de resolución de entidades de crédito puede derivar responsabilidad para ellos de conformidad con su propio régimen jurídico.

5.2.2. El control judicial de la gestión del riesgo y de las resoluciones para adopción de medidas de actuación temprana y de resolución.

En la norma reguladora del MUR se contempla la posibilidad de revisar judicialmente las decisiones de las autoridades de resolución competentes, si bien, tendremos en cuenta que el control judicial de las decisiones adoptadas por los supervisores incluidos en este mecanismo no siempre lo realizará el TJUE.

A tal efecto, partiendo del Considerando 120 del Reglamento UE nº 806/2014: «El MUR reúne a la Junta, al Consejo, a la Comisión y a las autoridades de resolución de los Estados miembros participantes. El Tribunal de Justicia es competente para controlar la legalidad de las decisiones adoptadas por la Junta, el Consejo y la Comisión, de conformidad con el artículo 263 del TFUE, así como para determinar su responsabilidad extracontractual. Además, el Tribunal de Justicia, de conformidad con el artículo 267 del TFUE, es competente para pronunciarse con carácter prejudicial, a petición de las autoridades judiciales nacionales, sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Las autoridades judiciales nacionales deben ser competentes, de conformidad con su legislación nacional, para controlar la legalidad de las decisiones adoptadas por las autoridades de resolución de los Estados miembros participantes en el ejercicio de las

⁴¹⁸ En España, el caso Banesto, considerando paradigma de una intervención administrativa de entidad de crédito, no implicó una expropiación de las acciones de los propietarios de entidad, manteniéndose su valor. Vid. CARRILLO DONAIRE J.A. (2013), ob cit., “Intervención de entidades de crédito en crisis...”, pág. 795.

funciones que les confiere el presente Reglamento, así como para determinar su responsabilidad extracontractual».

En consecuencia, cuando se trate de decisiones que son competencia de las ANR, serán los tribunales nacionales los que, de conformidad, con la regulación nacional revisen la legalidad de estas decisiones. En España, la regulación del FROB, como autoridad nacional de resolución bancaria regula esta materia en cuanto a las decisiones de su competencia. En el ámbito de las entidades significativas a efectos del MUR (y en la fase inicial, un alto porcentaje de las entidades españolas se han considerado significativas por haber recibido ayuda financiera en el año 2012), dado que las decisiones incumben a la JUR, como agencia europea independiente con personalidad jurídica propia (art. 42 Reglamento del MUR), se prevé que la legalidad de sus decisiones sean revisadas por el TJUE. También se sujeta a control judicial por parte del TJUE la legalidad de las decisiones del Consejo y de la Comisión, ya que ambos pueden intervenir en los procesos de resolución.

El hecho de que el Consejo y la Comisión participen en las decisiones sobre resolución de entidades significativas puede parecer, de entrada, consecuencia de que todo el sistema de supervisión y de resolución se ha construido sin reformar el TFUE, de modo que allí donde faltan competencias en las autoridades europeas de nueva creación, es necesario que se adopte un acuerdo por las Instituciones europeas, incorporando de forma puntual, y según las circunstancias, la decisión necesaria. Sin embargo, dado que en los casos en que les faltan competencias, sólo se podrán ampliar las competencias de los reguladores mediante Reglamento aprobado por unanimidad en el Consejo, la intervención de las mismas tiene otra base, al menos, se justifica en el propio Reglamento del MUR en otros motivos. Antes de incidir en ellos, debemos mencionar que el principal problema que se deriva de esta configuración, en la que algunas decisiones se adoptarán *ad hoc*, es que se puede poner en duda la independencia de la JUR, máxime si además se tiene en cuenta la regla introducida en el artículo 44 del reglamento del MUR, que indica que la «Junta actuará de conformidad con el Derecho de la Unión, en particular con las decisiones del Consejo y de la Comisión adoptadas en virtud del presente Reglamento».

No evita que pongamos en duda su independencia en estos casos a la vista de la justificación que se ofrece para ello en el Considerando 24 del Reglamento del MUR, pues justifica la intervención del Consejo y de la Comisión en la necesidad de salvaguardar un margen de discrecionalidad que se vincula a la adopción por los mismos de la política de resolución necesaria, en cada caso, tendente a garantizar la estabilidad financiera del sistema, la presupuestaria de los Estados miembros y la concurrencia del interés público en el caso en cuestión. Ese margen de discrecionalidad va a ser realmente difícil de controlar, pues se basará en apreciaciones técnicas, pero además tendrá un trasfondo político (inevitablemente, aunque no debería), y en la práctica, ese control, en su caso, deberá realizarse en cada caso concreto según las circunstancias concurrentes mediante la valoración exhaustiva de en qué medida es necesaria una intervención administrativa para mantener la estabilidad financiera del sistema, la presupuestaria de los Estados miembros y en qué medida el interés público para mantener los anteriores bienes colectivos exige la adopción de tal decisión.

En cualquier caso, la legalidad de las decisiones adoptadas podrá ser objeto de revisión judicial tanto si se trata de decisiones de resolución tendentes a la liquidación, o a la reestructuración, como si su finalidad es la actuación temprana, pues en este último caso, a pesar de no tratarse de una intervención administrativa *estricto sensu*, ya que tan sólo se impone a la entidad de crédito que corrija sus deficiencias utilizando medios privados, el mismo Reglamento del MUR establece reglas sobre la posible responsabilidad patrimonial derivada de tales decisiones, cuestión esta que se trata en el siguiente epígrafe.

Antes de valorar las reglas sobre responsabilidad patrimonial derivada de actuaciones del MUR, debemos destacar que con el sistema de supervisión y resolución de entidades de crédito que surge de la unión bancaria, se ha abierto una nueva dimensión para la responsabilidad de los reguladores, sobre todo, para las autoridades de resolución, y que recae en su faceta como gestores del riesgo. Nunca antes, como en la actualidad, se había asumido un control tan exhaustivo de los aspectos del funcionamiento de las entidades bancarias, los que hemos identificado como parte de la supervisión prudencial, y esto abre camino a un mayor control

público de la actividad, a la posibilidad de intervenir en la actividad privada controlada, y por consiguiente, a ser responsable de los resultados de esa actividad de control.

La gestión del riesgo bancario fue objeto de tratamiento antes de la crisis iniciada en 2007-2008, por el Comité de Basilea en un documento de 2003 denominado *Buenas prácticas para la gestión y supervisión del riesgo operativo*, en donde se partía de un marco regulador completamente diferente, pues eran los presupuestos de desregulación y globalización, de los que partía el documento, los que permitían suponer que, en buena medida, esta gestión de los riesgos bancarios iban a quedarse dentro del ámbito de la propia entidad, de modo que los supervisores limitaban su actividad en este sentido a exigir a las entidades que adoptasen mecanismos suficientes para garantizar la gestión interna de sus riesgos.

Actualmente, lo anterior no deja de ser cierto en circunstancias de normalidad, o de estabilidad, si se prefiere, pues esa gestión del propio riesgo sigue siendo privada, lo que ocurre es que en la actualidad el sistema ha dejado de seguir un modelo de desregulación, para acoger una regulación muy estrecha en materia prudencial, y con esto se traslada la responsabilidad de la gestión de ese riesgo, también al supervisor (entendido en un sentido amplio, incluyendo por tanto, a las autoridades de resolución). De hecho, uno de los nuevos ámbitos donde se aprecia la asunción de la gestión de riesgos por parte del supervisor recae en la posibilidad de imponer medidas de actuación temprana, de modo que la no actividad en este sentido puede derivar responsabilidad por omisión. Antes de iniciarse la crisis de 2007-2008, con la regulación anterior, el control administrativo no alcanzaba la responsabilidad del supervisor en esta fase.

La transformación de la gestión de riesgos bancarios, que ha pasado de considerarse prácticamente algo perteneciente a la esfera privada a considerarse responsabilidad también pública, y que está implícita en toda la regulación europea (e internacional) analizada hasta ahora, y en general en toda la regulación nacional derivada de ella, supone también la transformación de la responsabilidad de los supervisores en el ejercicio de su actividad de control.

De hecho, la reforma de los sistemas de gestión de riesgos privados de las entidades ha sido impulsada por los reguladores en el ejercicio de sus nuevas competencias⁴¹⁹. A nivel internacional esto comenzó a cambiar con los “Principios para la adecuada gestión y supervisión del riesgo de liquidez” del Comité de Basilea de septiembre de 2008, cuyos principios 14 a 17 hacen referencia a la actividad del supervisor en relación con la gestión de riesgos. En ellos se amplían las funciones de los supervisores pues se aconseja que realicen «una evaluación completa del marco general de gestión del riesgo de liquidez del banco y de su posición de liquidez, a fin de determinar si ofrecen suficiente capacidad de adaptación a las tensiones de liquidez atendiendo al papel desempeñado por el banco dentro del sistema financiero», informes de supervisión prudencial e información procedente del mercado, también se prevé que exijan a los bancos una eficaz y puntual adopción de medidas correctoras de las deficiencias detectadas en sus procesos de gestión del riesgo de liquidez o en su posición de liquidez, y que mantengan canales de comunicación con otros supervisores y autoridades públicas competentes.

Todo ello se ha incorporado al sistema actual de la unión bancaria mediante la aplicación de las pruebas de resistencia o *stress test*, la posibilidad de exigir que las entidades adopten medidas de actuación temprana y reforzando los mecanismos de cooperación entre supervisores.

Tal es la asunción de la responsabilidad de la gestión de riesgos por parte de los supervisores que con el sistema que surge de la crisis se ha extendido la práctica de la creación de sociedades de gestión de activos tóxicos, y de bancos puente para salvaguardar los activos sanos de las entidades. Aunque esta cuestión no viene directamente regulada en la construcción de la unión bancaria⁴²⁰, no puede olvidarse que en el marco de la profunda reforma realizada en España, como más adelante se tratará, e incentivada por el BCE, la Comisión Europea y el FMI —a los tres, actuando

⁴¹⁹ De hecho se han efectuado estudios que concluyen que la presión que se realiza a las entidades de crédito para mejorar sus procesos de gestión de riesgos se puede atribuir a los reguladores. Vid. “Gestión de Riesgo: El nuevo desafío”, *Financial Risk Management*, Ed. KPMG en Chile, 2009 Mayo, pág. 11.

⁴²⁰ El artículo 22.2.b) del Reglamento del MUR regula como instrumento de resolución la venta de activos a una entidad puente, pero la creación de este tipo de entidades y su regulación pertenece a la competencia nacional de los Estados partícipes.

conjuntamente, en los últimos años se les ha venido denominando, la “Troika”⁴²¹-, para llevar a cabo la reestructuración del sistema financiero español⁴²², ambas figuras se introducen para cumplir los compromisos que España asumió en el Memorando de Entendimiento, como parte de la condicionalidad incluida en el rescate financiero de 2012⁴²³.

Como consecuencia de estas previsiones, se creó la SAREB (Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, o Banco malo), sociedad anónima⁴²⁴ que, aunque denominada banco no tiene licencia bancaria y que se considera entidad privada⁴²⁵ porque está participada en un 55% por capital privado, y en un 45% por capital público a través del FROB, pero dado que el 45% es la participación mayoritaria titularidad del FROB (el otro 55% está distribuido entre varias entidades de crédito privadas), el mismo mantiene el control de la entidad, y por tanto, en la práctica el control es público. Ahondando en su carácter público más que privado, de su normativa reguladora resulta tener atribuido un “objeto social singular” y estar vinculada su actividad con el interés público⁴²⁶.

El mecanismo de la SAREB es el paradigma de gestión pública de riesgos, aunque se defina como entidad privada, pues su objeto, los procesos que se regulan y

⁴²¹ Se ha generalizado la designación de “Troika” para hacer referencia al grupo de decisión formado por la Comisión Europea. El BCE y el FMI, que activamente han participado en la reforma de la regulación financiera que aquí estamos tratando. Vid. MONTI M. (2012), *Le parole e i fatti*, pág. 19, Ed. Rizzoli Bookstore (New York), entre otros muchos.

⁴²² La creación de una sociedad de gestión de activos fue una de los compromisos asumidos por España en el Memorandum of Understanding de julio de 2012, medida nº 15 del Anexo II que contiene las condiciones del rescate financiero.

⁴²³ Vid. Memorandum of Understanding de julio de 2012, pág. 4,7, y 8, y medida nº 15 del Anexo II que contiene las condiciones del rescate financiero. En todos ellos se contempla la segregación de los activos tóxicos para su derivación a una entidad que los gestione separadamente.

⁴²⁴ Como sociedad anónima especial que se registrará por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1/2010, de 2 de julio, con las especialidades previstas en la Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero, y Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos.

⁴²⁵ De la información publicada en su sitio web se le atribuye esta condición. Información disponible, en última entrada, el 27 de marzo de 2016, en <https://www.sareb.es/es-es/SobreSareb/Paginas/que-es-sareb.aspx>

⁴²⁶ La Exposición de Motivos de su reglamento regulador -Real Decreto 1559/2012-, recoge esta vinculación expresamente y considera que su «objeto está determinado por la transferencia de activos necesaria para desarrollar el proceso de reestructuración y saneamiento del sector bancario español, a acometer dentro del marco del memorando de entendimiento firmado entre las autoridades españolas y europeas el 23 de julio de 2012, para la asistencia financiera».

la participación del FROB en ellos, la caracterización como acto administrativo del acuerdo que imponga la transmisión de los activos, y su vinculación con los procesos de resolución bancaria, le dan una relevancia pública muy marcada.

Puesto que el instrumento de resolución consistente en la transmisión de activos tóxicos a la SAREB, para lo que sirve es para capitalizar la entidad bancaria transmitente, asumiendo la gestión de ese riesgo por la adquisición de los activos tóxicos la sociedad de gestión, mediante un acto de carácter administrativo acordado por el FROB. Este carácter de acto administrativo del acuerdo que impone la transmisión se reconoció expresamente en el art. 35 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y actualmente se encuentra contenido en el artículo 28 de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión-, y este carácter se atribuye al acto por el que se acuerde «obligar a una entidad de crédito a transmitir a una sociedad de gestión de activos determinadas categorías de activos que figuren en el balance de la entidad o a adoptar las medidas necesarias para la transmisión de activos que figuren en el balance de cualquier entidad sobre la que la entidad de crédito ejerza control en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, cuando se trate de activos especialmente dañados o cuya permanencia en dichos balances se considere perjudicial para su viabilidad, a fin de dar de baja de los balances dichos activos y permitir la gestión independiente de su realización»⁴²⁷.

La cuestión es que, lo ideal sería desvincular esa adquisición que realizan las sociedades de gestión de activos de los presupuestos públicos, y en el sistema actual no lo están totalmente, por lo siguiente: el artículo 28.3 de la Ley 11/2015 define estas entidades como sociedades anónimas que pueden estar participadas «por el FROB o por otra autoridad o mecanismo de financiación públicos, constituida con el propósito de recibir la totalidad o parte de los activos y pasivos de una o varias entidades objeto de resolución o de una entidad puente». Por su parte una entidad puente, de conformidad con el artículo 27.2, de la misma Ley es una sociedad anónima que puede

⁴²⁷ El artículo 42 del Código de Comercio determina cuándo debe entenderse que existe un grupo de sociedades desde el punto de vista mercantil, o qué indicios hay de ello (a través de presunciones que regula).

estar participada «por el FROB o por otra autoridad o mecanismo de financiación públicos, cuyo objeto es el desarrollo total o parcial de las actividades de la entidad en resolución, y la gestión de las acciones u otros instrumentos de capital o de todos o parte de sus activos y pasivos». Aunque similares en su configuración de sociedad anónima y finalidad y en la asunción de la gestión de los activos, y por formar ambas parte de lo que genéricamente podríamos considerar entidades de liquidación, se diferencian en que los bancos puente tienen licencia bancaria para ejercer la actividad de crédito mientras realizan la gestión de esos activos y las sociedades gestión de activos no la tienen, y sólo tienen la finalidad de liquidar los activos en un plazo, como la SAREB que debe hacerlo en un plazo de 15 años⁴²⁸, optimizando en la medida de lo posible, el resultado de las transacciones.

A pesar de que en el momento de la constitución de la SAREB la aportación realizada por parte del FROB tuvo que ser pública, y está vinculada con el rescate financiero a la banca española (en su origen no forma parte de los presupuestos públicos porque se constituye con aportación de carácter mercantil –en el caso de lo que aportó el FROB, deriva de la asistencia financiera de la UE, por lo que es un préstamo realmente-, pero sí deberá formar parte de los mismos la devolución de lo prestado –ya que es España como Estado miembro quien deberá devolver ese préstamo-), debería evitarse la conexión de las aportaciones de capital por esta vía con lo público, y vincular su financiación en el propio sistema, como se ha hecho en el MUR. Mientras esto no se lleve a cabo, no se consigue en este punto romper el círculo vicioso del riesgo moral de la actividad bancaria y de riesgo para generar deuda soberana.

Al ser esta regla contraria a las prohibiciones de los artículos 123, 124 y 125 del TFUE, debemos proponer la reforma del sistema de financiación de las sociedades de

⁴²⁸ «El fin fundamental es que la SAREB desinvierta todos sus activos en un plazo máximo de 15 años. Los objetivos de la SAREB son optimizar las recuperaciones y proteger el valor de sus activos sin afectar negativamente a la economía española en general o a los mercados bancario e inmobiliario». Vid. el documento “Sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria” de 16 de noviembre de 2012 emitido por el FROB, y disponible en <http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/ficheros/noticias/2012/Nota%20de%20background-Sareb%20definitivo..pdf>
Vid. también MACHUCA J.C. y ACOSTA T., (2015), “Chapter 41: SPAIN”, en PUTNIS J. (Ed.), *The Banking Regulation Review*, pág. 564, Ed. Law Business Research Ltd, London, United Kingdom.

gestión de activos como la SAREB, para que no se nutran a cargo de los presupuestos públicos (ni siquiera indirectamente, al comprometerlos con la restitución futura de lo prestado). Todo ello a pesar de que la finalidad de tales adquisiciones sea la desinversión a largo plazo, lo cierto es que, de entrada, se comprometen los presupuestos públicos. Tal vez esta sea la mayor crítica que se le puede hacer, pero a pesar de todo, a su favor se puede decir, y no es una nimiedad, que se ha considerado que su creación en el proceso de gestión de la última crisis ha sido trascendental para evitar contagios a otras entidades o al conjunto del sistema⁴²⁹.

Al margen de lo anterior, por su conexión con la posible responsabilidad patrimonial a la que puede dar lugar, se ha considerado que una de las cuestiones más problemáticas en su actividad es la determinación del valor de los activos y de los pasivos a dicha entidad, pues al ser consecuencia de un acto administrativo, en el contexto de un proceso de resolución, en España, corresponderá al Banco de España su determinación, quien realizará la valoración en base de informes preparados por expertos independientes⁴³⁰. Esto centra nuestra última reflexión en relación al control judicial del proceso.

El FROB es quien con carácter de acto administrativo ordenará la transmisión de activos, que conforme al artículo 28 de la Ley 11/2015, deberán ser activos especialmente dañados o cuya permanencia en dichos balances se considere perjudicial para su viabilidad o para los objetivos de la resolución, limitándose la posibilidad de acordarse tal transmisión por el FROB si el mercado de los activos de la entidad objeto de resolución o de la entidad puente es de tal naturaleza que su liquidación con arreglo a los procedimientos de insolvencia ordinarios podría influir negativamente en los mercados financieros, o si la transmisión es necesaria para garantizar el buen funcionamiento de la entidad objeto de resolución o de la entidad puente, o si es necesaria una transmisión para maximizar los ingresos procedentes de la liquidación. Lógicamente el control de la legalidad de la transmisión se extenderá sobre estos presupuestos, y se deberá ajustar a las reglas generales previstas para

⁴²⁹ RODRÍGUEZ-VÁSQUEZ J.G. y SÁNCHEZ-RIOFRÍO A.M., (2015), "Análisis comparativo del NAMA y el SAREB", en *Análisis Financiero* n° 129. 2015. Págs. 83.

⁴³⁰ RAVINA MARTÍN P., (2012), "El régimen jurídico aplicable a las sociedades de gestión de activos y, en particular, a la SAREB", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* n° 33-2012, págs. 95 y 96.

recurrir contra las decisiones y actos administrativos dictados en el marco de procesos de actuación temprana y resolución que regula el artículo 72 de la Ley 11/2015, que más adelante se analizará cuando se trate el régimen jurídico del FROB.

Indudablemente estos acuerdos podrán ser revisados judicialmente, aunque como se verá, la ejecución de la sentencia tiene ciertas especialidades en caso de imposibilidad de ejecución tras la declaración de ineficacia del acto recurrido que sitúan estos casos muy cerca de lo que podemos considerar una expropiación forzosa –aunque no estrictamente–, ya que en estos casos, en el fondo lo que deslegitima al acto ineficaz es la falta de aquellos presupuestos habilitantes de la decisión del FROB, que es lo que impide que estemos ante la figura de la expropiación forzosa porque, en estos casos, falta el requisito del interés social⁴³¹. Que esto sea así, nos lleva, en esos supuestos, a reconocer la consiguiente responsabilidad patrimonial a cargo del FROB, pues esta última institución encuentra en la de la expropiación forzosa y en casos esencialmente similares al expuesto su origen⁴³².

Aunque el escenario de este tipo de acuerdos es nacional, en esta asunción de responsabilidad deberán, en su caso, participar las autoridades de resolución y de supervisión del MUS y del MUR de conformidad con el ejercicio de sus funciones, del modo expuesto en cada caso, máxime en los casos en que, como ocurre en España, la

⁴³¹ Aunque la *causa expropriandi* reconocida en el artículo 33.3 CE es tanto la utilidad pública como el interés social, en estos casos deberá ser identificado con el interés social entendido en un sentido más amplio que el que ha tenido tradicionalmente, y que permite considerar la potestad expropiatoria como “instrumento de servicio de políticas de orden sectorial relacionadas con la consecución de finalidades de interés social de la más variada índole” –en este sentido la STS (Sala Tercera) de 8 de octubre de 1999-. Un antecedente famoso de expropiación por causa de interés social vinculado con garantizar la estabilidad del sistema financiero y de los depositantes (entre otros interesados), aunque mucho anterior al contexto que aquí estamos analizando, fue el de las empresas del Grupo Rumasa, cuyos presupuestos fueron objeto de revisión incluso por el Tribunal Constitucional en STC 166/1986, de 19 de diciembre. Precisamente, esta última sentencia también hace referencia a la extensión de la posibilidad de expropiación forzosa en favor del interés general, pudiendo quedar justificada en cualquier “categoría de fines públicos y sociales”.

⁴³² De hecho, la generalidad de la doctrina administrativista coincide en que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es una institución vinculada con la de la expropiación forzosa, habiéndose destacado su conexión con la propia dinámica de la expropiación, y que en realidad entronca con el derecho a ser indemnizado por la privación de los bienes propios, equiparándose a ello en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, cualquier otra lesión en esa esfera de titularidad privada, que no suponga una privación mediante expropiación forzosa, pero que derive del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Vid. ESTEVE PARDO J. (2011), *Lecciones de Derecho Administrativo*, pág. 294, Ed. Marcial Pons, Madrid.

mayor parte de entidades han sido calificadas como significativas, y responderán de conformidad con las reglas que a tal efecto se prevén, que pasamos a examinar.

5.2.3. La responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados en el ejercicio del poder de resolución en el MUR.

El regulador del MUR es consciente de que del ejercicio de las competencias de las autoridades de resolución se pueden derivar casos de responsabilidad patrimonial como consecuencia de las intervenciones inherentes a los procesos de resolución, e incluso en la adopción de medidas de actuación temprana, y por este motivo se establecen algunas normas sobre su determinación.

Así como en la mayoría de los casos de responsabilidad que se puedan dar en el marco del MUS, podemos pensar derivarán de casos de responsabilidad por omisión, por no haberse supervisado bien, o no haberse adoptado las medidas necesarias, en el marco del MUR, la configuración y funciones de las autoridades de resolución, nos llevan a pensar que las autoridades de resolución también podrían incurrir en responsabilidad por omisión, pero normalmente será más habitual que su responsabilidad pueda derivar del ejercicio positivo de sus competencias. Es decir, generalmente derivarán del funcionamiento de los procedimientos de resolución o, en su caso, de la adopción inadecuada de medidas de intervención en los casos de alerta temprana. Precisamente, en base a la propia naturaleza de la actividad de las autoridades de resolución, y la posibilidad de que de ella se deriven perjuicios a los ciudadanos o a las entidades intervenidas, se establecen algunas normas al respecto en el Reglamento del MUR en relación con la responsabilidad por la actividad de la JUR e incluso de las autoridades nacionales de resolución.

En este punto, algunos apartados del artículo 87 del Reglamento del MUR contemplan la cuestión y, en base a ellos, podemos diferenciar, la determinación de la responsabilidad de la JUR cuando deriva directamente del ejercicio de sus propias competencias, y la responsabilidad de la JUR cuando debe asumir una cuota de

responsabilidad por concurrir con el ejercicio de funciones con las ANR, siendo esta responsabilidad derivada y concurrente con la del regulador nacional.

El artículo 87, en su apartado 3 del Reglamento UE 806/2014, regula la responsabilidad extracontractual directa de la JUR, considerando que responderá de conformidad con «los principios generales comunes a las legislaciones relativas a la responsabilidad de las autoridades públicas de los Estados miembros», para reparar «los daños causados por ella o por su personal en el ejercicio de sus funciones, en particular sus funciones de resolución, incluidos los actos y omisiones en apoyo de procedimientos de resolución en el extranjero». Regulado en estos términos, nada impide que se ejerzan directamente las acciones de responsabilidad que procedan por las propias entidades afectadas por el proceso de resolución o afectadas por medidas de actuación temprana, ante el TJUE, según prevé el apartado 5 del artículo 87 del reglamento del MUR, prescribiendo las acciones en el plazo de 5 años.

El reto, en relación con la determinación de la responsabilidad derivada de la actividad directa de la JUR, es determinar cuáles son los “principios generales comunes” a los que se refiere el artículo 87.3, pues como se ha indicado al analizar la responsabilidad patrimonial en el marco del MUS, el tratamiento no es exactamente homogéneo en los sistemas legislativos de cada Estado partícipe. Ahora bien, más acertado sería, en lugar de irnos a buscar la interpretación literal de este apartado 3, que además nos llevará a un sistema de responsabilidad complejo, resolver la cuestión de la determinación de la responsabilidad de la JUR, cuando derive directamente de su responsabilidad, aplicando los criterios que en la materia acoge el Derecho europeo.

En este sentido, nos interesa destacar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Tercera), de 19 de abril de 2012, en el asunto C-221/10 P, que haciendo referencia a su propia jurisprudencia anterior, declaró que la responsabilidad extracontractual de la Unión está supeditada a que concurran una serie de requisitos, entre los que figura la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica cuyo objeto sea conferir derechos a los particulares y que la Unión Europea, en el caso de que se trate, cuente con la competencia correspondiente para

afectar a esa esfera de derechos privada⁴³³. Estos requisitos hacen que sea sumamente difícil llegar a derivar responsabilidad patrimonial a cargo de la JUR, porque de la distribución de competencias expuesta en el marco del MUR resulta que una gran parte de competencias ejecutivas se concentran en las ANR, y la mayor parte del Reglamento nº 806/2014, que regula el MUR, lo que hace es determinar las competencias entre las autoridades de resolución y concretar el funcionamiento de la JUR y de aplicación del FUR.

La misma Sentencia dictada en el asunto C-221/10 P introduce un matiz en el sentido de que «si bien el incumplimiento del sistema de reparto de competencias entre las diferentes instituciones de la Unión, que tiene como objetivo garantizar el respeto del equilibrio institucional previsto por los Tratados y no la protección de los particulares, no puede, por sí solo, bastar para generar la responsabilidad de la Unión frente a los operadores económicos afectados, la situación sería distinta si se adoptara una medida de la Unión que no sólo vulnerara el reparto de competencias entre las instituciones sino que también infringiera, en sus disposiciones materiales, una norma superior de Derecho que proteja a los particulares»⁴³⁴. De este modo, sólo en el ejercicio de las propias competencias⁴³⁵ cuando además se afecten normas que no tengan por finalidad la distribución de competencias ente JUR y ANR, sino la protección de los particulares y la concesión de derechos a los mismos, permitirán derivar responsabilidad a las autoridades e Instituciones de la UE, por el ejercicio de su actividad.

El segundo de los casos, está pensado para los supuestos de concurrencia de culpas derivada de la distribución competencial de supervisión y de resolución, y que, además, esta responsabilidad será declarada como consecuencia de procesos judiciales nacionales, abiertos con la finalidad de controlar la legalidad de las

⁴³³ SSTJUE de 4 de julio de 2000, Bergaderm y Goupil/Comisión, C-352/98 P, Rec. p. I-5291, apartados 41 y 42; De 19 de abril de 2007, Holcim (Deutschland)/Comisión, C-282/05 P, Rec. p. I-2941, apartado 47; Y de 9 de septiembre de 2008, FIAMM y otros/Consejo y Comisión, C-120/06 P y C-121/06 P, Rec. p. I-6513, apartados 172 y 173.

⁴³⁴ Vid también la STJUE de 13 de marzo de 1992, Vreugdenhil/Comisión (C-282/90, Rec. p. I-1937), apartados 20 a 22, que no apreció la concurrencia del requisito de la vulneración de la norma jurídica por no ser esta una norma que pretendía la protección de los particulares sino el de reparto de competencias.

⁴³⁵ La STJUE de 24 de julio de 2003, Comisión/Artogodan y otros (C-39/03 P, Rec. p. I-7885) excluye la responsabilidad extracontractual de la UE en los casos en los que la misma carece de competencias.

actuaciones de las autoridades de resolución nacionales, estos serán conocidos no por el TJUE sino por los jueces y tribunales nacionales de los Estados partícipes en el MUR.

En el Reglamento del MUR, esta circunstancia no es un obstáculo para reconocer la responsabilidad patrimonial de la JUR en esos casos, ya que el apartado 4 del art. 87 del Reglamento del MUR prevé que la JUR compense «a toda autoridad nacional de resolución por los daños y perjuicios que le haya ordenado pagar un órgano jurisdiccional nacional, o que, en concertación con la Junta, se haya comprometido a pagar en aplicación de un acuerdo amistoso, que sean consecuencia de un acto u omisión cometido por dicha autoridad nacional de resolución en el transcurso de cualquier resolución, emprendida en virtud del presente Reglamento, de entes y grupos contemplados en el artículo 7, apartado 2, y de entes y grupos contemplados en el artículo 7, apartado 4, letra b), y apartado 5, si se cumplen las condiciones para la aplicación de dichos apartados, o en virtud del artículo 7, apartado 3, párrafo segundo».

Dicha obligación no se aplicará cuando el acto u omisión constituya una infracción del Reglamento, de otra disposición del Derecho de la Unión, de una decisión de la Junta, del Consejo o de la Comisión, cometida dolosamente o por un error grave y manifiesto de apreciación.

En consecuencia, lo que se prevé en estos casos es que la JUR asuma la responsabilidad derivada del ejercicio de sus propias competencias por las órdenes, instrucciones y acciones que, la misma haya dado o sugerido a las ANR, respecto a las entidades significativas y siempre que las ANR se hayan atendido a los términos de dichas órdenes, instrucciones y acciones sugeridas. La responsabilidad de la JUR queda excluida si la acción u omisión de la ANR se lleva a cabo con infracción del Reglamento del MUR, de otra disposición del Derecho de la Unión, de una decisión de la JUR, del Consejo o de la Comisión, o cuando haya sido cometida dolosamente o por un error grave y manifiesto de apreciación por parte de las ANR, de modo que en el MUR está configurando indirectamente un régimen de responsabilidad subjetiva para las ANR en los casos de responsabilidad compartida, y en sus relaciones internas.

La responsabilidad patrimonial de la JUR no es directa frente a los perjudicados sino indirecta, es interadministrativa, pues se reconoce que en los casos en los que proceda, la JUR, será responsable frente a la ANR. Como presupuesto, debe entenderse que la ANR deberá haber sido condenada por la autoridad judicial competente (nacional) de conformidad con sus propias normas sobre responsabilidad extracontractual, a la vista de la remisión que el apartado 3 del artículo 87 contiene a las «legislaciones relativas a la responsabilidad de las autoridades públicas de los Estados miembros». Si bien este criterio es aceptable en este caso, porque como se ha dicho anteriormente, el poder de resolución recae todavía en gran medida sobre las ANR y los procesos para acordar las medidas de actuación temprana y de resolución, son acordadas en gran parte por las ANR, siendo lógico que las mismas sean revisadas por la jurisdicción nacional competente, el resultado, sin embargo, será igual que ocurría en el MUS, diverso en cada Estado partícipe, porque todos ellos no regulan o aceptan la responsabilidad de los reguladores en los mismos términos.

Lo que indica el apartado 5 del artículo 87 del Reglamento del MUR, al margen de lo anterior, es que, las diferencias entre el regulador nacional y la JUR, por la asunción de esa responsabilidad se resolverán por el TJUE, y también será aplicable, en las reclamaciones que cualquier ANR formule contra la JUR, el plazo de prescripción de la acción de cinco años. En este segundo caso, lo lógico es pensar que la JUR será responsable ante la ANR cuando, después de haber sido condenada esta última de conformidad con lo previsto en su propia legislación nacional, la JUR sea responsable de conformidad con el Derecho de la Unión Europea, tal y como se ha indicado para el primero de los casos que contempla el artículo 87.3 del Reglamento del MUR.

Por su parte, el artículo 87.6 del Reglamento del MUR también contempla la responsabilidad del funcionario de la JUR, como responsabilidad individual del personal ante la propia Junta, que «se regirá por lo dispuesto en el Estatuto de los funcionarios o el régimen que les sea aplicable». De este modo, salvo que se introduzcan reglas especiales, se les aplicará el Reglamento nº 31 (CEE) 11 (CEEA) por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica de 1962, todavía vigente, aunque modificado en diversas ocasiones.

Finalmente, debemos mencionar que fuera del articulado, en el Considerando 96, el Reglamento del MUR hace referencia expresa a los casos de responsabilidad por omisión de las autoridades de resolución, de modo que, conforme al mismo cuando «...una autoridad nacional de resolución infrinja las normas del MUR al no utilizar las facultades que se le hayan conferido en virtud de la legislación nacional para aplicar las instrucciones de la Junta, es posible que el Estado miembro de que se trate esté obligado a reparar los daños causados a los particulares y también, en su caso, a la entidad o el grupo objeto de resolución, o a todo acreedor de cualquier parte de ese ente o ese grupo en cualquier Estado miembro, de conformidad con la jurisprudencia correspondiente»⁴³⁶.

En realidad, sólo contempla la omisión de las ANR porque, en gran medida, aún son ellas las que conservan el poder de resolución, y su responsabilidad se determinará de acuerdo con su propia legislación, siendo conocida por los jueces nacionales de la ANR porque realmente es presupuesto de responsabilidad en este caso, que no se utilicen las facultades que a tal autoridad se le hayan conferido en su legislación nacional, aunque también implica el incumplimiento de las normas del MUR, siendo diferente el caso de que sólo se infrinjan las normas de este último, y no las nacionales porque la legislación nacional no haya configurado bien las funciones de la ANR para aplicar las instrucciones de la Junta. Este último caso sería un supuesto de responsabilidad por aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea⁴³⁷.

5.3. La asistencia financiera prestada por el Mecanismo Europeo de Estabilidad: su constitucionalidad y el control de sus decisiones.

El Mecanismo Europeo de Estabilidad (en adelante, MEDE) es una institución inter-gubernamental de naturaleza jurídica internacional creada por el Tratado de

⁴³⁶ Considerando nº 96 del Reglamento (UE) nº 806/2014, regulador del MUR.

⁴³⁷ En España, el artículo 32.3.b) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, introduce como novedad la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas cuando se deriven perjuicios para los particulares de haber incumplido la Administración el Derecho Europeo, procediendo la indemnización «cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada».

Establecimiento del MEDE y al amparo del artículo 136 del TFUE, cuyo objetivo es lograr la estabilidad financiera en la Unión Económica y Monetaria de la UE mediante la concesión de apoyos financieros a los Estados miembros de la zona euro que se encuentren en dificultades⁴³⁸.

Tras la primera fase en que fue aplicado, sin reformar el TFUE, y provisionalmente⁴³⁹, un mecanismo de estabilización⁴⁴⁰, se inicia el proceso de aprobación del MEDE como institución estable. Su aprobación no fue un proceso fácil, y realmente, es el resultado de un conjunto de pasos tendentes a esa finalidad, y no de un único acto⁴⁴¹. Ante las dificultades para llegar a un consenso sobre su creación, se consigue crear por la vía de la cooperación reforzada entre algunos Estados miembros.

⁴³⁸ UGENA R. (2016), ob. cit. “Hacia un sistema financiero de nuevo cuño...”, pág. 46.

⁴³⁹ De hecho, a pesar de las dificultades para aprobarlo, realmente se aplicó un sistema similar antes de su creación (mecanismo de estabilización –similar al MEDE, pero provisional-) para llevar a cabo los rescates de Grecia, Irlanda y Portugal en los años 2010 y 2011, y que se llevó a cabo a pesar de no estar aprobado el MEDE y de no existir una cobertura suficiente en el TFUE, pero con apoyo del FMI.

⁴⁴⁰ El Reglamento UE 407/2010, por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera, se aprobó en base al artículo 122.2 del TFUE por el que se prevé que “En caso de dificultades o en caso de serio riesgo de dificultades graves en un Estado miembro, ocasionadas por catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiese controlar, el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá acordar, en determinadas condiciones, una ayuda financiera de la Unión al Estado miembro en cuestión”. Se asimiló la inestabilidad financiera derivada de la crisis mundial a los acontecimientos excepcionales referidos en el precepto, para poder darles cobertura en el Tratado.

⁴⁴¹ En primer lugar, mediante Decisión 2011/199/UE, del Consejo Europeo del Consejo Europeo de 25 de marzo se modificó el artículo 136 del TFUE a los efectos de reforzar la coordinación y supervisión de la disciplina presupuestaria de los Estados miembros, al que se llegó aplicando el procedimiento simplificado de revisión del artículo 48.6 TFUE, modificación que fue objeto de cuestión prejudicial resuelta por el TJUE. La STJUE dictada en el caso Pringle, asunto C 370-2012, resuelve la cuestión promovida en el marco de un recurso contra una sentencia de la High Court de Irlanda interpuesto por el Sr. Pringle, parlamentario irlandés, en el litigio mantenido entre el demandante y el Government of Ireland, Ireland y el Attorney General, en el que solicitaba la declaración de que la modificación del artículo 136 TFUE por el artículo 1 de la Decisión 2011/199 constituye una modificación ilegal del Tratado FUE y que, al ratificar, al aprobar o al aceptar el Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad Irlanda asumiría obligaciones incompatibles con los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea. Posteriormente, tras intentar sin éxito su aprobación mediante acuerdo de todos los Estados miembros de la UE, su creación se realizó a través del Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), firmado el 2 de febrero de 2012 por los países de la eurozona, y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, que fue firmado el 2 de marzo de 2012 por 25 Estados de la Unión Europea (todos, menos el Reino Unido y la República Checa). Su creación se ha hecho al margen de los procedimientos de revisión previstos en los tratados constitutivos de la UE y aunque se trata de un tratado internacional que formalmente no modifica los Tratados constitutivos de la Unión sí regula materias propias de los mismos y encomienda labores de relevancia a instituciones de la UE. Además, podría ser ratificado también por los Estados miembros de la UE que no forman parte de la zona euro. Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2012), “El nuevo Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza de la UEM: Reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los Tratados constitutivos”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 16, Nº 42, págs. 397-431.

Este hecho hace que el MEDE quede fuera del funcionamiento de la Unión Europea a ciertos efectos, especialmente del control judicial de algunos aspectos del mismo⁴⁴².

De este modo, aunque se le considera el tercer pilar de la unión bancaria, se crea con el carácter de institución financiera internacional⁴⁴³, no de la Unión Europea, formando parte de ella los Estados miembros de la zona euro⁴⁴⁴. El TJUE ha tenido ya oportunidad de manifestarse sobre su naturaleza jurídica considerándolo como un mecanismo de financiación⁴⁴⁵, ya que de acuerdo con el artículo 3 del TMEDE, su finalidad es «proporcionar apoyo a la estabilidad, bajo una estricta condicionalidad, adaptada al instrumento de asistencia financiera elegido, a los miembros del MEDE que experimenten o corran el riesgo de experimentar graves problemas de financiación, cuando ello sea indispensable para salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto y de sus Estados miembros».

Su creación al margen de la UE genera dos problemas en torno al mismo: su consitucionalidad y el control de sus decisiones.

5.3.1. *La constitucionalidad del MEDE.*

Una de las dificultades que encontró el MEDE en su proceso de creación fue su compatibilidad con el TFUE, ya que se discutió sobre la ilegalidad de los rescates realizados a través del mecanismo de estabilización (su antecedente), cuestión sobre la que también se planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE.

⁴⁴² FERRERES COMELLA, V. (2012), “La crisis del euro y la regla de oro: Problemas constitucionales”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Especial reformas estructurales / Extraordinario-2012, pág. 97.

⁴⁴³ Como declara el artículo 1 del Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), firmado el 2 de febrero de 2012. También, ALONSO GARCÍA R. (2012), *Sistema jurídico de la Unión Europea*, pág. 59, ed. Civitas-Thomson Reuters (Navarra). También PÉREZ RIVARÉS J.A. (2013), “Instrumentos de coordinación en la Unión Europea en materia de rescate y resolución de entidades financieras”, en *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 32, Nº 131, 2013, pág. 107.

⁴⁴⁴ Se constituyó por el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y la República de Finlandia.

⁴⁴⁵ STJUE, caso Pringle, asunto C 370-2012, de 27 de noviembre de 2012, planteado como cuestión prejudicial sobre la validez de la Decisión 2011/199/UE del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con el mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro.

Su particular fisonomía es realmente el punto en el que se encuentra la cuestión más controvertida del mismo. Ya sus antecedentes, el Fondo europeo de estabilidad financiero y el Mecanismo de Estabilización Financiera fueron objeto de controversia ante el TJUE (asunto Gauweiler y otros, C-62/14,), quien en Sentencia de 16 de junio de 2015, resolvió la compatibilidad de las prohibiciones de los artículos 123 y ss del TFUE, con la posibilidad de que a través de aquellos, el BCE comprara deuda soberana de los países rescatados, vinculando así los presupuestos de la UE con la inestabilidad financiera de los mismos, resolviéndose finalmente que, si bien en su faceta de director de la política monetaria como eje del SEBC, el BCE podía hacerlo, siempre que se hiciera con las suficientes garantías para no comprometer la estabilidad presupuestaria. Los mismos criterios se pueden extender al MEDE, siendo esta última condición, la que determina el motivo por el que se le reconoce preferencia al MEDE frente a otros acreedores con los que pueda concurrir (a excepción del FMI) para recuperar lo prestado.

La interpretación realizada por la Sentencia Gauweiler (C-62/14) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el programa de compra de deuda pública del Banco Central Europeo que, durante el verano de 2012, sirvió para estabilizar los mercados y a la zona euro en su conjunto (a través de los denominados rescates), determina indirectamente el alcance de las intervenciones del BCE en materia de regulación bancaria. Aunque en el momento de los rescates de Grecia, Irlanda y Portugal todavía no se habían dado todos los acuerdos para la instauración de los actuales mecanismos de la unión bancaria, la intervención del BCE en la práctica, como un prestamista de última instancia de los Estados que lo necesitaron por carecer de liquidez, generó dudas sobre la legalidad de la medida de intervención, que no sólo no estaba prevista en el TFUE, sino que estaba y sigue estando, prohibida expresamente en el artículo 123 del TFUE⁴⁴⁶, de ahí que como se ha indicado anteriormente al hacer referencia al Reglamento del MUR, este recoja que nunca el presupuesto de la Unión o los

⁴⁴⁶ El artículo 123 TFUE es muy claro: “Queda prohibida la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de créditos por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales de los Estados miembros, denominados en lo sucesivo «bancos centrales nacionales», en favor de instituciones, órganos u organismos de la Unión, Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos de deuda por el Banco Central Europeo o los bancos centrales nacionales”.

presupuestos nacionales se harán cargo de gastos o pérdidas del FUR⁴⁴⁷. Aunque esta prohibición condiciona la aplicación del MUR, la problemática se suscitó en relación con la aplicación del MEDE, o más bien de su antecedente, el Mecanismo de Estabilización a través del cual se llevaron a cabo los rescates de Irlanda, Grecia y Portugal.

Fue Alemania quien planteó ante el TJUE la cuestión prejudicial sobre la interpretación correcta del artículo 123 TFUE en relación con la decisión del BCE, sobre la compra masiva de deuda, que se realizó a través del programa OMT –de sus siglas en inglés, *Outright Monetary Transactions*–, y que fue anunciado por el Banco Central Europeo el 6 de septiembre de 2012. El programa suponía la compra de bonos soberanos en los mercados secundarios para apoyar financieramente a los Estados miembros con problemas, los cuales, igual que algunas de las Instituciones europeas impugnaron ante el TJUE dicha cuestión prejudicial promovida por Alemania por diversos motivos⁴⁴⁸.

Finalmente, el TJUE, lo consideró compatible con el Derecho de la Unión, y entendió que con el MEDE no se sobrepasan las atribuciones del BCE en materia de política monetaria, ni viola la prohibición de ofrecer financiación monetaria a los Estados miembros, confirmando la potestad del Banco Central Europeo para realizar compras masivas de deuda pública⁴⁴⁹, de modo que se debe entender que está autorizado para actuar como un prestamista de última instancia de los Estados miembros, pero sólo bajo ciertas circunstancias.

⁴⁴⁷ También prohibido a la vista de los artículos 123, 124, 125 y 126 del TFUE.

⁴⁴⁸ Vid. nº 18 de la Sentencia TJUE de fecha 16/06/2015. Gauweiler y otros. Asunto C-62/14, EU:C:2015:400. La cuestión prejudicial fue impugnada por Irlanda, los Gobiernos helénico, español, francés, italiano, neerlandés, portugués y finlandés, así como el Parlamento Europeo, la Comisión Europea y el BCE. También a las funciones que se reconocen al BCE en relación con el MEDE, se ha referido la STJUE de 20 de septiembre de 2016 en relación con la reestructuración bancaria de Chipre, en los asuntos acumulados C-105/15 P a C-109/15 P, y que declara en su número 56: “En cuanto al BCE, las funciones que le han sido atribuidas en el marco del Tratado MEDE consisten en evaluar la urgencia de las solicitudes de apoyo a la estabilidad (artículo 4, apartado 4), participar en las reuniones del Consejo de Gobernadores y del Consejo de Administración en calidad de observador (artículos 5, apartado 3, y 6, apartado 2) y, en coordinación con la Comisión, evaluar las solicitudes de apoyo a la estabilidad (artículo 13, apartado 1), negociar un Memorándum de Entendimiento (artículo 13, apartado 3) y velar por el cumplimiento de la condicionalidad asociada a la asistencia financiera (artículo 13, apartado 7) (sentencia de 27 de noviembre de 2012, Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, apartado 157)”.

⁴⁴⁹ SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO (2015), “La sentencia Gauweiler (C-62/14) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el programa de compra de deuda pública del Banco Central Europeo”, en *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 41, pág. 1.

En realidad, la posibilidad de intervenir en estos casos que se le reconoce al BCE, según el TJUE, deriva de la propia naturaleza del mismo como Banco Central, pues se considera que esta posibilidad no está vinculada a las competencias del mismo sobre supervisión prudencial, sino que es consecuencia de sus competencias en materia de política monetaria (que son mucho más amplias), y para concretar si esa medida forma parte de la política monetaria se deben tener en cuenta principalmente los objetivos de esa medida, así como los medios que la medida utiliza para alcanzar esos objetivos⁴⁵⁰.

La STJUE en el caso Gauweiler, también hace una ponderación de la importancia de los objetivos perseguidos con las medidas acordadas, de modo que «una medida de política monetaria no puede equipararse a una medida de política económica por el mero hecho de que pueda tener efectos indirectos en la estabilidad de la zona euro». De hecho en base a los objetivos perseguidos, el TJUE efectúa una diferencia entre el MEDE y el SEBC, considerando que el programa OMT se consideró una medida necesaria para mantener la estabilidad de precios como actividad propia de las funciones del SEBC, mientras que la intervención del MEDE pretende salvaguardar la estabilidad de la zona euro, objetivo que no está comprendido en el ámbito de la política monetaria⁴⁵¹. Por otro lado, no faltan opiniones para las que a pesar de la distinción de funciones del BCE como eje de la política monetaria en el SEBC y como supervisor vía 127.6 TFUE, la posibilidad de que el BCE actúe como prestamista de última instancia en el SEBC no debe ser puesta nunca en duda cualquiera que sea su fundamento⁴⁵².

Finalmente, es relevante la STJUE Gauweiler porque resuelve la determinación de las competencias del BCE en relación con la política monetaria aplicando el principio de proporcionalidad⁴⁵³, y reconociéndole una amplia discrecionalidad en la toma de decisiones que dificulta el control judicial de la observancia de los requisitos exigibles

⁴⁵⁰ Vid. nº 46 de la STJUE Gauweiler y otros, Asunto C-62/14, EU:C:2015:400, y también la Sentencia TJUE Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, apartados 53 y 55.

⁴⁵¹ Vid. nº 64 de la STJUE Gauweiler y otros, Asunto C-62/14, EU:C:2015:400, en relación con la Sentencia Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, apartado 56.

⁴⁵² AGLIETTA M. y SCIALOM L., (2004), "El desafío de la integración europea para las políticas prudenciales", en *Integración & comercio*, nº 20, págs. 49-100.

⁴⁵³ Remitiéndose en su número 67 a la Sentencia TJUE Association Kokopelli, C-59/11, EU:C:2012:447, apartado 38.

para valorar la idoneidad de las medidas de intervención, ya que como ocurre con los reguladores nacionales, el SEBC se ve obligado a proceder a elecciones de carácter técnico y a efectuar previsiones y apreciaciones complejas⁴⁵⁴. En estos términos el TJUE considera que el control judicial de la adopción de la medida se debe centrar en la revisión del cauce procedimental y en la motivación del acto (en su nº 70 y ss). Realmente esta doctrina la debemos poner en relación con lo anteriormente expuesto sobre la posibilidad del control judicial que puede realizar el TJUE sobre el MEDE, puesto que una intervención de este tipo sí podrá ser objeto de control completo a pesar de las limitaciones razonables cuando se trate de decisiones que requieran cierto margen de discrecionalidad por ser técnicas, si estamos ante un acto del BCE como eje del SEBC⁴⁵⁵ (aunque colateralmente incida en la financiación o rescate de Estados miembros) y no como Institución de la UE que acuerda con el MEDE participar en un programa de financiación.

5.3.2. El control de las decisiones adoptadas por el MEDE y su relación con el principio de transparencia.

Su creación al margen de la Unión Europea, conlleva algunas consecuencias lógicas en lo referente al control de sus decisiones. De entrada, la posibilidad de someter a control judicial la aplicación de las decisiones del MEDE queda limitada porque, aunque la concesión de asistencia financiera exige que el Estado miembro que la recibe asuma el compromiso de incorporar al Derecho nacional, mediante disposiciones vinculantes y permanentes, preferentemente de rango constitucional⁴⁵⁶,

⁴⁵⁴ En relación con esta cuestión vid. las Sentencias TJUE Afton Chemical, C-343/09, EU:C:2010:419, apartado 28, y Billerud Karlsborg y Billerud Skärblacka, C-203/12, EU:C:2013:664, apartado 35, a las que la misma STJUE Gauweiler se refiere en su nº 68.

⁴⁵⁵ STJUE Gauweiler en su nº 41, en base al principio de atribución específica de competencias del artículo 5 TFUE.

⁴⁵⁶ La reforma del artículo 135 de la Constitución española aunque se llevó a cabo en el año 2011 –anterior a los tratados de 2012–, y en el momento en que se hizo no venía impuesta como condición de un hipotético rescate sí se hizo con una finalidad tendente a satisfacer los intereses de Europa en la coyuntura de la crisis, para ofrecer una imagen ante los socios europeos que garantizase el cumplimiento de la condición de estabilidad en caso de necesitar asistencia financiera. En relación con la reforma constitucional española vid. FALCÓ, R., (2011), “La reforma del Art. 135 de la Constitución”, en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 25, y también ESCUDERO ALDAY, R., (2012), “Texto y contexto de la reforma constitucional exprés de agosto de 2011”, en *Revista en Cultura de la Legalidad* nº 2, marzo – agosto 2012, págs. 86-98. La reforma del artículo 135 CE y la introducción del principio de estabilidad en la Constitución española pone de manifiesto cuales son los “ejes vertebradores del nuevo

un pacto de estabilidad en sus presupuestos nacionales y de garantizar la independencia de las autoridades nacionales responsables de supervisar la observancia de ese compromiso, el TJUE no puede controlar el cumplimiento de ese pacto de estabilidad en el plano interno nacional, pudiendo controlar sólo la constitucionalización del pacto de estabilidad al Derecho del Estado miembro receptor de la ayuda, a petición de otro Estado miembro, y no estando legitimada la Comisión europea para promover el proceso ante el TJUE que permita este control judicial del cumplimiento de la condicionalidad de la asistencia prestada⁴⁵⁷, ya que realmente el compromiso resulta de un Tratado internacional y no del TFUE.

Por otro lado, al no formar parte de la Unión Europea, el control de su actividad debería quedar al margen de las Instituciones europeas, sin embargo, se aproxima a las mismas estando previsto un control económico por un Comité de Auditores, de los que uno de ellos será auditor del Tribunal de Cuentas Europeo –ex artículo 30.1 del TMEDE-. Es básico que el control que se prevé respecto a su funcionamiento se base, sobre todo, en el aspecto contable, en cómo se utilizan y aplican sus recursos, siendo esta una manifestación de la transparencia de la institución vinculada, al mismo tiempo, a otros conceptos como son la responsabilidad, la eficiencia y el buen gobierno⁴⁵⁸.

También se prevé el control jurídico de sus decisiones (limitado a la interpretación del Tratado del MEDE) que corresponderá al TJUE, pero sólo podrán acceder a esta revisión los Estados firmantes, no los ciudadanos directamente, como es lógico, pues el MEDE no se inserta en la estructura institucional de la UE. De este modo, el control judicial de las decisiones del MEDE podrá tener por objeto las controversias que se puedan dar entre un miembro del MEDE y el MEDE, o entre

paradigma constitucional de lo económico”: las decisiones europeas, la globalización económica, la falta de gobernanza económica global, marginalidad de las decisiones estatales frente al orden global, y traslado del poder decisorio al ámbito europeo. Estas ideas son destacadas por RALLO LOMBARTE A. (2014), “Política, economía y derechos: La independencia de los reguladores (¿Quo vadis?), Reflexiones generadas a partir de la reforma constitucional de 2011”, GARCÍA MACHO R. (Ed.), *Ordenación y transparencia económica en el Derecho Público y Privado*, pág. 182 y 183, Ed. Marcial Pons (Madrid).

⁴⁵⁷ FERRERES COMELLA, V. (2012), “La crisis del euro y la regla de oro: Problemas constitucionales”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Especial reformas estructurales / Extraordinario-2012, pág. 98.

⁴⁵⁸ La relación entre estos conceptos, principios rectores todos ellos de la actividad administrativa, se manifiestan conexos a través de la rendición de cuentas, como se pone de relieve en BLASCO DÍAZ, J.L. (2014), “Transparencia administrativa y cuentas públicas”, en GARCÍA MACHO R. (Ed.), *Ordenación y transparencia económica en el Derecho Público y Privado*, Ed. Marcial Pons (Madrid), pág. 248.

miembros del MEDE entre sí, respecto de la interpretación y aplicación del Tratado constitutivo del MEDE, cuando después de haberse sometido la controversia a la revisión del Consejo de Gobernadores del MEDE, no se considere acertada la resolución (de conformidad con el artículo 37 del TMEDE).

La legitimidad de las decisiones del MEDE deja de ser una cuestión susceptible de control judicial –no puede serlo a la vista de su configuración-, para realmente ser una cuestión que debe plantearse en parámetros de legitimidad democrática. De hecho, el planteamiento del asunto Gauweiler surge porque en el Tribunal Federal alemán se planteó la legalidad de las operaciones del BCE en los rescates de 2012, siendo germen de la cuestión prejudicial planteada el hecho de que la ciudadanía alemana -más de 11.000 firmantes-, presentasen ante el Tribunal Federal alemán diversos recursos de inconstitucionalidad sobre las decisiones relativas a las OMT, reclamando por la omisión en que presuntamente incurrieron el *Bundesregierung* y el *Deutscher Bundestag* al no oponerse a tales decisiones. Si la cuestión tenía este calado en relación con los mecanismos precursores del MEDE que, aunque temporales, formaban parte de las soluciones de la UE frente a la crisis (queremos decir, eran mecanismos temporales, pero ínsitos en la estructura administrativa de la Unión Europea), con mayor motivo la cuestión de su control será de control democrático teniendo en cuenta que el MEDE es una institución internacional, a la que los controles administrativos ordinarios no pueden ser aplicados, pero tampoco es admisible desde un punto de vista democrático que se escapen del control del ciudadano. De hecho, el parlamentario es el control que se prevé, «a través de los Parlamentos de los Estados firmantes» en el apartado 30.5 del TMEDE: «El Consejo de Gobernadores pondrá el informe anual a disposición de los Parlamentos nacionales y los órganos supremos de auditoría de los miembros del MEDE y del Tribunal de Cuentas Europeo».

La dimensión que se abre en torno al control de las decisiones en este ámbito, a lo que nos lleva es a plantearnos cómo mejorar el funcionamiento de las instituciones en lo referente a la adopción de decisiones que dejan de ser de tipo técnico y que son las que se producen en el ámbito de los demás mecanismos de la unión bancaria, para ser políticas (en el caso del MEDE, de política monetaria e incidiendo en la política

económica). La solución está en introducir mecanismos que potencien la transparencia de las instituciones.

La transparencia de las instituciones responsables de las decisiones económicas es fundamental para que los ciudadanos recuperen una cuota de poder perdida en los últimos años, en que la evolución de las economías mundiales que ahora se rigen por criterios de tipo global, ha conllevado la pérdida de la posibilidad de que los ciudadanos que, en teoría, son los últimos y verdaderos titulares de ese bien colectivo de nuevo reconocimiento jurídico, que es la estabilidad financiera, puedan formar parte del proceso en que se toman decisiones a ese nivel. Con ocasión de la crisis iniciada en los años 2007-2008, se ha puesto de relieve que las relaciones entre democracia y economía están en constante tensión, tratando de equilibrar la defensa de los intereses generales y la eficacia de las decisiones de política económica⁴⁵⁹.

La transparencia, introducida en el sistema para que los ciudadanos puedan ejercer un legítimo control democrático es más difícil de conseguir cuando más global sea el ámbito de actuación de la institución en cuestión, porque tal transparencia no es real aunque se les permita acceder a la información sobre los procesos de toma de decisiones y sobre la información técnica, en su caso, que haya debido ser valorada para la adopción de la decisión económica de que se trate. La auténtica transparencia debe ir acompañada de herramientas para que el ciudadano, una vez haya accedido a la información de los procesos públicos, pueda intervenir exigiendo la corrección de las desviaciones que aprecie, y en su caso responsabilidad, y esta posibilidad en un contexto en que las decisiones de política económica y las directrices de regulación financiera proceden de un marco global, internacional o europeo, se desvanece o, en el mejor de los casos, se diluye perdiendo entidad.

A pesar de que la transparencia es un valor en alza de relativa reciente introducción en los ordenamientos jurídicos, aún queda mucho camino por recorrer para que esa transparencia sea efectiva. Si bien se puede identificar con la posibilidad

⁴⁵⁹ GARCÍA MACHO R. (2014), "Ordenación económica transparente en el Derecho Público nacional y europeo", en GARCÍA MACHO R. (Ed.), *Ordenación y transparencia económica en el Derecho Público y Privado*, Ed. Marcial Pons (Madrid), pág. 16.

de que el ciudadano tenga la posibilidad de conocer⁴⁶⁰ el modo en que se desarrolla la gestión pública y los pormenores que justifican los actos adoptados en el ejercicio de las funciones de los poderes públicos⁴⁶¹, y aunque inicialmente, su mayor esfera de relevancia aparecía vinculada con la contratación pública⁴⁶², todo lo que se puede considerar aplicable a la transparencia en los términos para los que inicialmente se ha considerado debe servir, es igualmente aplicable a los nuevos escenarios en los que tras la crisis económica de 2007-2008 van a desarrollarse algunos aspectos de la función pública, y respecto a bienes colectivos de reciente reconocimiento como lo es la estabilidad financiera⁴⁶³.

La idea inicial de lo que debe ser la transparencia es totalmente predicable respecto de las Administraciones de todas clases tanto territoriales como no territoriales, y dentro de las primeras con independencia de su ámbito de actuación⁴⁶⁴, pero el problema que se nos plantea para introducir la transparencia en

⁴⁶⁰ En España, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, no contiene un concepto legal de transparencia, pero se puede definir a la vista del contenido de la propia ley con el acceso de los ciudadanos a la información que constituye su objeto y que se especifica en la propia ley. Citando a BOBBIO, su vinculación con la democracia está clara, pues “se puede definir el gobierno de la democracia como el gobierno del poder público en público”. Vid. ARENA G., (1994), “La transparencia administrativa” en *Documentación administrativa*, Nº 248-249, 1997 (Ejemplar dedicado a: El Derecho Administrativo en Italia: Tendencias actuales (I)), pág. 364, con cita a N. BOBBIO, “La democrazia e il potere invisibile”, en *El futuro de la democracia*, Torino, Einaudi, 1984, pág. 76.

⁴⁶¹ BLASCO DÍAZ, J.L. (2014), “Transparencia administrativa y cuentas públicas”, en GARCÍA MACHO R. (Ed.), *Ordenación y transparencia económica en el Derecho Público y Privado*, pág. 244, Ed. Marcial Pons (Madrid).

⁴⁶² GIMENO FELIU J.M. (2015), “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en *Las nuevas directivas de contratación pública: (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, pág. 42, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi (Navarra). Y Vid. Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003 –ratificada por España en 2006–, que en su artículo 7 considera que la actividad del sector público debe basarse en los principios de “eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud”.

⁴⁶³ De hecho los efectos de la crisis económica en los presupuestos públicos, especialmente en España tras la introducción de los límites presupuestarios del artículo 135 CE (reforma íntimamente relacionada con el MEDE, como se ha indicado) dan mayor relevancia a la función de la transparencia administrativa porque ésta debe servir motivar tales recortes en aras a mantener reducido el déficit público, como criterio institucional. Vid. CARMONA GARIAS S. (2014), “La permanente renovación administrativa y la necesidad de regenerar la democracia: reinterpretación del panóptico a través del Open Government”, La permanente renovación administrativa y la necesidad de regenerar la democracia: reinterpretación del panóptico a través del Open Government, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, Nº 99-100, (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Demetrio Loperena y Ramón Martín Mateo), pág. 786.

⁴⁶⁴ Sin embargo, la enumeración de entes sujetos a transparencia en la legislación española no está exenta de críticas, debido a que sólo sujeta a las entidades enumeradas “en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo”, y bien es sabido que las Administraciones también se sujetan en

la actividad de instituciones supranacionales, sobre todo para idear cómo introducir herramientas que permitan acceder al ciudadano a una transparencia real, es el tramo final del camino hacia la verdadera transparencia. Esto es así, porque en el ámbito supranacional nos encontramos con las mismas dificultades que encontraríamos en las Administraciones nacionales⁴⁶⁵ (que aún están incorporando el valor de la transparencia a su respectivo ámbito de gestión pública), pero con la dificultad añadida de que estas instituciones no están vinculadas a estructuras democráticas directamente o lo están de una forma muy débil⁴⁶⁶.

Pensemos en el MEDE, siendo institución financiera internacional, sólo sujeta a control económico (a través del Comité de Auditores, de los que sólo uno es miembro del TCUE), y a control parlamentario de los Estados firmantes, en relación con lo incluido en el informe anual elaborado por el Comité de Auditores. El control de cualquier otra cuestión no incluida en el informe quedará fuera de la debida transparencia, que sin embargo, si estuviéramos ante una institución nacional podría ser accesible para el ciudadano (dentro de sus propios límites). Si pensamos en las autoridades vinculadas a los demás mecanismos incluidos en la unión bancaria, su actividad se lleva a cabo en términos de transparencia, pero muy debilitada en cuanto a su ámbito y a las herramientas de las que podría disponer el ciudadano que conociendo la información de la gestión pública⁴⁶⁷, quisiera, de algún modo, intervenir y exigir responsabilidad política.

ocasiones al Derecho civil, mercantil, o laboral. Vid. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA M. (2014), "El «día después» de la Ley de transparencia", *Revista jurídica de Castilla y León*, Nº. 33, pág. 8/20.

⁴⁶⁵ Sobre su aplicación a la Administración local vid. BELLO PAREDES S. (2014), "Gobernanza local y transparencia", *Revista jurídica de Castilla y León*, Nº. 33, pág 28.

⁴⁶⁶ En todo caso, la autorización para celebrar Tratados Internacionales implica una previa determinación de las parcelas de la soberanía nacional afectadas sin que quepan autorizaciones en blanco que permitan afectar en el futuro cuotas de soberanía no cedidas o en un modo que implique una extralimitación. Esta cuestión, de hecho, se la planteó el Tribunal Constitucional alemán antes de elevar la cuestión prejudicial sobre los rescates, de modo que como proyección del principio democrático sobre el proceso de integración, cualquier ciudadano debe ser titular de "una acción para reivindicar el control del Tribunal Constitucional Federal frente a los actos del parlamento que autorizan la celebración de Tratados". Vid. AZPITARTE SÁNCHEZ, (2014), "Los confines de la democracia y la solidaridad. A propósito de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 14 de enero y de 18 de marzo de 2014, que enjuician el marco jurídico-supranacional de las políticas de rescate", en *Revista española de derecho constitucional*, nº 34, Nº 101, pág. 303.

⁴⁶⁷ Además, también hay que valorar cuál es el ámbito legal de la transparencia. En España, el Tribunal Supremo en STS nº 6622/2012 de 29 de mayo, el alto tribunal la limita a poder acceder a archivos y

También es una transparencia debilitada porque incluso valorando su conexión con la Unión Europea en el caso del MEDE, o considerando que forman parte de la misma, si se trata de los demás mecanismos, y pensando, no ya en la fase de aplicación del Derecho por autoridades europeas, sino pensando en la fase de su origen, vemos que el Derecho de la Unión Europea acoge este principio y es precursor de su extensión a los ordenamientos nacionales de los Estados miembros⁴⁶⁸, pero resulta que, en la práctica, las normas que emergen de la UE y que van a integrarse en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, surgen de un proceso normativo en el que la Comisión y el Consejo asumen los papeles más relevantes en la formación de la norma, siendo secundario el del Parlamento europeo⁴⁶⁹.

Al margen de todo lo anterior, en relación con la concreción de los niveles de transparencia exigibles, hay muchas cuestiones que deben ser tenidas en cuenta y que en esencia afectan tanto a intereses particulares como generales, y en ambos casos, nos llevan a concluir que no toda la información tiene que ser difundida. Igual que a los particulares, se les reconoce derecho a que sus datos personales sean protegidos⁴⁷⁰, también podemos encontrarnos con casos en que a los intereses

registros administrativos, pero no a poder “obtener explicaciones del Gobierno y de la Administración sobre cualquier asunto de interés general”. Por su parte el Defensor del Pueblo de la Unión Europea en el Código de Buena Conducta Administrativa, lo delimita de forma similar en su artículo 5: “Los funcionarios deben estar dispuestos a explicar sus actividades y a motivar sus acciones. Deben mantener registros adecuados y valorar de forma positiva el hecho de que su conducta, incluido el cumplimiento de los principios de la función pública, esté sometida a examen público”.

⁴⁶⁸ En este sentido, debemos destacar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE –que de conformidad con el artículo 6.1 del TFUE tiene el mismo valor que los tratados–, adoptada en Niza en 2000, hace referencia a los derechos de recepción de información, protección y acceso a datos y expedientes de carácter personal, a la buena administración, obligación de la administración de motivar sus decisiones y acceso a los documentos de las instituciones europeas (todo ello en sus arts. 8, 11, 41 y 42). También se recoge el principio en el Código de Buena Conducta Administrativa del Defensor del Pueblo de la UE, que lo considera una manifestación del derecho a una buena administración. Vid. también QUIRÓS SORO, M.F. (2012), “La transparencia en la Unión Europea”, en *Métodos de información (MEI)*, II Época, Vol. 3, nº, 5, 2012, págs. 177-203.

⁴⁶⁹ GARCÍA MACHO R. (2014), “Ordenación económica transparente en el Derecho Público nacional y europeo”, en GARCÍA MACHO R. (Ed.), *Ordenación y transparencia económica en el Derecho Público y Privado*, Ed. Marcial Pons (Madrid), pág. 18.

⁴⁷⁰ La normativa sobre protección de datos es un importante límite a la transparencia (en España, integrada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal), que limita incluso en qué términos se debe realizar la transferencia de datos entre Administraciones. Indudablemente este es un límite importante que reducirá incluso las posibilidades reales de las relaciones de cooperación establecidas en ciertos casos. La STJU de 6 de octubre de 2015, caso C-362/14, que declara “Para garantizar esa protección, las autoridades nacionales de control han de lograr un justo equilibrio entre el respeto del derecho fundamental a la vida privada y los intereses que exigen la libre circulación de datos personales (véanse, en ese sentido, las sentencias

públicos convenga cierta protección de la información sobre ellos. Se ha señalado que esto nos lleva necesariamente a ponderar las circunstancias de cada caso⁴⁷¹, y en esa valoración aplicar los principios de proporcionalidad y de principio de maximización del derecho, lo que supone que las restricciones tengan el mínimo alcance necesario, por lo que el acceso a la información nunca será absoluto⁴⁷². Esta cuestión ha sido tratada en relación con las legislaciones que llevan ventaja en la introducción de este valor en la gestión pública como la italiana⁴⁷³, quedando también relacionada con el principio de objetividad a pesar de que la Ley italiana sobre procedimiento administrativo, en la que se introduce la transparencia no se hace referencia al principio de objetividad, pero su vinculación ha sido objeto de construcción jurisprudencial y doctrinal⁴⁷⁴.

Lo cierto es que todos los principios rectores de la actividad administrativa que recogen las legislaciones modernas tienden a la misma finalidad e integran un mismo sistema de principios que deben regir la actividad administrativa como garantías de buen gobierno para el ciudadano y que son expresión de los valores democráticos, y que, aunque nos cueste creerlo aún están en evolución, por esto son mejorables. Uno de ellos es, sin duda, la asunción de la responsabilidad (responsabilidad de todo tipo política, democrática, contractual, y extracontractual) por parte de las instituciones,

Comisión/Alemania, C-518/07, EU:C:2010:125, apartado 24, y Comisión/Hungría C-288/12, EU:C:2014:237, apartado 51)". De modo que dependerá de las circunstancias del caso, si se debe aceptar la transmisión de datos. También se ha tratado la diferencia entre el derecho a la protección de datos y a la intimidad, aunque ambos se consideran límites de la transparencia, y se impone la ponderación en cada caso con los intereses públicos en cuestión. Vid. PIÑAR MAÑAS J.L. (2014), "Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno", *Revista catalana de dret públic*, Núm. 49 (diciembre 2014), pág. 11.

⁴⁷¹ En relación con los criterios de ponderación en lo referente a la protección de datos como límite, vid. TEJEDOR BIELSA J.C., (2014), "A la búsqueda del equilibrio entre transparencia administrativa y protección de datos. Primeros desarrollos en el ámbito municipal", en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas, Nueva Época*, nº 12 julio-diciembre 2014.

⁴⁷² GUICHOT REINA E. (2014), "La nueva Ley de Transparencia, un reto para la gestión de las organizaciones públicas", en *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria = Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Nº. 6, pág. 100.

⁴⁷³ En Italia la Ley 241/1990 se introduce la transparencia como uno de los principios esenciales de la actividad administrativa (artículo 1.1), introduciendo sus aspectos de publicidad de la actividad administrativa y de derecho de acceso, que considera una institución dirigida explícitamente a "asegurar la transparencia de la actividad administrativa" (art. 22.1). Vid. ARENA G., (1994), "La transparencia administrativa" en *Revista Documentación Administrativa*, Nº 248-249, 1997 (Ejemplar dedicado a: El Derecho Administrativo en Italia: Tendencias actuales (I)), pág. 362.

⁴⁷⁴ Un estudio interesante al respecto se encuentra en MONTEDURO M. (2011), "El carácter multidimensional de la imparcialidad administrativa y el principio de objetividad: reflexiones sobre la experiencia italiana", *Revista Documentación Administrativa* nº 289, enero-abril, págs. 305-366.

cada uno de aquellos principios se viene a relacionar con la asunción de alguna de las facetas de esta responsabilidad. Por este motivo no nos debe extrañar que, si como se ha señalado anteriormente en este capítulo, la extensión de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas depende del concepto que utilicemos de servicio público, esto es, de la actividad de la que deriva esa responsabilidad, lo mismo ocurra cuando estamos hablando de transparencia. También esta depende del concepto de sector público que utilicemos⁴⁷⁵.

Volviendo a la transparencia en relación con la actividad de los mecanismos incluidos o vinculados (en el caso del MEDE) con la unión bancaria, una vez valorados someramente los límites y alcance de la transparencia administrativa en general, debemos mencionar que la extensión, si bien muy vinculada al control económico, esto es, a la gestión de las cuentas públicas⁴⁷⁶, también se extiende a los sistemas de gestión de riesgos de conformidad con lo previsto en el artículo 9.2 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003. Como se ha venido tratando en las páginas precedentes, la gestión de riesgos se ha convertido tras la amplia reforma en supervisión financiera llevada a cabo en los últimos años, en una pieza fundamental de la actividad pública de control que representa la regulación financiera, por lo que en esa línea, y considerando que en algunos de los mecanismos incorporados al sistema, su finalidad es o bien la gestión de riesgos vinculados a la estabilidad financiera general o de entidades concretas, o bien la aplicación de fondos

⁴⁷⁵ Cabe destacar que en la legislación española impone deberes de transparencia no sólo a las Administraciones, empresas y otras entidades públicas calificadas como tales a efectos de la Ley de Transparencia de 2013 sino también, en su artículo 4, utilizando un concepto amplio de servicio público o actividad administrativa, a las personas físicas y jurídicas “que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas” y a los “a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato” aunque para estos los deberes de transparencia son indirectos no respecto del ciudadano sino de la propia Administración que podrá, mediante requerimiento, exigirles la información necesaria para el cumplimiento de las obligaciones previstas en la misma ley. Esta norma arroja cierta luz a algunas cuestiones todavía no resueltas en el ejercicio de las funciones de control de los reguladores financieros, pero no contiene la solución final.

⁴⁷⁶ La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 9.2 declara que cada Estado Parte, “adoptará medidas apropiadas para promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública. Esas medidas abarcarán, entre otras cosas: a) Procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional; b) La presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos; c) Un sistema de normas de contabilidad y auditoría, así como la supervisión correspondiente; d) Sistemas eficaces y eficientes de gestión de riesgos y control interno”.

para reestructurar el sistema financiero, el presupuesto de carácter objetivo se cumple para poder extender que se observe la transparencia debida a estas actividades.

Finalmente, respecto al ámbito subjetivo para exigir una actividad transparente, a la vista de las normas europeas y nacionales de los Estados que participan en la unión bancaria, no hay inconveniente en exigir transparencia a los mismos en su actividad. Respecto al MEDE, dado que es institución internacional, existen más dificultades jurídicas para exigirla, pero nada lo impide aunque las cláusulas de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 siempre dan por sentado que son los Estados firmantes en sus legislaciones las que se comprometen a asumir el compromiso de dar cabida al principio en sus legislaciones internas, ya que la misma Convención contiene una definición de funcionario público internacional y sujeta su actuación al Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, que figura en el anexo de la resolución 51/59 de la Asamblea General de 12 de diciembre de 1996. Una vez determinada la obligación de actuar con transparencia, sólo falta determinar de qué modo puede esa información ser útil, en términos pragmáticos, al ciudadano, para poder exigir la corrección de la actividad que no se ajuste a los demás principios rectores de la actividad administrativa y que garantizan el ejercicio del poder en un sistema democrático⁴⁷⁷.

6. EL PROBLEMA DE LA REGULACIÓN DE LAS AGENCIAS DE CALIFICACIÓN CREDITICIA.

Las agencias de calificación crediticia o agencias de rating han sido reguladas por el Reglamento (UE) Nº 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de

⁴⁷⁷ Un análisis en términos prácticos de cómo el ciudadano puede obtener algún resultado correctivo de esa transparencia se encuentra en relación en la Ley catalana 19/2014, de 29 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en CAPDEVILA PONCE G. y SOLERNOU VIÑOLAS A. (2015), "El sistema de garantías previsto en la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno", *Activitat Parlamentària*, Nº. 28, (Ejemplar dedicado a: *Monogràfic sobre transparència, accés a la informació i bon govern*), págs. 86-104. En este artículo se comentan las herramientas que contiene la legislación catalana entre las que destaca la posibilidad de que la falta de transparencia pueda ser objeto de recurso ordinario por los ciudadanos en sus relaciones directas con la Administración, así como papel del Síndico de Agravios (Síndic de Greuges), el sistema de sanciones y la actividad del órgano de vigilancia de la transparencia en su ámbito territorial como es la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública.

septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia, que en su artículo 1.b), las define como personas jurídicas cuya ocupación incluye la emisión de calificaciones crediticias con carácter profesional. Esta actividad ha estado desregulada hasta que el referido Reglamento fue aprobado, y ha sido posteriormente modificado por el Reglamento (UE) nº 513/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2011, y complementado con otros posteriores que regulan diversos aspectos de su organización, funcionamiento y régimen de control público⁴⁷⁸.

6.1. La trascendencia de sus evaluaciones de solvencia.

La cuestión problemática, en cuanto a ellas, reside en que la regulación que se les ha dado, no parece adecuada, a la vista de su actividad. El mismo Reglamento 1060/2009 define calificación crediticia como «un dictamen acerca de la solvencia de una entidad, una deuda u obligación financiera, una obligación, una acción preferente u otro instrumento financiero, o de un emisor de tal deuda u obligación financiera, obligación, acción preferente u otro instrumento financiero, emitido utilizando un sistema establecido y definido de clasificación de las categorías de calificación». La evaluación de la solvencia de entidades y productos, es una actividad más afín a la de un regulador que a la de uno de los operadores del mercado objeto de regulación. Por este motivo entendemos que no se ha realizado un tratamiento adecuado de las

⁴⁷⁸ Así: el Reglamento Delegado (UE) n.º 446/2012 de la Comisión, de 21 de marzo de 2012 en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre el contenido y el formato de los informes periódicos sobre los datos relativos a las calificaciones que deberán presentar las agencias de calificación crediticia a la Autoridad Europea de Valores y Mercados; el Reglamento Delegado (UE) n.º 447/2012 de la Comisión, de 21 de marzo, sobre normas técnicas de regulación aplicables a la evaluación de la conformidad de los métodos de calificación crediticia; el Reglamento Delegado (UE) n.º 448/2012 de la Comisión, de 21 de marzo, sobre normas técnicas de regulación aplicables a la presentación de la información que las agencias de calificación crediticia deberán comunicar a un registro central establecido por la Autoridad Europea de Valores y Mercados; el Reglamento Delegado (UE) n.º 449/2012, de la Comisión, de 21 de marzo de 2012 sobre normas técnicas de regulación relativas a la información que debe proporcionarse para el registro y la certificación de las agencias de calificación crediticia. Más recientemente se han aprobado también, como complemento, el Reglamento Delegado (UE) 2015/1 de la Comisión, de 30 de septiembre de 2014 sobre normas técnicas de regulación aplicables a la información periódica sobre los honorarios cobrados por las agencias de calificación a efectos de la supervisión permanente por parte de la Autoridad Europea de Valores y Mercados; el Reglamento Delegado (UE) 2015/2 de la Comisión, de 30 de septiembre de 2014 sobre normas técnicas de regulación aplicables a la presentación de la información que las agencias de calificación crediticia comunican a la Autoridad Europea de Valores y Mercados; y también el Reglamento Delegado (UE) 2015/3 de la Comisión, de 30 de septiembre de 2014 en lo que atañe a las normas técnicas de regulación relativas a los requisitos de información aplicables a los instrumentos de financiación estructurada.

mismas. Lo que realmente se evalúa es la solvencia de entidades o productos, y para lo que es relevante dentro del sistema su evaluación es porque determinan la probabilidad de incumplimiento del emisor, ya sea de sus obligaciones financieras en general, en caso de calificación del emisor, o en relación con un producto financiero, si se trata de la calificación del instrumento⁴⁷⁹.

La trascendencia de la inadecuación regulatoria de las mismas se pone de relieve si se valora la incidencia que tales calificaciones tienen en el sistema, y el papel que las mismas han jugado en la crisis iniciada en los años 2007-2008, agravándola⁴⁸⁰, pues su actividad incide directamente en la confianza que los inversores depositan en el buen funcionamiento de los mercados⁴⁸¹.

La información que vierten en los mercados es relevante para su funcionamiento, y es esencial para ejercer adecuadamente la función de supervisión de los reguladores, de modo que, siendo esta última una actividad de responsabilidad pública, nos deberíamos plantear si están ejerciendo las ACC una función que debería ser sólo pública. Como mínimo, es relevante para los intereses públicos porque las evaluaciones pueden incidir en la dirección de los mercados financieros, y esta

⁴⁷⁹ Por su similitud, destacar que existen también Agencias de Calificación Externas (ECAI -External Credit Assessment Institutions-) reguladas por la Directiva 2006/48/CE. Las ECAI ya reconocidas en la Comunidad deben solicitar su registro con arreglo al Reglamento UE ACC, pero se ha destacado que aunque son sustancialmente análogas a las ACC, no debe ser identificadas por las diversas consecuencias jurídicas que se derivan. Vid. TAPIA HERMIDA A.J. (2011), "Naturaleza y funciones de las agencias de calificación crediticia", en *Perspectivas del Sistema Financiero* N.º 103, «Agencias de calificación crediticia», pág. 4, Ed. Fundación de las Cajas de Ahorros.

⁴⁸⁰ En relación con el impacto de las calificaciones de las ACC en los mercados, vid. El Informe del FMI, The International Monetary Fund of October 2010: Global financial stability report sovereigns, funding, and systemic liquidity, Chapter 3: "The uses and abuses of sovereign credit rating". Disponible en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/gfsr/2010/02/pdf/chap3.pdf>. Última entrada el 5 de abril de 2016. También, SANZ SALLA C. (2014), "La regulación de la transparencia financiera en los EEUU como respuesta a las crisis económicas de 1929 y 2007" en GARCÍA MACHO R. (Ed.), Ordenación y transparencia económica en el Derecho Público y Privado, pág. pág. 302 y 310-311, Ed. Marcial Pons (Madrid). Se valora, entre otras muchas cosas, la incidencia del papel de las ACC en la gestación de la crisis en The high-level group on financial supervision on the UE report, presidido por J. Larosière, de 25 febrero de 2009 (Bruselas), y disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf Igualmente en el Financial Crisis Inquiry Commission Report de enero de 2011, pág. xvii, en su publicación oficial, Ed. por The Government Print Office, disponible en <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-FCIC/pdf/GPO-FCIC.pdf>

⁴⁸¹ La confianza en el buen funcionamiento de los mercados, como valor que sirve fundamento para establecer la regulación jurídico-pública de diferentes aspectos de los operadores y de los supervisores, ha sido puesto de relieve por muchos autores. Respecto al papel que en ello juega el supervisor, vid. BELANDO GARÍN, B. (2013), "La regulación pública del mercado de valores a debate ¿Dónde está el supervisor?", en *Revista española de Derecho administrativo*, nº 159, págs. 131-150.

dirección se encuentra en manos de pocas entidades que realizan esta actividad, ya que, de hecho, tres ACC son las más relevantes y evalúan la mayor parte del mercado mundial, ejerciendo la actividad de forma oligopolística (son tres empresas estadounidenses: Standar&Poor's, Moody's y Fitch)⁴⁸². Además, la evaluación de la deuda soberana de Estados afecta a todo el sistema, pues la deuda pública representa el principal índice de solvencia de un país, de modo que su calificación suele establecer un límite máximo para los *ratings* corporativos del sector privado, tanto de bancos como de sociedades no financieras y los diferenciales de rentabilidad públicos y privados, con respecto a otras referencias externas, tienen una influencia directa en los flujos de capital⁴⁸³.

No es una casualidad que el Reglamento de la UE de ACC pretenda que se ajuste su actividad a los principios de transparencia, responsabilidad, y de buena gobernanza, entre otros, a fin de que las calificaciones crediticias resultantes sean independientes, objetivas y de adecuada calidad. Que son principios rectores de la actividad de las Administraciones públicas.

La cuestión está en que con esta identidad ente la actividad de las ACC y el fundamento de la actividad pública de control y con el paralelismo con los principios rectores de la actividad administrativa, una supervisión sobre las mismas que parte de su configuración como actividad privada (desvinculada por completo de ese interés público que subyace), no parece adecuada, sobre todo, si tenemos en cuenta la relevancia de sus evaluaciones.

6.2. La responsabilidad de las ACC frente al inversor.

En su regulación, se ha dado importancia a su régimen de responsabilidad frente al inversor que confía en sus evaluaciones, pues al estar anteriormente desreguladas, la asunción de su responsabilidad era cuestión sin solución, pero de

⁴⁸² VILARIÑO SANZ A., ALONSO GALLO N., TRILLO DEL POZO D. (2010), "Los errores de las agencias de calificación y la propuesta de regulación bancaria del Comité de Basilea", en Actas del World Economy Meeting XII, Universidad de Santiago de Compostela, pág 2/30.

⁴⁸³ BROTO C. Y MOLINA L. (2015), "Calificación crediticia de la deuda soberana y cambios en las condiciones económicas", en *Boletín Económico* núm. de mayo 2015, pág. 49, Ed. Banco de España.

mucha importancia⁴⁸⁴. En relación con qué tipo de responsabilidad deben tener, a pesar de que contra ellas se abrieron procesos penales que fueron archivados⁴⁸⁵, la responsabilidad que se contempla en la regulación europea es su responsabilidad civil extracontractual para responder de los perjuicios causados por calificaciones irreales. Esto al margen de que pueda llegar a imputarles responsabilidad penal si su actividad se puede calificar como delito de acuerdo con su normativa específica.

Su régimen de responsabilidad civil, está contenido en el artículo 35 bis del Reglamento UE 1060/2009, a partir del cual se concretan los casos para poder exigir responsabilidad civil a las mismas⁴⁸⁶. Antes de su introducción cierto es que, de acuerdo con las reglas generales teóricamente se podría exigir este tipo de responsabilidad, pero con menos probabilidades de éxito en la práctica, al tenerse que precisar su alcance en cada caso-. Ahora se podrá solicitar esta responsabilidad si una

⁴⁸⁴ FERNÁNDEZ ROZAS J.C. (2012), "El laberinto de la supervisión financiera en la Unión Europea, Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea", en *Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, pág. 920, Ed. Tirant Lo Blanch (Valencia).

⁴⁸⁵ En España, el Auto de 30 de agosto de 2011 (en el procedimiento Diligencias Previas Proc. Abreviado 046/2011 E), del Juzgado Central de Instrucción nº2 de Madrid, se pronuncia sobre la querrela contra las principales agencias de calificación presentada en España contra los responsables españoles de las sociedades mercantiles, agencias de calificación crediticia, Moody's España, Fitch Ratings España y Standard and Poor's España por la posible comisión de delitos tipificados en los artículos 284 y 285 del Código Penal, presentada por El Observatori per el Compliment de la Declaració Universal dels Drets Humans en els Drets Economics, Socials i Culturals, ejerciendo la acción popular. La querrela se archivó a pesar de que no fue un obstáculo la extensión de la jurisdicción española ya que estas calificaciones se emiten desde EEUU y desde Gran Bretaña, y se podía haber considerado que «no serían perseguibles en España, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la LOPJ, pues los hechos no han sido denunciados por el perjudicado, el Estado Español -ni siquiera consta que el Estado español se haya dirigido a la contraparte contractual para denunciar el defectuoso cumplimiento de los términos del contrato-, ni por el Ministerio Fiscal»; en cuanto a la jurisdicción se consideró que resulta aplicable el artículo 88 de la LOPJ que confiere a los Juzgados Centrales la instrucción de las causas cuyo enjuiciamiento correspondía a la mencionada Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, se encuentra en el art. 65.1º c) LOPJ establece que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá del enjuiciamiento de «las defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una audiencia». El motivo del archivo fue de carácter técnico, pues valorando los elementos del tipo se estimó que no quedaba acreditado el elemento subjetivo del tipo (querer alterar los precios), ni el objetivo, al considerar que la alteración de las informaciones vertidas al mercado aunque irreales no podían estimarse falsas a efectos penales ya que el FMI venía apoyando estas prácticas entre los años 2004-2007, habiéndose manifestado en sus informes errores de diagnóstico como: «el sistema financiero de EE UU es resistente y está bien regulado» (2005), «los principales bancos comerciales y de inversión tienen una sólida posición financiera y el riesgo sistémico parece bajo» (2007) o «los mercados han mostrado que pueden autocorregirse y que de hecho lo hacen» (2007).

⁴⁸⁶ La posible responsabilidad civil de las mismas en la regulación actual no se ha considerado totalmente acertada. SCALCIONE R. (2013), "Regolamentazione dei rating e delle credit rating agencies: una voce fuori dal coro", en NIGRO A. (Dir.), *Diritto della banca e del mercato finanziario, Vol.I*, Ed. Pacini (Pisa), pág. 314.

agencia de calificación crediticia ha cometido, de forma deliberada o por negligencia grave, alguna de las infracciones enumeradas en el anexo III del Reglamento UE 1060/2009 que afecte a una calificación crediticia, pudiendo reclamarla los inversores o emisores por los daños y perjuicios que hayan sufrido a causa de tal infracción.

Se prevé que para llevar a cabo la reclamación, el inversor demuestre que se ha basado en una calificación crediticia de manera razonable, o la ha utilizado con el debido cuidado para tomar la decisión de invertir en un instrumento financiero cubierto por la calificación crediticia o de conservarlo o dejar de conservarlo, y también si demuestra que él o sus instrumentos financieros están cubiertos por la calificación crediticia, y que la infracción no ha sido debida a una información engañosa o inexacta proporcionada por el emisor a la agencia de calificación crediticia de forma directa o mediante datos a disposición pública.

Así, deberán concurrir los elementos clásicos que se exigen para reclamar responsabilidad extracontractual: el hecho dañoso, el daño efectivo y el nexo causal entre los dos primeros. El hecho dañoso viene representado por el incumplimiento de los deberes impuestos a las mismas en su régimen jurídico y que sus calificaciones se hayan realizado con un mínimo de diligencia debida, conforme a la *lex artis* de la profesión. El daño efectivo abarca tanto los daños patrimoniales (en la vertiente de daño emergente y lucro cesante), como los daños morales –más difíciles de demostrar y de cuantificar, pero admitidos-. Y finalmente, el nexo causal o relación de causalidad entre los dos anteriores, que podrá romperse según las informaciones que en los mercados se dispongan con carácter general en el momento de la evaluación⁴⁸⁷.

⁴⁸⁷ Vid. TAPIA HERMIDA A.J. (2011), “Naturaleza y funciones de las agencias de calificación crediticia”, en Perspectivas del Sistema Financiero N.º 103, «Agencias de calificación crediticia», pág. 21, Ed. Fundación de las Cajas de Ahorros. Aunque estos tres elementos son generalmente asumidos por prácticamente todos los ordenamientos jurídicos, el Considerando 69 del Reglamento UE 1060/2009 matiza que “cualquier reclamación contra una agencia de calificación crediticia por incumplimiento de las disposiciones del presente Reglamento debe hacerse de conformidad con la legislación nacional aplicable en materia de responsabilidad civil”. Y el artículo 35 bis, en relación con esto, introduce la posibilidad de limitar esta responsabilidad en las regulaciones nacionales si dicha limitación es razonable y proporcionada, y está autorizada por el Derecho nacional aplicable, en las cuestiones a las que se remite el mismo Reglamento, y que se determinarán por el derecho nacional. Se remite al Derecho nacional en cuanto a la concreción de los términos “daños y perjuicios”, “de forma deliberada”, “negligencia grave”, “basarse de manera razonable”, “debido cuidado”, “afectar”, “razonable” y “proporcionada”, empleados por el Reglamento 1060/2009, sin ser definidos; y también se regularán por el Derecho nacional las cuestiones relativas a la responsabilidad civil de las agencias de calificación

6.3. Propuestas de mejora para el control de su actividad: su relación con el supervisor.

La supervisión de las ACC deviene una cuestión de suma importancia para el sistema de supervisión del conjunto de la unión bancaria, si tenemos en cuenta las consecuencias de sus evaluaciones en el mercado. Como se ha indicado lo más importante respecto de las mismas es garantizar la fiabilidad de sus calificaciones. Esa fiabilidad se trata de conseguir imponiéndoles una serie de obligaciones y procedimientos en su actividad.

Sin pretender hacer un tratamiento muy exhaustivo, indicaremos que el Reglamento UE 1060/2009 introduce reglas para limitar sus posibles conflictos de interés e intentar garantizar su independencia (imponiendo limitaciones sobre productos supervisados, temporales excluyéndose la renovación contractual con sus clientes, estableciendo un régimen de incompatibilidades, e imponiendo la obligación de publicar los métodos, los modelos y las hipótesis fundamentales que utilicen en sus actividades de calificación crediticia), se limitan las calificaciones de deuda soberana, y se impone la doble calificación de los productos financieros estructurados –por dos agencias-, y se limita la subcontratación de las evaluaciones. Las obligaciones más destacables de su régimen jurídico son dar publicidad a la información sobre la calidad crediticia de productos financieros estructurados, y la evolución de los activos subyacentes de dicho instrumento, la estructura de la operación de titulización, y muchas otras cuestiones conexas con la solvencia del producto como los flujos de tesorería y las garantías reales que respalden una exposición de titulización. Se impone también la publicación de los resultados de calificación, indicando qué calificaciones se han hecho sin previa solicitud del evaluado, y se publicará también un informe anual

crediticia que no estén cubiertas por el Reglamento. Que el inversor pueda demostrar el hecho dañoso en los términos que se determinan en el artículo 35 bis, y que se reducen al cumplimiento de las obligaciones que se les impone en su regulación, depende de que todos estos extremos hayan sido objeto de publicidad mediante procesos transparentes de evaluación, cuestión esta que debe ser objeto de supervisión pública para, mediante ello, generar la confianza debida en los mercados y en la intervención en ellos de las ACC, que quedaron muy desprestigiadas, tras la crisis de 2007-2008. Todo nos lleva, por tanto, a considerar la adecuación de su régimen de supervisión.

de transparencia, quedando prohibido que perciban honorarios por estas publicaciones.

Además, las agencias de calificación registradas y certificadas tienen obligación de comunicar a la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) el resultado de la calificación crediticia y la perspectiva de calificación atribuida al instrumento calificado, así como información sobre el tipo de calificación, el tipo de decisión de calificación, y la fecha y la hora de la publicación, para que la AEVM lo publique en la “Plataforma Europea de Calificación”.

Las personas jurídicas establecidas en la Unión Europea como ACC deberán registrarse en un registro administrativo que llevará la AEVM, así como pagar las tasas de inscripción y de supervisión, pues esta actividad de control igual que ocurre con la supervisión del MUS se autofinancia.

Además en ejercicio de las funciones de supervisión que corresponden a la AEVM, las ACC deberán remitirle periódicamente información sobre el cumplimiento de algunas de las obligaciones indicadas –ex artículo 22 bis del Reglamento UE 1060/2010-, sin perjuicio de que la AEVM puedan solicitarles cualesquiera otras informaciones de conformidad con el artículo 23 ter del mismo texto legal.

El incumplimiento de las obligaciones que se imponen a las ACC en el Reglamento UE nº 1060/2010 no sólo constituye uno de los requisitos para que quienes resulten perjudicados puedan exigir responsabilidad civil por aplicación del artículo 35 bis del mismo, sino que también dará lugar a la correspondiente responsabilidad administrativa a través de la cual se les puede sancionar por el regulador.

El regulador competente para sancionar a las ACC será la AEMV cuando se trate de las infracciones que regula en relación con lo previsto en la norma europea el anexo III al Reglamento (CE) nº 1060/2009⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸ El anexo III al Reglamento (CE) nº 1060/2009 contiene una amplia lista de infracciones relacionadas con conflictos de intereses y requisitos de organización o de funcionamiento, relacionadas con obstáculos a la actividad de supervisión, y con las disposiciones sobre divulgación o información, y se complementa con un anexo IV al Reglamento (CE) nº 1060/2009 con una lista de coeficientes ligados a

Tendremos en cuenta que, los Estados miembros pueden tener su propia regulación que desarrolle o complemente lo previsto en la norma europea. En España, la autoridad competente en el sector de valores es la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), actualmente regulada en el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, norma que también regula mínimamente las ACC en España, y aunque se remite en la mayor parte de su régimen jurídico al Reglamento UE 1060/2009, contempla la posibilidad de que la CNMV ejerza también, de conformidad con dicho Texto Refundido, la potestad sancionadora respecto de las ACC que estén establecidas en España y registradas en el registro administrativo llevado por la misma CNMV⁴⁸⁹. Esta función es complemento de las funciones de la AEVM.

Uno de los mayores problemas para que este régimen sea efectivo es el ámbito de aplicación del mismo, pues como se ha indicado las principales agencias que controlan el mercado de las evaluaciones, y prácticamente ejercen la actividad en régimen de oligopolio, son entidades privadas establecidas en EEUU, y sujetas a su propia regulación, cayendo fuera por tanto del ámbito de aplicación del Reglamento UE 1060/2009. El segundo problema que encontramos en la regulación europea de las ACC, a pesar de que sea plausible que hayan sido finalmente reguladas, es que no parece muy adecuada su caracterización como entidades privadas totalmente desvinculadas de lo público, dados los intereses en los que inciden y considerando que están ejerciendo una función que debería ser pública si se trata de evaluaciones que tienen capacidad para dirigir el sentido de los mercados. Cuestión distinta es que se acepte que se emitan calificaciones privadas a requerimiento de operadores o inversores que pueden tener efectos privados, pero cuando tengan relevancia pública y general los efectos deben ser objeto de control por el regulador, que debería efectuar una labor de contraste con sus informaciones, y quien además debe asumir la responsabilidad de cómo van a incidir esas evaluaciones en el funcionamiento futuro

los factores agravantes o atenuantes que sirven para graduar las sanciones como manifestación del principio de proporcionalidad. Vid. TAPIA HERMIDA A.J. (2011), "Naturaleza y funciones de las agencias de calificación crediticia", en *Perspectivas del Sistema Financiero N.º 103*, «Agencias de calificación crediticia», pág. 21, Ed. Fundación de las Cajas de Ahorros.

⁴⁸⁹ Los artículos 233.1.b), 271, 289, y 299 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, recogen esta posibilidad.

del mercado. Llegado este punto lo que nos interesa es introducir algún tipo de vinculación de las ACC en cuanto a las evaluaciones que incidan en el funcionamiento de los mercados, es decir, que se puedan considerar sistémicas, como ha ocurrido con las entidades que se han clasificado como significativas en el marco del MUS y del MUR. Se echa de menos que de forma paralela a cómo se regula la supervisión de las entidades, el régimen jurídico de las ACC establezca un régimen especial para las agencias o las evaluaciones que se puedan considerar “significativas”, y estas son las que deberían vincularse más estrechamente con el regulador del sector, y de las que debería poder exigirse una responsabilidad extracontractual al regulador por permitir que se emitan, o que si se prefiere, que una vez emitidas tengan la capacidad de incidir en los mercados, sin haberlas limitado, contrastado, o eliminado del mercado mediante procedimientos de carácter administrativo.

Las ACC cumplen una función para ciertos intereses privados, pero las propuestas que se basan en centrar toda la supervisión de las entidades financieras en las evaluaciones de ACC, sólo tienen sentido en los sistemas autorregulados en los que es el mercado quien expulsa a los ineficientes y hace funcionar con éxito a las entidades solventes. Ya en el primer capítulo hemos justificado la necesidad de acoger un sistema regulado y por qué esta regulación debe ser pública. Desde esta premisa, los *ratings* de las ACC son un complemento que tiene la función de evitar las asimetrías del mercado, pero no pueden asumir un papel rector del mismo. Esta dirección debe corresponder al poder público, que ostenta la dirección de la política económica.

Las ACC surgen del modelo anglosajón donde prima la autorregulación o la desregulación, y en estos sistemas sí tiene sentido que el mercado se rija por criterios de eficiencia y por el criterio de la buena reputación de los operadores⁴⁹⁰. Tras la última crisis se aprecia la corrección de estas tendencias normativamente, para acogerse a sistemas regulados a nivel internacional, por este motivo el papel de las ACC y su régimen jurídico, debe ser reconsiderado.

⁴⁹⁰ Sobre el funcionamiento del principio de buena o mala reputación de los operadores en relación con las evaluaciones, vid. LOSADA LÓPEZ R. (2009), *Agencias de rating, hacia una nueva regulación*, monografía nº 34, pág. 15, Ed. CNMV, Madrid.

Como se ha indicado, su regulación actual se ha asimilado al de las entidades de crédito aunque con diferencias sustanciales considerando objetivamente su actividad, sin embargo se les regula como operadores del mercado –operadores privados que evalúan a otros⁴⁹¹. Antes se apuntaba que sería conveniente vincular las ACC que se consideren significativas, de algún modo, con el regulador, y deberían serlo las que emitan calificaciones que afecten al sistema: las que emitan evaluación de deuda soberana, y las que controlen una cuota del mercado de las evaluaciones que se considere significativa y que debería determinarse normativamente.

En cuanto a cómo vincularlas con el regulador, varias opciones son posibles, unas más ideales que otras, pero en todos los casos, la vinculación con el regulador da solución técnica al defecto de la regulación actual que no es otro que permitir que una entidad privada (las ACC) asuma con relevancia general en el sistema, y con posibilidad de afectar al bien colectivo que representa la estabilidad financiera, una función que es esencialmente pública y de control, de control de la solvencia además que es el núcleo de la supervisión prudencial. Las soluciones posibles son: 1. Crear una ACC pública que contraste las evaluaciones de a las ACC privadas significativas y a la que se vinculen estas últimas. 2. Movernos sólo en el sector privado, y dentro de él crear una agencia de calificación de agencias de calificación de riesgos privada pero más estrechamente controlada por el supervisor, dadas sus funciones. 3. Vincular a las ACC significativas mediante una fórmula de gestión indirecta de función pública, de modo que el control público de la solvencia de los operadores y productos, en parte, quede externalizada (con ciertos límites), a través de las ACC que emitan calificaciones significativas para el mercado⁴⁹². En este sentido, no cualquier fórmula de gestión indirecta es adecuada, pudiéndolo ser, la subcontratación⁴⁹³.

⁴⁹¹ El mismo FMI les equipara a efectos de someterlas a controles internos de la entidad además de los de supervisión pública. En este sentido, la nota de prensa del mismo FMI sobre su Informe sobre la estabilidad financiera mundial (GFSR), de octubre de 2010, en su pág. 5 declara: «aquellas agencias cuyas calificaciones son utilizadas en el enfoque estandarizado de Basilea II deberían cumplir criterios de validación similares a los exigidos a los bancos que utilizan sus propias calificaciones internas». El informe completo se encuentra disponible en: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/gfsr/2010/02/pdf/chap3.pdf>

⁴⁹² Sobre la aplicación de mecanismos que permitan encomendar a sujetos privados el ejercicio de funciones de control que se insertan en lo que consideramos policía administrativa, pero con un contenido diferente, vid. ESTEVE PARDO, J. (2011), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons (Barcelona), pág. 355. Y, en relación con la importancia de ampliar la esfera de relevancia de lo

La primera de las soluciones, esto es, la creación de una ACC pública europea ha sido una posibilidad contemplada en sede de la Unión Europea al idear la reforma de la que surge la unión bancaria, y es previsible que a medio o largo plazo exista una. Una ACC pública de la Unión Europea tiene como ventaja que podría competir con las principales agencias en el mercado mundial y copar el mercado de las calificaciones crediticias en Europa. Como inconvenientes, de un lado encontramos la inversión pública que hay que hacer en su creación, y de otro, que los mercados mundiales siguen estando interconectados y las ACC estadounidenses que hoy controlan el mercado, seguirán calificando un sector relevante, de modo que sus evaluaciones igualmente se deberán tener en cuenta en relación con las entidades, productos e incluso naciones evaluadas.

La segunda de las soluciones, tiene más inconvenientes, porque no dejamos la zona de influencia del sector privado con todos los problemas de falta de transparencia e imparcialidad que pueden darse y que es necesario controlar, e igualmente, se hace necesario que esta agencia de agencias contraste las informaciones que viertan las demás y compruebe sus procesos y sea ella quien responda ante el supervisor. Su creación centralizaría en ella la responsabilidad del buen funcionamiento de los procesos de calificación, siendo un sistema muy parecido al que hoy se introduce respecto del sistema de poscontratación y compensación de valores de los mercados secundarios en donde una Entidad de Contrapartida Central, controla y responde de la solvencia de las operaciones en el mercado, y de su propia actividad de control frente

público en el moderno Derecho Administrativo a algunas actividades privadas, vid. BARNES J. (2014), "La transparencia: cuando los sujetos privados desarrollan actividades regulatorias", en GARCÍA MACHO R. (Ed.), *Ordenación y transparencia económica en el Derecho Público y Privado*, págs. 86, 101, 110 y 116, Ed. Marcial Pons (Madrid). El autor trata el tema de la transferencia de funciones regulatorias a la sociedad, y particularmente, una de las formas en que se realiza es mediante la co-regulación. A nuestro parecer este sería el caso en que se encontraría la actividad de las ACC, de modo que, debería ajustarse su régimen jurídico al papel que asumen quedando desdibujada la frontera entre la actividad privada y la pública aplicando un criterio de identificación de su pertenencia al Derecho administrativo no en base al sujeto que la ejerce sino en base a su actividad real.

⁴⁹³ La subcontratación se ha considerado el instrumento más adecuado cuando se trata de que entidades privadas reciban un encargo o delegación de funciones públicas de ejecución y para las tareas de carácter técnico, pero sin que pueda implicar una delegación en el ejercicio de potestades públicas, y que permite, por la vía contractual, regular la actividad realizada por privados pero que tiene trascendencia pública. Vid. FUENTETAJA PASTOR, J.A. (2002), "Las reformas de la Administración y de la Función Pública comunitarias", en *Revista de Derecho de la Unión Europea (ejemplar dedicado a: El futuro de la Unión Europea. La reforma de las instituciones)*, nº. 3, 2002, págs. 163 y ss.

al regulador del sector de valores⁴⁹⁴. Sin embargo su principal problema es que no se sale de la zona de la actividad privada en su configuración, y su vinculación con el regulador sigue siendo distante, además de que no se soluciona el problema de la falta de control sobre ACC de terceros Estados.

La tercera solución se puede considerar la mejor a efectos prácticos, pero se encuentra limitada por el hecho de que la subcontratación no puede suponer la delegación del ejercicio de potestades públicas, y entraña algunas dificultades técnico-jurídicas que deberían ser superadas para poderse aplicar, pues para poderse aplicar, será necesario delimitar previamente las condiciones de emisión de las evaluaciones, las calificaciones objeto de contratación y las relaciones entre el supervisor y la ACC subcontratada o subcontratadas, así como seguir procedimientos de oferta pública en régimen de competencia para su concesión. Esta opción requiere determinar todo ello, e implica la posibilidad de que los supervisores públicos tengan obligación de asumir la posible responsabilidad por la falta de control de las calificaciones vertidas por las ACC subcontratadas, pero con posibilidad de repercutir esa responsabilidad a las ACC que realizan la evaluación. Este sistema, supone un plus de garantía para el inversor en la fiabilidad de las evaluaciones, pero conlleva, a su vez, el reconocimiento de que los supervisores públicos pueden ser responsables de no haber controlado la emisión de las calificaciones defectuosas que son significativas en el funcionamiento de los mercados, cuestión esta que requiere de un análisis mucho más profundo.

⁴⁹⁴ Así, en España a la figura de la entidad de contrapartida central se refiere tanto el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, como el Real Decreto 878/2015, de 2 de octubre, sobre compensación, liquidación y registro de valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta, sobre el régimen jurídico de los depositarios centrales de valores y de las entidades de contrapartida central y sobre requisitos de transparencia de los emisores de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. En este último, su artículo 66, dispone que *“Sin perjuicio de las facultades de supervisión, inspección y sanción que corresponden a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de acuerdo con el título VIII de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades de contrapartida central deberán velar por la corrección y eficiencia de los procesos de compensación y el control y mitigación del riesgo de contrapartida”, y además “las entidades de contrapartida central tendrán atribuidas funciones de seguimiento y control de la operativa y de los riesgos y garantías de sus miembros”*. Son un complemento, por tanto de la actividad reguladora de la CNMV. Este sistema se introduce en España para homogeneizar el funcionamiento del mercado de valores con los de otros países europeos. En el Derecho europeo se regula en el Reglamento (UE) n.º 648/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones (conocido como Reglamento EMIR) y el Reglamento (UE) n.º 909/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la mejora de la liquidación de valores en la Unión Europea y los depositarios centrales de valores y por el que se modifican las Directivas 98/26/CE y 2014/65/UE y el Reglamento (UE) n.º 236/2012.

De este modo, las evaluaciones de ACC que actualmente quedan fuera de la aplicabilidad del Reglamento UE 1060/2009, no dependerían del control coordinado a nivel internacional, difícil de conseguir, y cuya relevancia se ha destacado especialmente en relación de las ACC pues su actividad permite que afecten a los mercados a nivel mundial⁴⁹⁵, sino que la supervisión y control de las mismas, dado que no se efectúa como si fueran simples operadores, puede sujetarse contractualmente al regulador competente en el lugar donde sus evaluaciones vayan a tener relevancia y vayan a aplicarse. Esta consideración la hacemos especialmente respecto de las tres ACC estadounidenses que captan la mayor parte de las calificaciones, si bien debe decirse que, en la legislación norteamericana las soluciones para regular a las ACC son similares a las incorporadas al Derecho de la Unión Europea, y se introdujeron a través de la *Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de 2010, pero lógicamente quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento UE 2009 sobre ACC⁴⁹⁶.

Técnicamente esta es la solución que consideramos adecuada porque realmente las ACC significativas inciden en el funcionamiento de los mercados, ejerciendo una cuasi-función pública de supervisión de la solvencia, la evalúan, y este es el primer paso hacia su control, hacia la asunción de responsabilidad por sus calificaciones, y por supuesto hacia la mayor transparencia de sus procesos de evaluación.

De este modo, la vinculación de las agencias de calificación crediticia con el supervisor, y la posibilidad de que respondan por los perjuicios que causen en el ejercicio de sus funciones puede conseguirse cambiando el planteamiento regulatorio que se realiza respecto a las mismas, pues en esencia no son operadores financieros. Su papel en el sistema financiero es la evaluación de riesgos, y aunque inicialmente comenzaron a realizar esta actividad de forma privada, como entidad privada y prestando un servicio privado a las entidades financieras, también entidades privadas,

⁴⁹⁵ Se ha destacado la permeabilidad de las evaluaciones crediticias en los mercados internacionales. Vid. SAUGAR ÁLVAREZ R. (2011), “El futuro de la regulación europea de las agencias de calificación crediticia”, en *Perspectivas del Sistema Financiero N.º 103*, «Agencias de calificación crediticia», pág. 28, Ed. Fundación de las Cajas de Ahorros.

⁴⁹⁶ Según su artículo 2.1: “El presente Reglamento se aplicará a las calificaciones crediticias que sean emitidas por agencias de calificación crediticia registradas en la Unión y que se hagan públicas o se distribuyan por suscripción”.

la trascendencia que tiene actualmente esta actividad en el sistema financiero aconseja que se cambie la concepción las mismas, comenzando por cambiar la calificación del servicio que prestan.

Las ACC están realizando una actividad con trascendencia en la esfera de lo público; están llevando a cabo tareas que inicialmente son responsabilidad pública⁴⁹⁷, como es la evaluación de riesgos de entidades y Estados, con efectos en la actividad de supervisión de los reguladores, pues afectan a la toma de decisiones sobre solvencia a la supervisión en sentido estricto y a la concesión de ayudas en un programa de reestructuración o, pueden incidir, en su caso, en la resolución de entidades calificadas como no viables. Siendo así, su desvinculación respecto del regulador no es adecuada, y la manera de vincularlas es calificando estas evaluaciones como una actividad que forma parte de la esfera pública, y considerándose una función pública, o con efectos públicos al menos, de modo que el regulador pueda tener mayor control sobre su actividad y régimen jurídico.

7. LOS PUNTOS DÉBILES DE LA UNIÓN BANCARIA Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.

La justificación del nuevo sistema regulador de los mercados financieros en la Unión Europea reside en la necesidad de proteger el bien jurídico colectivo integrado por la estabilidad financiera en la zona euro, en conexión con el hecho de mantener sin debilidades no sólo las entidades financieras de carácter sistémico, que en el acervo comunitario pasan a denominarse “entidades significativas”, sino las economías nacionales de los Estados miembros que tienen moneda común, a la vista de la conexión entre la estabilidad financiera y la monetaria.

Ambos valores están conectados, pero a veces las decisiones que tiendan a la consecución del primero, pueden perjudicar al segundo y viceversa. Para evitar ese

⁴⁹⁷ El mismo Informe de Larosière considera que su papel en los mercados es cuasi-regulador. Vid. *The high-level group on financial supervision on the UE report*, presidido por J. Larosière, de 25 febrero de 2009 (Bruselas), pág 20, hace referencia a esta cuestión, recogiendo expresamente: «Given the pivotal and quasi-regulatory role that they play in today's financial markets, Credit Rating Agencies must be regulated effectively to ensure that their ratings are independent, objective and of the highest possible quality».

posible conflicto de interés entre ambos valores, y resolver la falta de regulación financiera común que vaya más allá de una simple armonización, se ha ideado una estructura organizativa en la que se integran las Instituciones europeas y algunas autoridades de nueva creación que pretenden preservar la independencia de la regulación financiera frente a las decisiones de política monetaria, y que actúan en colaboración con las autoridades nacionales reguladoras que también se integran en el nuevo sistema.

Estos posibles conflictos de interés siempre han dificultado la toma de decisiones conjuntas en los reguladores nacionales, que deberían basarse sólo por criterios técnicos⁴⁹⁸. Los conflictos de interés, no sólo lo son políticos y económicos, sino incluso, ajustándose a los criterios técnicos que incidan en sus decisiones, pueden generarse tensiones entre los intereses a defender, es decir, puede que las medidas de política económica que interese adoptar no sean las mejores para mantener la estabilidad del sistema financiero o a la inversa. Este problema en concreto, se soluciona para algunos separando las funciones de dirección de la política económica de las de supervisión, aunque tampoco faltan opiniones que a pesar del posible conflicto de intereses es mejor no separarlas porque su centralización es necesaria para que las políticas sean coherentes⁴⁹⁹.

En el sistema introducido con la unión bancaria la independencia se trata de garantizar mediante la creación de la ABE que sí es una autoridad independiente, pero dada su falta de competencias como auténtico regulador, el papel de supervisor prudencial es adoptado por el BCE que tenía atribuida esta función de forma subsidiaria y muy limitada en el TFUE y en marco regulador del SEBC –cuyo origen se

⁴⁹⁸ BENZO A. (2013), “Construir una Unión Bancaria”, en *Papeles de Economía Española*, N.º 137, pág. 41, destaca el autor incluso las dificultades para superar conflictos de intereses incluso entre las políticas monetarias y la actividad de supervisión: «Las nuevas estructuras comunes se enfrentarán a retos muy importantes a la hora de realizar sus tareas de supervisión y control del sistema financiero. En determinadas circunstancias pueden surgir conflictos de interés entre los objetivos de política monetaria y los de supervisión financiera. El BCE deberá gestionar estas situaciones adecuadamente para alcanzar el equilibrio adecuado y no subordinar unas tareas a otras. La información de la que dispondrá el BCE por estas dos funciones le concede una posición idónea para poder valorar adecuadamente todos los riesgos y de esta forma internalizar estos conflictos para tomar en cada caso las medidas más apropiadas».

⁴⁹⁹ Sobre las ventajas y desventajas de seguir una u otra línea vid. LASTRA R.M. (2010), “Modelos de regulación financiera en el Derecho comparado”, en MUÑOZ MACHADO y VEGA SERRANO (dirs.), *Regulación económica, Vol. X Sistema Bancario*, pág. 268-269, Ed. Iustel (Madrid).

encuentra en el aspecto de la política monetaria común y no en la actividad de supervisión-. Esto no elimina la posibilidad de que se puedan seguir dando algunos conflictos de interés, dado que no se han desligado por completo ambas funciones. Separarlas requeriría la reforma del TFUE.

Las potestades reguladoras que se extienden sobre la supervisión prudencial, la intervención temprana de entidades y la resolución bancaria, así como sobre la aplicación de los fondos del FUR, MEDE, o Fondos de Garantía de Depósitos, cada cual en los casos previstos respectivamente, se ejercen a través de una red de supervisores que descansa en una compleja distribución de competencias entre los reguladores europeos y nacionales de los Estados miembros. Esto se debe tanto a causas prácticas como la inexperiencia de los reguladores europeos, o como el gran número de entidades a supervisar, y a causas jurídicas, como la falta de una base jurídica adecuada en el TFUE, que no ha sido reformado, para atribuir las competencias necesarias a los reguladores europeos, y que no las ostentan por completo en las diferentes facetas referidas antes.

Respecto al lugar que ocupan los Fondos de Garantía de Depósitos en el nuevo sistema, cabe añadir que estos también han sido objeto de reforma legislativa, pues se consideran un instrumento de la actividad de control⁵⁰⁰. La Directiva 2014/49/UE, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos, deroga la anterior Directiva 94/19/CE que acogía el principio de armonización mínima⁵⁰¹. Frente a la anterior regulación, la Directiva 2014/49/UE, va mucho más allá al regular de forma uniforme la protección para los depositantes en toda la UE, y al mismo tiempo garantiza el mismo nivel de estabilidad de todos los Sistemas de Garantía de Depósitos. Ciertamente es un complemento de los nuevos mecanismos europeos, porque al quedar reducidas y deberse controlar, en aplicación de los tres Mecanismos (MUS, MUR, y MEDE), las intervenciones de entidades en problemas, el resultado de la limitación de los rescates públicos a la banca, conduciría si no se regulase adecuadamente este sistema de garantía de depósitos, a una situación de desprotección de los inversores-depositantes-consumidores de productos financieros,

⁵⁰⁰ MACCARONE S. 2013), "Il Fondi di garanzia dei depositante come strumento di Vigilanza", en NIGRO A. (Dir.), *Diritto della banca e del mercato finanziario Vol.I*, Ed. Pacini (Pisa), pág. 429.

⁵⁰¹ Considerando 6 de la Directiva 2014/49/UE, de 16 de abril de 2014

pues los procesos de crisis de entidades de crédito supondrían la absorción, al menos en parte, de las pérdidas de una posible bancarrota (*bail in*).

Los sistemas de garantías de depósitos han recibido tradicionalmente críticas porque permiten la entrada del riesgo moral en la actividad de las entidades, bajo la hipótesis de que si éstas prevén que se garanticen a los clientes sus depósitos ante posibles pérdidas, nada les obliga a que observen los límites de exposición a riesgos⁵⁰². Una de las posibilidades para controlar esta asunción de riesgo es aplicar el principio de proporcionalidad y hacer contribuir en mayor medida a la dotación del fondo a las entidades que tengan una exposición de riesgos mayor. Esta posibilidad traslada la cuestión a la determinación y medición de los riesgos asumidos por las entidades y a la intervención en esta tarea de las Agencias de Calificación Crediticia.

Por todo lo anterior, la reducción del hipotético riesgo moral de las entidades financieras, sin perjudicar a los depositantes y que además, opera al margen de los resultados de las evaluaciones de riesgo ofrecidas por las Agencias de Calificación Crediticia, debería dar lugar a que los fondos de garantía de depósitos se configurasen como mecanismos subsidiarios, aunque su posición es distinta respecto a la aplicación del FUR y respecto de la aplicación del MEDE. El FUR se debería aplicar en un contexto de reestructuración de entidades viables, mientras que si la reestructuración no es posible, estaremos ante un caso de resolución y liquidación de la entidad, y es este el supuesto en que se debe aplicar el Fondo de Depósitos Bancarios correspondiente, que lo que hace es garantizar a los inversores-depositantes-consumidores su inversión dentro de los límites legales. Aun así, se prevé en el artículo 79 del Reglamento de MUR que el FUR se aplique en caso de resolución de forma subsidiaria a los Fondos de Garantía de Depósitos. Por su parte, el MEDE, es un mecanismo de rescate a aplicar cuando la estabilidad del sistema financiero esté comprometida, no por la inestabilidad de entidades individuales, y aunque se puede aplicar para el rescate del sector financiero, realmente es un medio para rescatar Estados con economías nacionales hundidas, y de esta última condición dependerá que se aplique para aportar liquidez al conjunto de la economía del país afectado o

⁵⁰² Vid. GÓMEZ FERNÁNDEZ AGUADO, PARTAL UREÑA, y TRUJILLO PONCE (2013), "Sistemas de Garantía de Depósitos: Impacto de la propuesta de la UE en el sector bancario español", en *Universia Business Review*, nº 37, pág. 88.

sólo de un sector, como el bancario. Como regla general, las limitaciones de los artículos 123 y ss TFUE, para no comprometer los presupuestos de la Unión Europea y de los Estados miembros, son aplicables a todos estos mecanismos. La cuestión radica en la financiación de cada uno de ellos: Dejando al margen lo indicado respecto del MEDE, pues al ser una institución no estrictamente europea, funciona al margen de ella en algunos aspectos, el FUR se financia a través de las aportaciones de las entidades de crédito, recaudadas a escala nacional que se agrupan con un acuerdo intergubernamental sobre la transferencia y progresiva mutualización de dichas aportaciones⁵⁰³, considerándose en relación con las limitaciones de los artículos 123 y ss TFUE que «solo una ayuda financiera pública extraordinaria afecta a la soberanía y las competencias presupuestarias de los Estados miembros. En particular, no debe considerarse que afectan a la soberanía ni a las competencias presupuestarias de los Estados miembros las decisiones que impliquen la utilización del Fondo o de un sistema de garantía de depósitos»⁵⁰⁴. De este modo, se establece que tanto el FUR como los Fondos de Garantía de Depósitos no vulneran dichas limitaciones del TFUE si estamos ante la dotación ordinaria de los mismos con cargo a aportaciones de las entidades de crédito, ni su aplicación, y que sólo las vulneraría una aportación extraordinaria con cargo a los presupuestos públicos.

Centrándonos en el sistema de Fondos de Garantía de Depósitos, el considerando nº 14 de la Directiva 2014/49/UE, declara que su principal función es «proteger a los depositantes frente a las consecuencias de la insolvencia de una entidad de crédito»; El carácter definitivo e irreversible de esa insolvencia debe ser el elemento a valorar para proceder a su aplicación. De hecho la actual Directiva 2014/49/UE, en su artículo 11.2 lo vincula con los procesos de resolución de entidades de crédito, de modo que estos fondos «se utilizarán con el fin de financiar la resolución de entidades de crédito con arreglo al artículo 109 de la Directiva 2014/59/UE», por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

⁵⁰³ Considerando nº 19 del Reglamento (UE) nº 806/2014.

⁵⁰⁴ Íbidem anterior.

Sin embargo, al regular la cobertura mínima obligatoria de 100.000 euros que prevé la Directiva reguladora de los Fondos de Garantía de Depósito, se prevé en el artículo 6.1 que esta cobertura se aplique cuando se trate de depósitos no estén disponibles, siendo depósito no disponible según el artículo 2.8 de la Directiva 2014/49/UE, «todo depósito que haya vencido y sea pagadero pero que no haya sido pagado por una entidad de crédito con arreglo a las condiciones legales y contractuales aplicables al respecto, cuando: a) las autoridades administrativas competentes hayan determinado que, en su opinión, la entidad de crédito de que se trate se encuentra de momento, por razones directamente relacionadas con su situación financiera, en la imposibilidad de restituir los depósitos y la entidad no parece tener perspectivas de poder hacerlo en ese momento, o b) una autoridad judicial haya adoptado una decisión, por razones directamente relacionadas con las circunstancias financieras de la entidad de crédito, que tenga el efecto de suspender el derecho de los depositantes de reclamar contra dicha entidad».

Por lo que, realmente, no está totalmente vinculado con los procesos de resolución de entidades de crédito, debiendo ser, en teoría, un instrumento de garantía subsidiario y residual, y esto es lo que no elimina el riesgo moral por completo. En este sentido, se puede añadir que las autoridades administrativas competentes a las que se refiere el artículo 2.1.8), por la remisión que el artículo 2.1.17) de la misma Directiva hace al artículo 4, apartado 1, punto 40, del Reglamento (UE) nº 575/2013, serán las autoridades públicas u organismos oficialmente reconocidos en el Derecho nacional, con facultades con arreglo al Derecho nacional para supervisar entidades como parte del sistema de supervisión vigente en el Estado miembro de que se trate. Siendo estas autoridades las que a efectos del MUS son Autoridades Nacionales Competentes (en el caso de España, será el Banco de España), se desvincula por completo el acuerdo para que responda el fondo de garantía de los procesos de supervisión del MUS y de resolución del MUR que queden en manos de BCE o FUR por haberse calificado como significativas. Si quedara vinculada la aplicación del fondo de garantía a los casos de resolución definitiva de entidades de crédito, la autoridad competente para declarar la imposibilidad de restituir los depósitos sería la misma que asume la función de supervisión o de resolución.

Las decisiones de las autoridades responsables para determinar esas dificultades financieras en la restitución de los depósitos, pueden también dar lugar a responsabilidad de las mismas, máxime si los elementos que determinan la imposibilidad de restitución no están bien definidos, y operan al margen de los datos que maneja el BCE o el FUR respecto a las entidades supervisadas o en proceso de resolución. En este caso se podría encontrar el Banco de España, sobre todo respecto a los Sistemas Institucionales de Protección (SIP), que pueden ser reconocidos como los fondos de garantía de depósitos (ex considerando 17 de la Directiva 2014/49/UE), y que es una fórmula de compromiso mutuo de solvencia y liquidez que introdujo en España el artículo 25 del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, para propiciar la denominada *fusión fría* de diversas cajas de ahorros.

En general, la construcción de la unión bancaria debe ser valorada positivamente por lo que supone, realmente se ha avanzado mucho en convergencia e integración entre los Estados miembros en lo referente a regulación financiera, ya que antes de la crisis que ha detonado la reforma no encontrábamos un auténtico sistema de regulación financiera europeo, sino normas armonizadoras que sólo hacían referencia a algunos puntos ahora integrados en un sistema regulador único.

A pesar de esto, todos los problemas desde los que se partía no han podido ser solucionados por completo, y con la unión bancaria, además, surgen problemas nuevos, que con toda seguridad, se corregirán con el tiempo, pero la mayor parte de ellos radica en la falta de competencias de base jurídica sobre los que se cimientan los mecanismos que la integran o en la determinación de las consecuencias del fraccionamiento competencial, por ejemplo, en lo referente a la responsabilidad extracontractual por defectos en la actividad compartida. Este sistema se instrumenta sobre los principios de cooperación y coordinación entre autoridades europeas y nacionales, hasta tal punto que hay supuestos en los que va a compartirse la responsabilidad en estos casos, debiendo resolverse como un supuesto de concurrencia de culpas entre ellos, pero siendo difícil en algunos casos, concretar en qué medida son responsables cada uno y siendo difícil determinar a qué autoridad

judicial podrían corresponderle las competencias para su determinación –TJUE, o jueces y tribunales nacionales-⁵⁰⁵.

La mayor debilidad del modelo de la unión bancaria, por ahora, se encuentra en la falta de competencias supervisoras de las autoridades europeas, donde el fraccionamiento de competencias y funciones requiere una ardua labor de coordinación, que a pesar de todo tiende a estrechar el vínculo entre los miembros de la Unión Europea.

Fijándonos en el sistema estadounidense, podemos observar que, aunque también allí encontramos una distribución competencial en materia de supervisión bancaria, no encontramos en su sistema las mismas debilidades, y esto es porque aunque tanto el Gobierno Federal de los Estados Unidos como la Unión Europea pretende regular de forma uniforme ciertos aspectos de un mercado bancario “atomizado”⁵⁰⁶, existen otros rasgos diferenciales, como el hecho de que la distribución competencial en un caso y en el otro son totalmente inversas: mientras en Estados Unidos las agencias supervisoras estatales ejercen sus competencias dentro de un sistema en que las agencias y órganos supervisores federales cuentan con una posición fuerte y prominente frente a la supervisión estatal –prueba de ello es la cláusula de la supremacía (*supremacy clause*)-, en la unión bancaria, se sigue el proceso inverso, puesto que las autoridades supervisoras europeas, tienen unas competencias muy limitadas que están por desarrollar, donde la actividad de supervisión prudencial depende mucho de los supervisores nacionales, y donde la principal labor de las autoridades europeas es coordinar y armonizar la actividad de control seguida por los supervisores de los Estados miembros⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ UGENA TORREJÓN, R. (2014), “El Mecanismo Único de Supervisión Europeo”, en *Revista de Actualidad Uría Menéndez*, nº 36, pág. 17. El autor destaca que «Una cuestión interesante podrá suscitarse en aquellos casos en que las ANC hayan actuado siguiendo una instrucción del BCE. Dependiendo de la concreción de esta última, podríamos llegar a supuestos en los que se haya producido una auténtica traslación de la capacidad de decisión material y, en esos casos, ¿habría que mantener una interpretación diferente respecto de las reglas de competencias para la revisión judicial o, yendo más allá, las reglas de imputación de responsabilidad patrimonial?».

⁵⁰⁶ VEGA SERRANO J.M. (2011), *La regulación bancaria*, pág. 81, Ed. La Ley.

⁵⁰⁷ También hay opiniones que ponen el acento en las similitudes de ambos sistemas tras la reforma europea. Vid. DE LA SIERRA FLORES, M (2010), “La Junta Europea de Riesgo Sistémico”, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil nº 2010/28, pág. 5, disponible en el archivo institucional EPrints Complutense <http://eprints.ucm.es/>, donde la autora, destaca que “Mediante una

Se ha señalado, con carácter general, que el Derecho de la Unión Europea siempre ha contribuido a la formación de una cooperación transfronteriza, siendo este método de especial ayuda para lograr mayor integración europea sin la creación de nuevas estructuras⁵⁰⁸. Esta idea se puede afirmar, aunque parcialmente, respecto al actual sistema de la unión bancaria, ya que salvo algunas autoridades recientemente creadas (ABE, JERS, etc.), en una gran parte el sistema se construye sobre instituciones europeas ya existentes como el BCE y sobre las ANC ó ANR, también ya existentes. Es, desde este punto de vista, desde donde podemos plantearnos el papel armonizador del Derecho europeo para mejorar no sólo la actividad de control que estamos tratando, sino en general, las prácticas jurídico-administrativas comunes para fortalecer en todo el ámbito de la Unión Europea la extensión del principio de buena administración⁵⁰⁹.

La buena administración supone la aplicación de un catálogo de principios como son la transparencia, responsabilidad, imparcialidad, profesionalidad, productividad, proporcionalidad, legalidad, y facilidad para desarrollar su actividad de control. Este último que está estrechamente vinculado con la actividad de supervisión, a su vez implica que la Administración puede desarrollar su propia técnica para lograr efectividad y eficacia en su actuación, garantizar que esta sea rápida, y finalmente una buena organización, cuestión esta que hace referencia a la adecuación de su estructura organizativa⁵¹⁰. Tal vez la coordinación requerida por las normas europeas que regulan la supervisión financiera europea, debe ser enfocada como cooperación transfronteriza de las autoridades nacionales, quedando alineadas con las autoridades europeas, pues esto permitiría introducir en esta actividad de control los valores

construcción que se aproxima a la estructura norteamericana, el legislador europeo establece el cuadro de instituciones, mecanismos y autoridades”.

⁵⁰⁸ NYCZYPORUK J. (2004), “Legal issues of cross-border co-operation”, en SLUGOCKI J. (Ed.), *Public Administration and Administrative Law in the face of the European integration*, pág. 46, Ed. SLUGOCKI – UNIWERSYTET SZCZECINSKI (Szczecin, Polonia).

⁵⁰⁹ El derecho de los ciudadanos a una buena administración se recoge expresamente en el Derecho de la Unión europea, en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, tiene mayor trascendencia jurídica puesto que con el mismo, la Carta de los Derechos Fundamentales tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, reconociéndosele, por tanto, carácter de instrumento jurídicamente vinculante.

⁵¹⁰ WACINKIEWICZ D. (2004), “The catalogue of fundamental questions concerning the quality control of public administration”, en SLUGOCKI J. (Ed.), *Public Administration and Administrative Law in the face of the European integration*, pág. 198-203, Ed. SLUGOCKI – UNIWERSYTET SZCZECINSKI (Szczecin, Polonia).

mencionados, y salvar algunos problemas derivados de la complejidad estructural de la organización actual. Recordemos, en este punto, que la falta competencial de las autoridades europeas de supervisión es un problema que se da desde siempre en la regulación financiera internacional, porque, como se ha visto, la regulación supranacional, ya sea europea, ya sea internacional, exige una cesión de soberanía difícil de aceptar por los Estados⁵¹¹.

La culminación del proceso de integración en lo referente a supervisión, sería la creación de un supervisor europeo con todos los poderes necesarios, e incluso, el paso siguiente, sería un supervisor único internacional. Para llegar a esto, falta aún tiempo, y más experiencia en materia de supervisión por parte de las Instituciones europeas; tanto en estas, como a nivel internacional⁵¹², indudablemente, es necesaria la cesión de las competencias oportunas, tal vez cuando se sufra otra crisis sistémica y no hayan sido suficientes las medidas adoptadas hasta ahora, se ceda más en este sentido por los Estados, al ver la necesidad de ello.

Cualquiera que sea la fórmula a seguir para lograr mayor integración, lo cierto es que se ajusta a la necesidad de que se despliegue la acción pública de la Unión Europea tendente a una mayor convergencia de las prácticas de supervisión, basándose en la siguiente idea, contenida en el Informe de Larosière, «Disponemos, en esencia, de dos opciones: la primera, “chacun pour soi”, es decir, que cada cual “vaya a lo suyo”, consistente en las llamadas soluciones de “empobrecer al vecino”; o la segunda, que radica en una cooperación europea más estrecha, más pragmática y sensata, que redunde en beneficio de todos para proteger una economía mundial que

⁵¹¹ FERNÁNDEZ ROZAS J.C. (2012), “El laberinto de la supervisión financiera en la Unión Europea, Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea”, en *Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, pág. 916, Ed. Tirant Lo Blanch (Valencia). Ver también ALEXANDER K. (2001), “The Need for Efficient International Financial Regulation and the Role of a Global Supervisor”, *Journal of Money Laundering Control*, vol. 5, nº 1, pág. 52-55.

⁵¹² A la falta de *enforcement* del derecho internacional de regulación financiera ya nos hemos referido. Vid. también FERNÁNDEZ ROZAS J.C. (2012), “El laberinto de la supervisión financiera en la Unión Europea, Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea”, en *Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, pág. 916, Ed. Tirant Lo Blanch (Valencia). En relación con la falta de competencias del FMI, es interesante el documento del propio FMI, *A Strategy for IMF Reform*, (2006), International Monetary Fund, Policy Analyses in International Economics, nº 77, Washington.

presenta un alto grado de apertura. Esta última opción proporcionará indudables beneficios económicos»⁵¹³.

La mayor dificultad para llegar a instaurar un verdadero sistema de regulación único se encuentra también, manteniendo un punto de vista armonizador, en el hecho de que la función de control en cada Estado miembro no se ejerce exactamente igual, de modo que no existen en todos ellos órganos equivalentes, diferencia que resulta de que hay Estados que acogen el modelo integrado o de supervisor único (este modelo funciona en catorce Estados miembros: Alemania, Austria, Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Suecia y República Checa –algunos no forman parte de la zona euro-), otros el sectorial (este modelo se acoge en ocho Estados miembros: Bélgica, Chipre, España, Grecia, Portugal, Rumania, Eslovenia y Luxemburgo), y otros aplican el de *twin peaks* (como Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Reino Unido)⁵¹⁴. Con el sistema europeo de supervisores, que es mixto en cuanto que acoge los dos últimos modelos, se puede conseguir cierta armonización, porque la información se centraliza y además se pone en común en el Comité Mixto de Supervisores, en la que participan todos ellos, pero el problema será establecer normas que deban ser aplicadas individualmente por los supervisores si no hay una total identidad de funciones, y también, por el mismo motivo lograr una auténtica cooperación transfronteriza entre las autoridades nacionales competentes.

También hemos puesto de relieve en las páginas anteriores, diferencias entre los ordenamientos de los Estados miembros, en cuanto al concepto de servicio público que asumen, cuestión que repercute en la extensión y alcance de la responsabilidad patrimonial por defectos de supervisión o en el ejercicio de los poderes de resolución, y que de forma simétrica determina el alcance de la transparencia exigible a las Administraciones públicas.

⁵¹³ Informe Larosière, Bruselas 25 de febrero de 2009, p.4. Recuperado el 3 de diciembre de 2013 en http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf

⁵¹⁴ DE HOCES J.R, Y GARCÍA-PERROTE G. (2010), “La nueva arquitectura europea para la regulación y supervisión financiera”, *Working Paper IE Law School*, AJ8-174, 05-12-2010, pág. 6, Ed. IE Law School, publicado por IE Publishing (Madrid).

Llegado este punto, parece que toda la construcción de la unión bancaria aporta, en muchos aspectos, un sistema avanzado respecto al anterior, pero no definitivo. Sin ninguna duda, esta es una fase más hacia su evolución futura.

La reforma en la Unión Europea ha supuesto, además, la reforma de la regulación financiera particular de aquellos Estados miembros que se integran en la unión bancaria, entre ellos España. Este efecto sigue la tendencia general de todos los sectores regulados en los que se recibe en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros impulsos transformadores desde el Derecho de la Unión Europea⁵¹⁵.

⁵¹⁵ DOBKOWSKI J. (2004), "Europeanisation of normative grounds for actions of Administrative powers", en SLUGOCKI J. (Ed.), *Public Administration and Administrative Law in the face of the European integration*, pág. 393, Ed. SLUGOCKI – UNIWERSYTET SZCZECINSKI (Szczecin, Polonia).

CAPÍTULO III

LA REFORMA DE LA SUPERVISIÓN BANCARIA EN ESPAÑA

1. EL SUPERVISIÓN BANCARIA EN ESPAÑA.

1.1. Problemas particulares de supervisión bancaria en España y justificación de la reforma.

La actividad de supervisión financiera en España siempre ha recibido críticas por dar cabida a debilidades estructurales y originarias propias, destacando especialmente la falta de una regulación ordenada, pues siempre ha estado dispersa la normativa aplicable y con superposición de unas normas sobre otras⁵¹⁶. También ha recibido críticas por la falta de claridad en la determinación de las competencias del regulador al recogerse un sistema de supervisión dual⁵¹⁷, y la falta de independencia real del supervisor, quedando excesivamente vinculada su actuación a las tendencias políticas⁵¹⁸.

En nuestro país, en el momento de sobrevenir la crisis financiera iniciada en 2007-2008, se apreciaba una gran dispersión normativa, de modo que la ordenación del sistema financiero se encontraba contenida en distintas normas, que en conjunto se consideraban deficientes, porque con normas específicas se regulaban sólo aspectos parciales, sin existir una norma general de suficiente cobertura que regulara estructuralmente el sistema⁵¹⁹. Se consideraba además que las potestades de control

⁵¹⁶ TAPIA HERMIDA A. (1987), "Líneas generales de la evolución histórica del Derecho público bancario", en MARTÍN-RETORTILLO, S., (Dir.), *Estudios de Derecho Público Bancario*, Ed. Ceura, Madrid, pág. 39.

⁵¹⁷ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2014), "La crisis de las cajas y la respuesta legislativa", en COLINO MEDIAVILLA J.L. y GONZÁLEZ VÁZQUEZ J.C. (Eds./Dir.), Ed. Comares, Granada, pág. 9.

⁵¹⁸ En relación con la necesaria independencia del Banco de España y su compatibilidad en un Estado constitucional que diseña una distribución de poderes en la que el mismo Banco de España debe estar vinculado al Ejecutivo, vid. SALERMO A. (1997), "El régimen jurídico del Banco de España", en *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 17, Nº 50, especialmente pág. 294. También, ARIÑO G. y GARCÍA M. (2013), *Vindicación y reforma de las cajas de ahorros*, Ed. Civitas, Madrid, págs. 155 y 156.

⁵¹⁹ De hecho, la LDIEC de 1988 se centraba en el aspecto disciplinario de las entidades, resolviendo sólo de forma incidental otros aspectos vinculados con la supervisión de las entidades, ya que la misma Exposición de Motivos declara que esta labor es una tarea demasiado compleja. En este sentido, de forma expresa, la Ley 26/1988 recoge que "En defecto de una ley general sobre ordenación de la

que los reguladores ejercían en la actividad de supervisión bancaria carecían de una base normativa detallada, que sí se podía encontrar en otros ámbitos sectoriales en los que también se producía una similar intervención administrativa⁵²⁰. A ello se añadía que las competencias para la ordenación de la actividad de crédito, estaban distribuidas, desde la aprobación de la Constitución española de 1978, entre Estado y Comunidades Autónomas, sobre todo, en relación con el sector de las cajas de ahorros, reparto este que ha sido siempre fuente de conflictos positivos de competencias a resolver por el Tribunal Constitucional⁵²¹.

Con la reforma, el problema de la dispersión normativa no se soluciona porque encontramos ahora más normas de las que antes existían, y el panorama normativo todavía es más complicado al dar cabida a la regulación europea, como consecuencia de la creación de la unión bancaria, a pesar de que uno de los objetivos de la misma es la formación de un Código Normativo Único o *Single Rulebook*, tarea que se proyecta de conformidad con las razones contenidas en el considerando nº 10 de la Directiva 2013/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo. El conjunto regulador europeo ha dado lugar a un enorme desarrollo normativo en nuestro país con la finalidad de lograr la adaptación del Derecho interno al europeo.

El problema de la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en la ordenación del crédito, sí ha sido objeto de cambios significativos en lo referente a su aplicación práctica, tras la reestructuración del sector de las cajas de ahorros y la introducción de la figura de las fundaciones bancarias como entidades que ejercen indirectamente la actividad bancaria. Para entender la importancia de la

actividad de las entidades de crédito, cuya necesidad se deja sentir, pero que, por su complejidad, no puede abordarse con premura, se ha considerado conveniente aprovechar la aprobación de esta Ley para resolver ciertos problemas sustantivos importantes del régimen legal de las diversas categorías de entidades financieras". Sobre los defectos de la regulación bancaria en España se ha destacado ser una normativa confusa que suele incluir centenares de disposiciones de diferente rango jerárquico, algunas de las cuales se encuentran parcialmente derogadas, creando un sistema en el que es difícil obtener un alto grado de seguridad jurídica. En este sentido, TAPIA HERMIDA, A. (1987), "Evolución histórica, situación y perspectivas generales del Derecho público bancario español", en MARTIN-RETORTILLO, S., *Estudios de Derecho Público Bancario* (Dir.), Ed. Ceura, Madrid, págs. 52 y 53.

⁵²⁰ IZQUIERDO CARRASCO M. (2012), "La supervisión pública sobre las entidades bancarias", en REBOLLO PUIG, M., *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 194.

⁵²¹ FUERTES SUAREZ, J.L. (1987), "La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de ordenación del crédito y la banca", en MARTIN-RETORTILLO S., *Estudios de Derecho Público Bancario*, Ed. Ceura, Madrid, págs. 152.

reforma, en este Capítulo nos referiremos a la problemática tradicional que afectaba a las cajas de ahorros, así como a los cambios introducidos con la reestructuración del sector y la reforma de su régimen jurídico. La importancia de su reforma es grandísima, puesto que desde el inicio de la crisis 2007-2008, se había destacado que uno de los mayores problemas a solucionar en el sistema financiero español era el de proporcionar una regulación adecuada para las cajas de ahorros, y advirtiéndose que las mismas constituían el punto débil de la estabilidad crediticia en España, se consideraba que el legislador se encontraba ante una auténtica encrucijada jurídica para regularlas, encrucijada que se derivaba de su particular naturaleza jurídica y de la compleja división de competencias de control público sobre ellas⁵²².

La reforma en España afecta especialmente al sector de las cajas de ahorros, en el que centraremos gran parte de nuestro estudio, pero no debemos olvidar que la totalidad del sistema financiero español se ve afectado por la creación de la unión bancaria, que condiciona ahora el alcance e interpretación de las normas nacionales a nivel interno, siendo inmensa la cantidad de normas de distinto rango jerárquico aprobadas con la finalidad de adaptar el sistema de supervisión español al europeo.

En gran medida, a los problemas generales que supone la recepción en España del sistema de supervisión único a través del MUS, de la posibilidad de intervención pública en entidades a través del MUR, y de la posibilidad de efectuar un rescate a través del MEDE, ya nos hemos referido en el Capítulo II, motivo por el que centraremos el análisis de la reforma en España a los cambios realizados en el sector de las cajas de ahorros, y a la concreción a nivel interno de las funciones como supervisor del Banco de España, como ANC integrada en la red de supervisores del MUS.

Del mismo modo, la reforma ha supuesto también la ampliación de lo que se considera supervisión prudencial, como se ha examinado en el Capítulo I, al tratar de

⁵²² SALVADOR ARMENDÁRIZ M.A. (2012), “Novedades de la regulación bancaria”, en REBOLLO PUIG, M., *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 402. En el mismo sentido, GARCÍA RUBIO F. (2012), “El preocupante presente e incierto futuro de las cajas de ahorro. Reflexiones sobre su régimen jurídico”, en REBOLLO PUIG, M., *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid, págs. 627 - 661.

delimitar este concepto, mediante el análisis de la LOSSEC de 2014⁵²³, y Reglamento aprobado por Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, así como teniendo en cuenta las correlativas normas europeas en la materia, especialmente el Reglamento UE nº 575/2013, y la Directiva 36/2013/UE. En este Capítulo nos referiremos a la

⁵²³ La LOSSEC recupera parcialmente, como instrumento de transparencia del mercado, algunos antecedentes remotos de regulación bancaria consistentes en dar publicidad a la situación financiera. Estos antecedentes se encontraban en el Derecho romano antiguo y, aunque con diferente fundamento, suponían una incipiente regulación bancaria. La importancia de estos antecedentes radica, no tanto en el hecho de que contengan una regulación completa y exhaustiva de la actividad, pues no la contienen, precisamente por la falta de sistematización del Derecho Administrativo Romano y por el hecho de que, en el fondo, en algunos casos forman parte de la regulación de relaciones privadas entre ciudadanos, careciendo en aquel momento, de la dimensión de Derecho público que hoy caracteriza a la regulación de la actividad bancaria, sino en el hecho de que contemplan aspectos puntuales de la regulación que actualmente resultarían aplicables, e incluso se centran en aspectos que no están bien resueltos en la regulación moderna. Vid. FERNÁNDEZ BUJÁN A. (2000), *Derecho Público Romano y recepción del Derecho Romano en Europa*, Ed. Civitas (Madrid), pág. 205-206, y SALVADOR ARMENDÁRIZ M.A. (2011), “El riesgo sistémico en la regulación bancaria: Respuestas tras la crisis”, en DE LA CUÉTARA MARTINEZ, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, Y VILLAR ROJAS, *Derecho Administrativo y regulación económica*, Liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz, Ed. La Ley, Madrid, pág. 1381. El antecedente más claro de regulación bancaria en Roma, con la finalidad de garantizar cierta protección a quien celebrara negocios jurídicos con un banquero asumiendo una posición acreedora, se regulaba la contabilidad de los banqueros en el Título XIII del Libro segundo del Digesto, contabilidad que debía ser llevada y actualizada al día. En este sentido, GIMÉNEZ BARRIOCANAL F. (2003), ob. cit. *La actividad económica...*, pág. 60. Su regulación se recogía en el título XIII, del Libro II del Digesto (Dig. 2.13.4.pr.) imponiendo que: “los empresarios comuniquen la cuenta que les afecta con indicación del <<día>> <<mes>> y <<del año>> a consultar”, y VELASCO GARCÍA, C. (1985), “Algunas observaciones sobre la 'Societas argentaria'” en *Historia. Instituciones. Documentos*, Nº 12, Ed. Universidad de Sevilla; Con cita a Gayo l.4.64, págs. 135. Mucho antes de que surgiese en el Derecho moderno la noción de consumidor, en el Derecho Romano ya se estaba dispensando una protección especial a quien efectuase negocios jurídicos con un banquero (los negocios jurídicos propios de los banqueros o argentarii eran la realización de pagos, colocación o depósito de capitales con interés, depósito de valores, préstamo a interés, liquidación de bienes hereditarios y no hereditarios -Vid. Ulpiano lib. 4 ad edictum; D. 2.13.4, 6, y 7-), aunque el fundamento de esa protección especial no radicara, como ocurre hoy en día, ni en la intención de salvaguardar la estabilidad de todo un sistema financiero, ni en la posición más débil del consumidor, sino en la misma esencia de las obligaciones de origen contractual asumidas por el banquero como consecuencia de sus negocios jurídicos, por valorarse ya en aquel momento, que la actividad bancaria entrañaba cierto riesgo de pérdidas. Lo curioso es que en el Derecho moderno, hasta muy recientemente, las entidades bancarias no han tenido obligación de mostrar la información de su situación financiera a sus clientes (más allá de la obligación de depósito y publicación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de las mismas, según el tipo social adoptado), aunque sí que se han sujetado a la revisión y control de las autoridades financieras, regulándose también el modo de confeccionar las cuentas anuales por parte de las entidades de crédito. En el Derecho Romano la supervisión de las cuentas también era pública y estaba encomendada al praefectos urbi y a los gobernadores de las provincias desde la etapa imperial. Ulpiano lib. singulari de officio praefecti urbi; D. 1.12.1.9. Citado en VELASCO GARCÍA, C. (1985), “Algunas observaciones sobre la 'Societas argentaria'” en *Historia. Instituciones. Documentos*, Nº 12, págs. 134. Ed. Universidad de Sevilla. En la Antigüedad, la regulación de la contabilidad de los banqueros, o más bien de su comunicación o exhibición a quien celebrara negocios jurídicos con aquellos asumiendo una posición jurídica acreedora frente a ellos, se fundamentaba en el interés público de la actividad de crédito, pero no dirigida a garantizar la estabilidad de la economía, sino a garantizar la protección jurídica de la contraparte. Su fundamento no se encontraba en el Derecho público sino en el privado, pero al garantizar la solvencia del banquero en las relaciones privadas, se estaba ya iniciando la actividad reguladora de los poderes públicos en las operaciones de crédito.

incidencia de la nueva extensión de ese concepto en la determinación de lo que se debe considerar como básico en la actividad pública de ordenación del crédito, pues incide la expansión de aquel en el aumento de las competencias del regulador estatal, planteando esta cuestión desde la óptica de la distribución de competencias en España entre Estado y Autonomías, situación a la cual afecta decididamente.

Los defectos en el sistema español participan, en parte, de los defectos generales que afectan todos los demás sistemas financieros a nivel mundial⁵²⁴. En el momento en que quebrara la entidad estadounidense Lehman Brothers, en septiembre de 2008, y el pánico financiero se extendiera por los mercados de todo el mundo, el mercado de crédito europeo también resultó afectado, hecho que obligó a que el Banco Central Europeo inyectara enormes cantidades de liquidez, como también hicieron otros bancos centrales nacionales -como el Banco de Inglaterra y el Banco Central Suizo-. Posteriormente, la restricción de liquidez se comunicó también al sistema financiero español, aunque el problema de fondo en la crisis del sector bancario español y el proceso seguido hasta encontrarse en situación de crisis económica, no fueron idénticos a los de otros países, pues en España, encontramos defectos propios de su sistema regulador⁵²⁵, y la sobreexposición al riesgo de insolvencia de algunas entidades, especialmente en el sector de las cajas de ahorros, respondía a la propia problemática jurídica y política de las mismas⁵²⁶, y a los defectos de su supervisión evidenciados en ese momento⁵²⁷. Además de las mismas debilidades

⁵²⁴ LEÓN SANZ, F.J. (2014), "Los fundamentos de los requisitos de capital en la regulación de las entidades de crédito", en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dir.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra), págs. 53 -55.

⁵²⁵ En España, a pesar de que originariamente, los operadores financieros no se caracterizaban, como en otros países, por la inversión en fondos muy apalancados, igualmente la liquidez de los mismos se vio afectada por la crisis económica global, agravándose por la paralización de ciertos sectores económicos, como el de la construcción.

⁵²⁶ La propia fisonomía de las cajas de ahorros ha sido siempre el talón de Aquiles del Banco de España como supervisor. Desde el punto de vista jurídico, su discutida naturaleza que las aproxima a una especie de ente de carácter fundacional, ha incrementado durante décadas los conflictos competenciales entre Estado y Comunidades Autónomas respecto a las mismas. Desde el punto de vista político, la influencia de los gobiernos regionales (Ayuntamientos y Comunidades Autónomas) en su gestión a través de las participaciones representativas en los órganos rectores de las mismas, daba lugar a la aplicación de criterios más políticos que técnicos en su gobernanza. Sobre la politización de las cajas de ahorros vid. UREÑA SALCEDO J.A. (2005), *La influencia pública en las Cajas de Ahorros*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, pág. 133 a 135.

⁵²⁷ Desde el año 2009 se hacía referencia a la crisis de las cajas de ahorros, destacándose que la crisis realmente lo era de la regulación de la figura jurídica, vid. SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2014), "La crisis de las cajas y la respuesta legislativa", en COLINO MEDIAVILLA J.L. y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C.,

que en otros Estados que estaban comenzando a adoptar el modelo de Basilea II, los problemas del sistema financiero español venían potenciados por la peculiar organización española en autonomías, pues los conflictos de competencias entre los reguladores no creaban el mejor contexto para realizar una supervisión eficiente de una parte importante del mercado del crédito.

Los problemas comunes para llevar a cabo una supervisión eficaz en la Unión Europea, han generado en Europa la consciencia de la implantación de una supervisión común⁵²⁸. A pesar de la construcción de la unión bancaria con todo lo que supone⁵²⁹, el sistema del MUS, y también el del MUR, se apoyan en los reguladores estatales⁵³⁰, y

Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito, Ed. Comares, pág. 3. Como consecuencia de las debilidades que aquejaban a la regulación de estas entidades se puso de relieve la necesidad de su reforma, vid. ARIÑO ORTIZ, G. (2010), *La necesaria reforma de la Ley de Cajas de Ahorros*, Ed. Civitas, Navarra, pág. 27.

⁵²⁸ En este contexto, desde Europa se proyectó el nuevo sistema de supervisión bancaria en la Cumbre celebrada en París el 12 de octubre de 2008, y en la que se ideó un plan de acción concertado con medidas de apoyo al conjunto del sistema para salvaguardar su estabilidad. El Consejo Europeo celebrado en Bruselas el 15 y 16 de octubre de 2008 supuso un compromiso al respecto, acordando: “El Consejo Europeo reafirma el compromiso de adoptar, en todas las circunstancias, las medidas necesarias para preservar la estabilidad del sistema financiero, apoyar a las entidades financieras importantes, evitar las quiebras y garantizar la protección de los depósitos de los ahorradores. Dichas medidas, adoptadas en conexión con los bancos centrales y con las autoridades supervisoras, tienen por objetivo garantizar una liquidez suficiente a las entidades financieras, facilitar su financiación y aportarles recursos de capital para que sigan financiando normalmente la economía. El Consejo Europeo considera que las medidas de apoyo a las entidades financieras con dificultades deberían acompañarse de medidas que permitan garantizar la protección del contribuyente, la responsabilización de los directivos y accionistas, y la protección de los intereses legítimos de los demás agentes del mercado”. Este compromiso asumido quedó reflejado en actuaciones como los acuerdos adoptados posteriormente por el Consejo Europeo, que en 2011 respaldó la creación de un fondo para rescatar a países de la bancarrota a partir de 2013. Además la Comisión Europea aprobó inicialmente una serie de Comunicaciones que contenían las recomendaciones y directrices aconsejables que debían seguir los distintos Estados miembros en aras de dotar al sistema financiero de mayor estabilidad y comenzar la recuperación (Así la Comunicación 2008/C270/02 sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las Instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial; la Comunicación 2009/C10/03 sobre recapitalización de las instituciones financieras en la crisis financiera actual; la Comunicación 2009/C72/01 sobre el tratamiento de los activos cuyo valor haya sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario; y la Comunicación 2009/C195/04 sobre la recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales.).

⁵²⁹ Entre otros, TEJEDOR BIELSA, J.C., y FERNÁNDEZ TORRES I., 2014, (Coords.), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Ed. Civitas – Thomson Reuters, Navarra; También DARNACULLETA I GARDELLA, M., y LEÑERO BOHÓRQUEZ R. (2014), “Crisis financiera y democrática: La regulación financiera internacional mediante redes de supervisores”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra), pág. 184; Y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., (2012), “El laberinto de la supervisión financiera en la Unión Europea”, en *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 907-937.

⁵³⁰ No debemos olvidar que a pesar de que el BCE se configura como eje del sistema de supervisión, algunas de sus facultades están limitadas debiendo ser complementada su capacidad de actuación por

este es el motivo por el que nos interesa clarificar en qué posición quedan aquellas competencias de las Comunidades Autónomas tras la reforma, y también cuáles son ahora las competencias del Banco de España, tras la reforma de la legislación nacional. Nos interesa, también, clarificar cómo la recepción del Derecho europeo impacta en la distribución interna de competencias en España.

Respecto a los problemas particulares del sector bancario español, dado que estos se focalizaban en torno a las cajas de ahorro, la reforma en nuestro país reestructuró el sector, pero antes de llegar a culminar la reforma con la aprobación de la Ley 26/2013 sobre cajas de ahorros y fundaciones bancarias, desde el año 2009, vía regulación de urgencia, se fueron sucediendo normas que comenzaron la reforma, y que en el fondo, supusieron en la práctica la pérdida de la mayor parte de las competencias autonómicas sobre las cajas, quedando el control de las mismas en manos del Estado, a través del Banco de España, quien a su vez, ejerce ahora sus funciones como regulador -ANC-, en el marco del MUS.

Antes de llegar a valorar las novedades introducidas por la reforma, nos interesa hacer una breve referencia a algunas cuestiones básicas sobre la regulación bancaria en España, tales como la base constitucional de la regulación bancaria en España, así como la creación del Banco de España y su adquisición gradual de funciones como regulador⁵³¹.

Ambas cuestiones inciden en la actividad reguladora en España, determinando los límites del control público antes de la reforma, y son el punto de partida para la misma.

la acción de los reguladores que actúan como ANC. Sobre las limitaciones que adolecen algunos de los organismos creados en el marco de la Unión Europea, vid. GARCÍA LACORTA, J. (2011), "El nuevo marco institucional relativo a la supervisión financiera en la unión europea", *Revista de Actualidad Jurídica Uría Menéndez* / 29-2011, p. 67. Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3072/documento/articuloUM.pdf?id=2950>

⁵³¹ La perspectiva evolutiva de la adquisición de funciones del Banco de España hasta llegar al momento actual se considera esencial, porque a través del proceso de adquisición y pérdida de algunas de sus funciones no sólo se llega a apreciar cuáles son sus competencias actuales, sino que también se entiende por qué se le reconocen algunas de ellas. También a la importancia del estudio de la perspectiva evolutiva y dinámica del Banco de España se refiere JIMÉNEZ-BLANCO y CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (1994), "El Banco de España y las entidades del mercado financiero", en ALONSO UREBA A. y MARTINEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ J. (Dir.), *Derecho del Mercado Financiero, Tomo I*, Ed. Banco Central Hispanoamericano S.A. – Civitas, Madrid, pág. 5 y ss.

1.2. La configuración abierta del modelo económico en la Constitución Española y la dificultad en la determinación de las bases de la ordenación del crédito.

El artículo 149.1.11ª CE atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de dirección del sistema monetario, divisas, cambio y convertibilidad, y de las bases de la ordenación de crédito, banca y seguros. En el título competencial hay una distinción de suma importancia, en cuanto que, la política monetaria se atribuye al Estado en exclusiva, mientras que la regulación del sistema crediticio, se atribuye al Estado sólo en relación con las bases de su ordenación⁵³², a pesar de que el sistema monetario y el sistema crediticio siempre han estado muy vinculados y además interactúan⁵³³.

La organización de las dos funciones inicialmente converge, siendo el Banco de España la autoridad de la Administración crediticia y de la monetaria. En ambos casos, en la actualidad, el Banco de España ejerce las funciones que le corresponden en dos sistemas integrados con el Banco Central Europeo y la demás Autoridades Nacionales Competentes de otros Estados miembros (SEBC y MUS)⁵³⁴.

En la delimitación de competencias sobre ordenación de las bases del crédito entran en juego otros preceptos como el artículo 149.1.13ª CE, que atribuye la competencia al Estado con carácter exclusivo en cuanto al establecimiento de las bases de coordinación de la planificación general de la actividad económica, y que está en

⁵³² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1991), ob. cit., *Derecho Administrativo Económico ...*, pág.93.

⁵³³ Su relación es puesta de relieve en los diferentes ámbitos a los que pueden afectar en GÓMEZ GONZÁLEZ y OJEDA JOYA (2015), *Política monetaria y estabilidad financiera en economías pequeñas y abiertas*, Ed. Banco de la República de Colombia, Bogotá.

⁵³⁴ La inserción en los sistemas monetario y supervisor europeo permiten que nos planteemos si realmente existe un mercado del crédito español y un sistema financiero español o si, tal vez, este es sólo una parte del sistema financiero europeo. Antes de la crisis iniciada en los años 2007-2008, con independencia de la integración de España en la eurozona, lo cual permitía considerar que el sistema monetario era único en Europa, la responsabilidad de la supervisión era todavía nacional. Sin embargo, con la reforma esto ha cambiado, y ahora también se puede hablar de supervisión europea. Esta evolución lo que demuestra es que existe una importante relación entre el mercado financiero y la política monetaria, lo que poner de relieve la conveniencia de que las competencias en ambos casos vayan unidas y armonizadas. Vid. MANZANO y VALERO (Dirs.), (2008), *Guía del Sistema Financiero Español*, Ed. Empresa Global, Madrid, págs. 93-106.

directa relación con el sistema crediticio, cobrando gran importancia en situaciones de crisis económica. Del mismo se puede deducir la atribución al Estado de la posición de garante de la estabilidad del sistema financiero como parte de la economía general⁵³⁵, quedando ampliada, como es lógico, en los casos de crisis económica la competencia estatal, pues en esos casos las circunstancias requieren la aprobación de medidas especiales de carácter general.

El alcance de las competencias del Estado en relación con la regulación de las bases de ordenación del sistema crediticio debe quedar matizado por las competencias que sobre esta materia incumben a las Comunidades Autónomas, las cuales tienen atribuidas competencias importantes respecto a las cajas de ahorros y cooperativas de crédito, mientras que en relación con los bancos, sus competencias son residuales. Tras la reforma esto ha cambiado, no porque se haya modificado la Constitución –ya que los títulos competenciales son los mismos–, sino porque en la práctica, tras la reestructuración del sector de las cajas que incluso ha llegado a afectar, de igual modo, a alguna cooperativa de crédito⁵³⁶, tan sólo dos entidades muy pequeñas subsisten en España como cajas de ahorros, de modo que en el momento en que se escriben estas líneas, esta cuestión puede parecer de poca importancia, pero no lo es⁵³⁷. No lo es por dos motivos: el primero, es que la reforma en España es consecuencia, en parte, de la adaptación del sistema español al Derecho europeo, y en parte, de la necesidad de dar solución al problema de defectos de supervisión respecto

⁵³⁵ La estabilidad económica general, viene relacionada también con la estabilidad monetaria que sí es una competencia que corresponde en exclusiva al Banco de España, a quien incumbe velar por que la tasa de inflación no sea elevada. Vid. POMED SÁNCHEZ, L.A. (1996), *Régimen jurídico del Banco de España*, Ed. Tecnos (Madrid), pág. 141.

⁵³⁶ Tal es el caso de la Caja Rural de Mota del Cuervo, Sociedad Cooperativa de Crédito de Castilla-La Mancha, a la que por Resolución del FROB de 14 de enero de 2014, aprobada en el ejercicio de las facultades administrativas concedidas al mismo por la Ley 9/2012, se le ordena la transmisión forzosa de las aportaciones al capital social, a la entidad Globalcaja, que la absorbió en ejecución de un plan de resolución aprobado por del FROB, y justificando la operación no en el riesgo sistémico que suponía su déficit financiero, pues era una entidad pequeña, sino en el riesgo de contagio a otras entidades que sí fueran significativas.

⁵³⁷ Esto sin embargo, no falta quien considera que la desaparición de las cajas de ahorros es un hecho. Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ M.A. (2014), “Transformaciones en la regulación bancaria. Una perspectiva desde el Derecho Público”, en COLINO MEDIAVILLA y GONZÁLEZ VÁZQUEZ (Dir.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada, pág. 136. En el mismo sentido, al iniciarse el proceso de reestructuración de la primera fase, HIDALGO ROMERO R. (2012), “Hacia la desaparición de las cajas de ahorros: la transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6 (octubre 2012), pág. 144.

de las cajas de ahorros, de modo que para entender por qué se han adoptado ciertas medidas, debe primero conocerse la problemática que aquejaba a este tipo de entidades; y el segundo, es que a pesar de todo, las cajas de ahorros siguen existiendo como posibilidad normativa, y nada impide que en el futuro puedan constituirse más entidades con estas características, respecto a las que los problemas sobre las competencias de supervisión, seguirán existiendo dentro del espacio que en el MUS corresponde a las autoridades nacionales competentes, aunque reducidas en la práctica, dadas las limitaciones que a las mismas se les impone en su nuevo régimen jurídico.

El problema de la delimitación de competencias reguladoras sobre las cajas de ahorros fue tratado tempranamente por la Sentencia del Tribunal Constitucional número 1/1982, de 28 de enero⁵³⁸, en la que se resolvieron dos conflictos positivos de competencias⁵³⁹. En esta Sentencia se pone de relieve, de entrada, que el orden económico, dentro del cual encontramos el sistema financiero, debe ser unitario en todo el territorio nacional⁵⁴⁰, declarándose que son varios los preceptos que permiten concluir que existe un carácter unitario en el orden económico nacional, resultando así de la interpretación conjunta de los artículos 40.1, 128, 130.1, 131.1, 138.1 y 2, 139.2 CE, que conforman lo que se conoce como Constitución económica⁵⁴¹. De ahí que en la

⁵³⁸ Esta Sentencia fue la primera de muchas más, puesto que la conflictividad en lo referente a la determinación de las bases de la ordenación del crédito ha sido enorme durante décadas. En este sentido, JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (1994), "El Banco de España y las entidades del mercado financiero", en ALONSO UREBA A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ J., *Derecho del Mercado Financiero I*, Ed. Civitas, Madrid, pág. 13.

⁵³⁹ Estos conflictos fueron, uno de ellos planteado por el Gobierno Vasco en relación con el Real Decreto 2869/1980, de 30 de diciembre, por el que se establecen las condiciones y el orden de prioridad para la computabilidad de los valores de renta fija emitidos directamente o calificados por las Comunidades Autónomas, en el coeficiente de fondos públicos de las cajas de ahorros, y el otro conflicto, promovido por el Estado, frente al Decreto del Gobierno Vasco 45/1981 de, 16 de marzo, sobre régimen de dependencia de las cajas de ahorros de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

⁵⁴⁰ El carácter unitario del sistema financiero fue valorado a este efecto por la STC 133/1997, en su Fundamento Jurídico 3º, en la que se considera que el mercado del crédito y el mercado de valores son elementos de un concepto más amplio que es el de "sistema financiero". Sobre la unidad del Derecho del mercado financiero y el deslinde con materias afines (como el mercado de seguros), vid. ZUNZUNEGUI F., (2005), *Derecho del Mercado...*, págs. 25-26.

⁵⁴¹ La Constitución económica se define como un conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país. Vid. ARIÑO ORTIZ, G. (1999), *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación económica*, Ed. Comares (Granada), pág. 128. Algunos incluyen también otros preceptos, incluyendo el artículo 32, 33, 35, 37, 38, 39 a 52, y 128 a 131 incluidos. En este sentido, HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN M. (1999), "La constitución económica: Desde la ambigüedad a la integración", en *Revista española de derecho constitucional*, nº 57, págs. 14. Dentro de la regulación económica de la Constitución, de especial

Constitución se atribuya al Estado competencia exclusiva en la fijación de las bases sobre las que podría existir desarrollo normativo posterior por parte de las Comunidades Autónomas⁵⁴². Esta Sentencia del Tribunal Constitucional consideró que la regulación estatal de las bases del crédito, no es un concepto rígido, pues debe permitir que, dependiendo de circunstancias coyunturales y de los objetivos de política monetaria y financiera, sea el Gobierno de la Nación, quien proceda a la concreción e incluso a la cuantificación de medidas contenidas en la regulación básica del crédito, ya que a él le corresponden tanto la dirección de la política financiera nacional y de la política monetaria general, en cuanto partes de la política económica general.

De este modo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las bases de la regulación del crédito no pueden ser objeto de concreción apriorística⁵⁴³, siendo este rasgo común en otros puntos de nuestra Constitución económica. Precisamente, se ha puesto de relieve el carácter abierto de los preceptos que conforman nuestra Constitución económica, de modo que la valoración de la constitucionalidad de la intervención pública en la economía es igualmente abierta, que no responde a un

importancia es la compatibilización de la actividad reguladora del Estado con la libertad de empresa, siendo este el ámbito, donde mayores tensiones se producen, pues la prevalencia de una siempre es a costa de la otra. Sobre este extremo vid. MUÑOZ MACHADO S. (2003), "Los límites constitucionales de la libertad de empresa", en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr., D. Sebastián Martín-Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid, pág. 140 y ss; Y también, VEGA SERRANO J.M. (2013), "La regulación bancaria española", en MUÑOZ MACHADO Y VEGA SERRANO (Dirs.), *Derecho de la regulación económica, Sistema bancario, Vol. X*, Ed. Iustel, Madrid, págs. 158 y ss. En relación con los nuevos retos de la Constitución económica en la actividad reguladora actual del Estado que debe extenderse a dar una mayor cobertura al concepto de regulación, a contemplar el fenómeno de la globalización, y a fundamentar otras vías de colaboración prestacional y regulatoria del sector privado. Al respecto, vid. BARNES J., (2011), "El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica", en RAMOS SANTANA A. y otros, *La Constitución económica*, Ed. Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional, y Centro de Estudios Políticos, Madrid, pág. 55 y 56.

⁵⁴² En este punto, se hace necesario perfilar el concepto de normativa básica, a la que hizo referencia el Tribunal Constitucional en otra Sentencia anterior de 28 de julio de 1981, y en la que declaró que dichas bases no se identifican con lo que la propia Constitución trata como "leyes marco" (ex 150.3 CE) —a pesar de ello, la STC 1/1982 concluye que el instrumento normativo más adecuado para la fijación de las bases en una determinada materia es la ley marco—. El concepto de normativa básica, es otro —el TC lo vincula con su carácter material, sin considerar el punto de vista formal que constituye la ley marco—, identificándolo con la noción material de los principios y criterios que se infiere de las normas que tienen este carácter de básicas, debiendo ser las Cortes quien, al aprobarlas, deberán establecer que se considera como básico, y en caso de ser necesario, el mismo Tribunal Constitucional, será el competente, como supremo intérprete de la Constitución quien determinará este carácter.

⁵⁴³ FUERTES SUAREZ J.L. (1987), "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del crédito y la banca", en MARTÍN-RETORTILLO S. (Dir.), *Estudios de Derecho público bancario*, Ed. Ceura, Madrid, pág. 157.

modelo económico cerrado y rígido, sino que puede calificarse como de neutralidad económica⁵⁴⁴. Su configuración abierta ha permitido la reforma del sector de las cajas de ahorros, como veremos.

Al mismo tiempo, se considera que todo ello es compatible con la atribución a una Comunidad Autónoma determinada, por medio de su Estatuto de Autonomía, del desarrollo legislativo de esas bases cuya fijación es competencia del Estado.

Siendo esta la delimitación de competencias que en sus inicios hizo el Tribunal Constitucional, de las competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de ordenación del crédito, banca y seguros, resulta claro que la extensión del concepto de bases de la ordenación en este ámbito, vendrá determinado por la realidad de bonanza o crisis económica, pues cuando se entra en un periodo de crisis, las medidas de ordenación se endurecen y se aprueban medidas por parte del Estado que responden a ese carácter de básico. Este proceso de extensión de lo básico, recibe su carácter flexible de la misma necesidad de adoptar algunas medidas con discrecionalidad técnica, que se hace depender de la coyuntura económica, y que por lo que nos interesa en esta sede, va a complicar la posibilidad de controlar la actividad supervisora del regulador⁵⁴⁵, así como la actividad de la entidad de ejecución de las intervenciones en entidades, que actualmente es el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. Precisamente, a través del mismo, se consolida la intervención de

⁵⁴⁴ Vid. ALBERTÍ ROVIRA E., (2011), "Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía" en RAMOS SANTANA A. y otros, *La Constitución económica*, Ed. Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional, y Centro de Estudios Políticos (Madrid), pág.81.

⁵⁴⁵ La dificultad para controlar la legalidad de las decisiones discrecionales es manifiesta, habiéndose ofrecido soluciones para tratar de someter a control judicial la decisiones adoptadas por los poderes públicos en materia de ordenación económica por García de Enterría en base al presupuesto de que su control es posible aplicando la Constitución como norma jurídica, ya que la eficacia de esta debe ser asegurada jurisdiccionalmente por el Tribunal Constitucional, quien en su interpretación de estas cuestiones deberá aplicar las técnicas de control de la discrecionalidad de la actividad de la Administración, como son la de los conceptos jurídicos indeterminados o la elaboración de principios y conceptos que sean descubridores de soluciones nuevas. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2011), *Democracia, Ley e inmunidades de poder*, Ed. Aranzadi, Navarra, págs. 40 a 56. No faltan posiciones contrarias al respecto, que destacan la imposible tarea de controlar judicialmente todos los conceptos jurídicos constitucionales, especialmente los conceptos abiertos y los principios de orientación política, que no pueden ser interpretados aplicando una "rigurosa lógica jurídica". Vid. ARIÑO ORTIZ, G. (1999), ob. cit. *Principios de Derecho Público Económico...*, pág. 140 - 141.

entidades de crédito por razones de interés general cuya base constitucional se encuentra en el artículo 128.2 CE⁵⁴⁶.

Merece ser resaltado que, en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional, se observa la posibilidad de que el Estado pueda ver ampliado su círculo de acción, mediante la reinterpretación de lo que se consideran bases de la ordenación del crédito, precisamente por aplicación del criterio que ya recogió la STC 1/1982, al considerar que la extensión del concepto depende de la coyuntura y se debe de poner en relación con la estabilidad económica general⁵⁴⁷.

A la vista de todo ello, la valoración de cuando una medida debe entenderse perteneciente al ámbito de la dirección de la economía general, excediendo del carácter de simple regulación de la actividad de crédito (sin carácter básico), es de difícil concreción práctica⁵⁴⁸, con la consecuencia de la existencia de una delimitación

⁵⁴⁶ En relación con las intervenciones de entidades, cabe destacar que se han introducido novedades que van mucho más allá de la superación de la inicial dificultad por la que se exigía que la intervención de empresas por razones de interés general debiese hacerse "mediante Ley". Frente a la interpretación rigurosa que se considera más acorde con el tenor literal del art. 128.2 CE, y por la que sería necesaria una Ley singular en cada caso de intervención, el Tribunal Constitucional tuvo en cuenta que pueden existir razones que fundamenten que la intervención de empresas, en los casos en que estén relacionadas con las necesidades de la defensa o con la preservación de la estabilidad del orden económico (como ocurre con las entidades de crédito) y en STC nº 111/1983, de 2 de diciembre, reconoció la posibilidad de que en materia de intervención de empresas pueda aplicarse una Ley singular en sentido estricto, e incluso un Decreto-Ley. Actualmente, en la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, se establece un régimen de intervención que, conforme al mismo Preámbulo de la Ley, descansa sobre un "procedimiento administrativo, especial y completo, que procura la máxima celeridad en la intervención de la entidad, en aras de facilitar la continuidad de sus funciones esenciales, al tiempo que se minimiza el impacto de su inviabilidad en el sistema económico y en los recursos públicos" (Vid. nº I, Preámbulo Ley 11/2015), quedando anticipada la habilitación legal si se cumplen los presupuestos establecidos en la misma Ley.

⁵⁴⁷ Tras la crisis iniciada en los años 2007-2008 se puede apreciar que las medidas adoptadas como básicas por el Estado en un contexto de crisis y en base a ese criterio flexible de carácter coyuntural no siempre tenderán a desaparecer una vez superada la crisis. Podría ser lógico pensar que esto será así, pero no lo es siempre, puesto que algunas de las medidas adoptadas tienden a permanecer. Como consecuencia de la referida crisis, se han introducido medidas y estructuras de supervisión que permanecerán en el tiempo. En lo referente a la Constitución española, no es transitoria sino permanente la reforma del artículo 135 CE, como medida de estabilidad presupuestaria estrechamente vinculada a los límites de la inyección de capital público para reflotar el sistema financiero. EMBID IRUJO A. (2011), "La constitucionalización de la crisis económica", en RAMOS SANTANA A. y otros, *La Constitución económica*, Ed. Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional, y Centro de Estudios Políticos (Madrid), pág. 140 - 143.

⁵⁴⁸ En este sentido, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1991), ob. cit., *Derecho Administrativo Económico...*, pág. 94. Vid. también, a modo de ejemplo, la STC 96/1984, de 19 de octubre, en el que el TC declara que la determinación de la fecha de emisión de las obligaciones de una sociedad mercantil dedicada a la actividad de crédito, desborda el ámbito estricto de la ordenación del crédito, incidiendo en la política monetaria y financiera.

de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas casuística, a determinar por el Estado, y en su caso, pendiente de confirmación por el Tribunal Constitucional si se promueve conflicto competencial sobre la misma⁵⁴⁹.

1.3. El Banco de España y los procesos de adquisición y pérdida de competencias como regulador.

En el sistema español, de forma consecuente con la concepción de que la actividad bancaria es una actividad privada de interés público, y sin perjuicio de la existencia de entidades de crédito de carácter público, o con participación pública, que han dado lugar a la particular problemática de su control, la supervisión de la actividad de crédito ha sido responsabilidad del Banco de España, quien no ha tenido todas las facultades de un auténtico regulador desde el momento de su creación (tampoco su antecesor, el anterior Banco Nacional), sino que las ha ido adquiriendo poco a poco a base de cambios legislativos claramente influidos por el devenir político de cada momento⁵⁵⁰.

⁵⁴⁹ Precisamente, la indefinición sobre el alcance de las competencias autonómicas es una cuestión persistente, que se ha resuelto siempre “a golpe de conflicto”. POMED SÁNCHEZ, L.A. (1996), ob. cit. *Régimen jurídico del Banco...*, pág. 190.

⁵⁵⁰ El Banco de España nace como tal el 28 de enero de 1856, como consecuencia de la fusión del anterior Banco Nacional de San Fernando (creado en 1829) y el Banco de Isabel II (creado en 1844). Vid. MANZANO y VALERO (Dirs.), (2008), *Guía del Sistema Financiero Español*, Ed. Empresa Global, Madrid, pág. 117. Anteriormente, la creación del Banco Nacional español, se realiza, igual que en otros países europeos, durante la Edad Moderna, ya que de forma paralela al desarrollo de la banca privada, se crean en casi todos ellos los Bancos centrales, esto es, los Grandes Bancos de Estado, así como los bancos de emisión de valores (ya que, de forma coetánea, los bancos del Norte de Europa se dedicaban con profusión a la venta de letras de cambio, a través de corredores, que en el futuro se convertirían en los agentes de cambio y bolsa, surgiendo así el sector financiero del mercado de valores, hoy en día diferenciado del de crédito), que actúan sujetos a normas dictadas por poderes públicos. Vid. GARCIA-PITA y LASTRES, J.L. (1999), “El Derecho Bancario: consideraciones generales”, en *Anuario de Facultade de Dereito*. Ed. Universidade da Coruña, pág. 248; Y HAMEL J., (1933), *Banques et opérations de banque*, París, págs. 101 y ss. No debemos olvidar que, desde sus inicios la actividad bancaria surge muy vinculada a los poderes públicos, pues su actividad aparece unida a la política monetaria en todos los países. Vid. MARTINEZ DALMAU, R. (2005), *Constitución, legitimidad democrática, y autonomía de los Bancos Centrales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pág. 175 y ss. Hasta tal punto se encuentran sinergias entre ambas actividades, que la evolución de los sistemas bancarios en todos los Estados conllevan la creación de las distintas Casas de Moneda, así como el surgimiento y posterior desarrollo de normativa y organización pública cuyo objeto era el conocimiento y supervisión de esta actividad. Consecuencia de todo ello es que a los Bancos Centrales se les suele atribuir conjuntamente la dirección de la política monetaria y el control de la actividad de crédito. En España, para encontrar el origen de nuestro Banco Central, debemos remontarnos al siglo XVIII, puesto que, aunque se había considerado por los asesores

de Felipe II, la posibilidad de crear los llamados "Erarios públicos y montes de piedad" –configurados como entidades de crédito de carácter público-, y respecto de los que se proyectaba que asumieran diversas funciones, entre otras, realizar operaciones de préstamo, y también la posibilidad de establecer una organización bancaria oficial, fue durante el reinado de Carlos III, cuando se creó el antecedente más claro del actual Banco de España. Así, mediante Real Cédula de 2 de junio de 1782 este rey funda el Banco Nacional de San Carlos, basado en el proyecto presentado por el conde de Cabarrús al primer ministro, el conde de Floridablanca. Vid. DEL CAÑO PALOP J.R. (2012), "El Banco de España, organización y funciones", en ZUNZUNEGUI F. (Dir.), *Derecho bancario y bursátil*, Ed. Colex, Madrid, pág. 49; y TORTELLA T. (1983), "El archivo del Banco de España. Nuevas líneas de investigación", en *Actas del primer congreso sobre Archivos Económicos de Entidades Privadas*, Ed. por Banco de España, Madrid, pág. 2. La configuración del mismo, desde el punto de vista del concepto que tenemos en la actualidad de lo que es público y de los que es privado no está del todo clara si valoramos el origen de su capital y su finalidad. A pesar de todo, se configura como una entidad privada (Su configuración como entidad privada, al margen de sus funciones, viene determinado por el origen de su capital fundacional. Vid. DEL CAÑO PALOP J.R. (2012), ob. cit. "El Banco de España, organización y ...", pág. 49.), con una forma jurídica que encajaría en lo que conocemos hoy como sociedad anónima, pues su capital estaba dividido en acciones, pero formada con capital del propio rey, de la nobleza, y también de entidades municipales –a pesar de su declarado carácter privado-, y su finalidad, no se limitaba a la actividad bancaria, siendo su principal objetivo el "sostenimiento de los vales reales" (deuda pública) y "subvenir a las cargas del Tesoro". Vid. también MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1991), ob. cit. *Derecho Administrativo Económico II*, pág. 46. Destaca en ese momento, por tanto, su finalidad pública, financiando sectores y actividades como el Tesoro público, el sostenimiento de las Fuerzas Armadas, atender pagos de la Corona en el Extranjero, y siendo muy destacable su función de combatir la usura – como manifestación incipiente de la protección del consumidor en la actividad crediticia y, también, como manifestación de la intervención estatal en la política monetaria-. Otra función asumida por el mismo fue proporcionar crédito al comercio y a la industria, como manifestaciones iniciales de las actividades públicas de fomento y control de la economía general. Su actuación como Banco Central quedó patente en el hecho de emitir los primeros billetes de banco españoles, con el nombre de cédulas del Banco de San Carlos. La principal afeción del mismo fue su gran endeudamiento, lo cual dio lugar a su liquidación, naciendo su lugar el Banco Español de San Fernando, creado por Real Decreto de 9 de julio de 1828 firmando por Fernando VII. Entendemos que fue aquel sustituido por este, puesto que se asumieron por el Banco Español de San Fernando funciones semejantes a las indicadas en el sentido de ejercer el papel de Banco Central –fundamentalmente emitir billetes y financiar al Gobierno-, y porque en el acuerdo de la liquidación del Banco de San Carlos, el Gobierno y el Banco Nacional de San Carlos acordaron que el Banco renunciaba a la deuda que ostentaba frente al Gobierno -310 millones de reales-, a cambio de que este último entregase a los accionistas de aquel 40 millones de reales en acciones del Banco Español de San Fernando. En 1846 se crea el Banco de Isabel II, que también asumió la facultad de emitir billetes, lo que supuso la oposición del Banco Español de San Fernando, que reaccionó incluso judicialmente al reconocimiento de este privilegio, pero no dando buenos resultados las acciones judiciales ejercidas, la emisión de billetes se atribuyó a las dos entidades durante un tiempo. Posteriormente, dada la situación de crisis financiera, y de falta de liquidez del Banco de Isabel II se fusiona este con el Banco Español de San Fernando. Paralelamente, durante el siglo XIX, se habían creado otras entidades bancarias con carácter privado, pero con grandes privilegios que desnaturalizaban su condición, puesto que se les reconocían facultades de emisión de moneda y se consideraron sus fondos como caudales públicos, disfrutando también de importantes beneficios fiscales. Queda patente, la confusión inicial de lo que debía ser clasificado como público y como privado, con la consecuencia de que en ninguno de los dos casos, el régimen jurídico, y en su caso de control, de tales entidades, era el apropiado, y por esto, se produjeron algunos efectos adversos, como un alto endeudamiento público, y una elevada inflación y depreciación monetaria, consecuencia, esta última de estar dispersa la posibilidad de emitir moneda de curso legal. Ha sido puesto de relieve que la razón que justifica que el control de las circunstancias que inciden en la política monetaria sea totalmente público radica en su relación con el control de la tasa de inflación. Vid. ALBEROLA E., MARQUÉS J.M. Y SANCHÍS A., (1997), "Persistencia en el desempleo, independencia de los bancos centrales y su relación con la inflación", Ed. Banco de España - Servicio de Estudios Documento de Trabajo nº 9725, p.4, ISSN: 0213-2710.

Disponible

en:

Las funciones del Banco de España se han ido transformando adaptándose a diferentes circunstancias que han influido en el sistema financiero español: por un lado, han venido condicionadas en su última etapa, desde que se aprobara la Constitución española de 1978, por el reparto de competencias respecto de la ordenación del crédito en general, y respecto de la regulación de ciertas entidades de crédito en particular, derivado de la propia Constitución; y de otro lado, el Derecho

<http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSerias/DocumentosTrabajo/97/Fic/dt9725.pdf>

Posteriormente, con la Ley de 4 de mayo de 1849, se otorgó el privilegio de emitir moneda de curso legal, solo al nuevo Banco de San Fernando la facultad de emitir moneda nacional, junto al Banco Español de Cádiz, fundado en 1846 como sucursal del Banco de Isabel II, y el Banco de Barcelona, primer banco comercial español no oficial, fundado en 1844. La referida Ley de 1849, sin embargo, fue excesivamente dura en relación con la creación de nuevas entidades, que sólo podían ser creadas por ley, frenándose, de este modo, totalmente el desarrollo bancario que en este momento era una actividad absolutamente controlada e intervenida por el Estado. A partir de este momento, las normas que se suceden vienen a desarrollar esta incipiente actividad de ordenación bancaria, y flexibilizan la situación en cuanto a la creación de entidades, puesto que con la Ley de 28 de enero de 1856 se reconoce la posibilidad de creación de bancos de emisión, admitiéndose, no obstante, la creación en cada localidad de uno de estos bancos. Comienza en este momento una actividad que ya puede recibir la denominación de actividad pública de ordenación bancaria en sentido estricto, dado que la normativa aprobada incide en la creación de las entidades, y además reorganiza el Banco de San Fernando, cambiando su denominación por la del Banco de España, otorgando al Estado la potestad de nombrar al gobernador del mismo y a dos subgobernadores. Tras esta liberalización los empresarios y comerciantes empezaron a crear bancos en las principales capitales españolas y el Banco de España abrió sus primeras sucursales en Alicante y Valencia. En 1868, el Ministro de Hacienda, Laureano Figuerola, declaró la peseta -dividida en 100 céntimos- como unidad básica del sistema monetario español, acuñándose las primeras monedas en 1869. En este momento, por la influencia del contexto político de la época, la Ley de 19 de octubre de 1869, tiene un carácter marcadamente liberal, y en consecuencia, establece un sistema en el que apenas hay control bancario. Esto no obstante, la situación bancaria, muy vinculada a la situación política cambia con esta última, y el Decreto-Ley de 19 de marzo de 1874, impulsado por el Ministro de Hacienda José de Echegaray, acaba con el sistema de pluralidad de emisión de billetes y concede al Banco de España el monopolio (inicialmente este privilegio se concede por 30 años que se prorrogaron mediante Ley de 1891 hasta 1921) de su emisión para la península y las islas, a cambio de un importante crédito para cubrir las necesidades financieras del Gobierno. A los bancos provinciales creados en la fase anterior se les concede la opción de permanecer como bancos comerciales -sin el privilegio de emitir billetes-, o de integrarse en el Banco de España como sucursales. La mayoría de los bancos provinciales se integraron y solo cinco de ellos decidieron continuar como bancos comerciales.

La Ley de Ordenación Bancaria o Ley Cambó, de 29 de diciembre de 1921, mantiene el privilegio para el Banco de España en la emisión de billetes, reorganiza el sistema financiero y regula por primera vez las relaciones entre el Banco de España como banco central y la banca privada, asignando a aquel la potestad de inspección de la banca privada o comercial, y actuando en la práctica, como órgano de política monetaria del Gobierno, interviniendo en la limitación de los tipos de interés, y en materia de control de cambios con el exterior. Es por este motivo que se considera a la Ley de 1921 como la primera norma de regulación bancaria en España.

Durante el periodo de la Guerra Civil española (1936-1939), el Banco de España quedó dividido en dos, al igual que el territorio nacional, uno controlado por el ejército republicano y otro por el ejército nacional, existiendo en ese momento dos monedas diferentes emitidas por dos bancos emisores distintos, de modo que en la propia zona sólo se reconocía la moneda respectiva. Terminada la guerra comenzó el proceso de reconstrucción del sistema financiero y del Banco de España, asumiendo este cometido el Ministro de Hacienda, pero quedando influida la configuración del Banco Central español por su dependencia respecto al Gobierno, circunstancia esta que le privaba de la necesaria autonomía como regulador.

europeo ha incidido en su actividad tanto por la incorporación del mismo, en un primer momento, al Sistema Europeo de Bancos Centrales (en adelante, SEBC), como más recientemente, por su integración en el sistema único de supervisión, formando parte del MUS.

En cualquier caso, la responsabilidad como supervisor del Banco de España, viene determinada hoy por las funciones asumidas a lo largo de su evolución, debiendo centrarnos en las últimas etapas de su existencia, para poder entender el alcance de su actividad como regulador de la actividad del crédito.

1.3.1. La configuración del Banco de España como eje del sistema financiero.

Realmente, el Banco de España es una autoridad plurifuncional⁵⁵¹, ya que por un lado, asume la dirección de la política monetaria (ahora integrado en el Sistema Europeo de Bancos Centrales, SEBC), y por otro lado, es la autoridad encargada de la supervisión de entidades de crédito (ahora integrado en el MUS). Tiene, por tanto, potestades en los dos ámbitos, formando parte de la Administración institucional del Estado⁵⁵². Su régimen jurídico, además, contiene algunas peculiaridades respecto a

⁵⁵¹ ZUNZUNEGUI F. (2005), ob. cit. *Derecho del Mercado Financiero...*, pág. 121.

⁵⁵² En este sentido, La STC 135/1992 de 5 de octubre, indicaba que “El Banco de España forma parte de la Administración de Estado en su vertiente institucional o directa y es la primera autoridad monetaria, a quien corresponden las funciones relativas a la disciplina e inspección de las entidades de crédito y ahorro, por lo cual se le dota de simétricas potestades, entre las cuales deben destacarse la reglamentaria y la sancionadora”. Más recientemente, se ha señalado también, en relación con su régimen jurídico, que como órgano de la Administración Pública estatal queda sujeto a la Ley de Transparencia en su actuación. Vid. GUTIERREZ ALONSO y GUICHOT REINA (2013), “La transparencia en la regulación bancaria”, en MUÑOZ MACHADO y VEGA SERRANO (dirs.), *Regulación económica, Vol. X Sistema Bancario*, Ed. Iustel (Madrid), págs. 258-259. También se ha mantenido que es un órgano independiente de la Administración de Estado, hasta el punto de considerarse un órgano de configuración constitucional, y no porque así resulte de la Constitución española, sino porque así resulta tras su integración en el SEBC y lo recogen los artículos 127 y ss del TFUE. Desde el punto de vista de Derecho comparado encontramos dos soluciones diferentes que sirven para fundamentar las dos posturas confrontadas: la primera, es la que considera que sólo si la norma constitucional lo reconoce y lo regula como tal estamos ante un órgano constitucional independiente, criterio seguido por la doctrina jurisprudencial alemana en relación con el artículo 88 de la Ley Fundamental de Bonn que menciona al Banco Federal Alemán pero no le da carácter de órgano constitucional y por eso tal doctrina se lo niega; frente a ella, la otra solución es adoptada por algún sector doctrinal italiano que considera que el Banco de Italia forma parte de su Constitución material de una forma espiritualizada, pudiendo entenderse que estamos ante un órgano constitucionalizado desde que se atribuyen por la propia Constitución algunas funciones directamente al mismo, o desde que se reconocen en la Constitución ciertos poderes

otros órganos de la Administración, que determinan diferencias de importancia -como la autonomía necesaria para su adecuado funcionamiento-, de modo que estas diferencias dan lugar a que algunos lo equiparen a las denominadas “administraciones independientes” o “agencias reguladoras”⁵⁵³. Sin embargo, su autonomía no ha sido tal a lo largo de su evolución, pues se aprecia una dependencia directa del Gobierno que hace muy discutible que se le puede reconocer, en todas las etapas de su evolución como una entidad con autonomía.

Algunos problemas, como la falta de autonomía real del mismo, se encuentran en su origen, lo que nos lleva a hacer una referencia a su configuración originaria y evolutiva hasta llegar al momento actual. Destaca en sus comienzos, y en este sentido, la dependencia y vinculación con el Gobierno a través del Ministerio de Economía⁵⁵⁴.

atribuidos al mismo. En relación con esta cuestión, DEL CAÑO PALOP, J.R. (2012), ob. cit. “El Banco de España...”, pág. 59. Más recientemente, la STJUE de 19 de octubre de 2016, en el caso Ormaetxea Garai y Lorenzo Almendros, Asunto C-424/15 (EU:C:2016:780), en relación con la independencia de las autoridades nacionales de regulación del sector de las telecomunicaciones, implica que el Derecho nacional garantice que la autoridad nacional reguladora (ANR), responsable de la regulación *ex ante* del mercado o de la solución de litigios entre empresas esté protegida de intervenciones exteriores o presiones políticas que puedan comprometer su evaluación independiente de los asuntos que se le sometan, pero que los Estados miembros gozan de autonomía institucional en la materia respecto de la organización y estructuración de sus ANR (Vid. nº 30 de la STJUE referida). Este mismo criterio, trasladado al ámbito de la regulación bancaria, puede llevarnos a pensar que la independencia del regulador es posible aunque no se haya configurado como órgano constitucional, siempre que de conformidad con el mismo Derecho de la UE, el regulador cumpla con los requisitos de competencia, independencia, imparcialidad y transparencia establecidos por las normas europeas que lo regulan y que las decisiones que adopte puedan ser objeto de un recurso efectivo ante un organismo independiente de las partes implicadas (Vid. nº 36 de la misma STJUE).

⁵⁵³ VEGA SERRANO J.M. (2013), “El Banco de España y el sistema europeo de supervisión”, en MUÑOZ MACHADO y VEGA SERRANO (dirs.), *Regulación económica, Vol. X Sistema Bancario*, Ed. Iustel (Madrid), pág. 189; con cita a MUÑOZ MACHADO S. (2009), “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, en *Derecho de la regulación económica I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Ed Iustel, Madrid, pág. 18.

⁵⁵⁴ La actividad del Banco de España como regulador, se inicia realmente con la Ley de Ordenación Bancaria de 1921 (conocida como Ley Cambó), pues esta ley le atribuye por primera vez y de forma definitiva, potestades de control, sobre las entidades de crédito privadas. Es en este momento cuando asume funciones de Banco Central. La Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946, fue aprobada en un contexto de clara crisis del sector financiero, consecuencia necesaria de la Guerra Civil, y en ella se configura al Banco de España como un mero instrumento de política económica del Gobierno, a través del Ministerio de Economía. Este modelo tan sumamente intervenido por el Gobierno fue muy criticado, porque se atribuyeron las facultades supervisoras del sistema al Ministerio de Economía, a través de la Dirección General de Banca y Bolsa. En este sentido, RODRIGUEZ, CALVO, PAREJO y CUERVO, (2008), *Manual de Sistema Financiero Español*, Ed. Ariel, Barcelona, pág. 88; MARTÍN-REOTRILLO BAQUER S., (1991), ob. cit. *Derecho Administrativo Económico II*, pág. 73; también, ORRIOLS SALLÉS M.A. y ROCA SAGARRA J. (1997), *La estructura pluralista del sistema bancario en España*, Ed. Marcial Pons, Madrid, pág. 130; y OLARIAGA, L., (1946) *La ordenación Bancaria en España*, Ed. Sucesores de Ribadeneyra, Madrid, pág. 43. La Ley 2/1962, de 14 de abril, de Bases de Ordenación

El Banco de España completó su configuración como Banco Central plenamente responsable de la regulación y supervisión del sistema financiero tras la aprobación de la Constitución española y con la aprobación de las normas posteriores a la misma, especialmente, la Ley de Órganos Rectores del Banco de España de junio de 1980, y la Ley de Autonomía del Banco de España de junio de 1994⁵⁵⁵.

La Ley de 21 de junio de 1980 de Órganos Rectores del Banco de España (en adelante, LORBE), supuso el reconocimiento de un sustancial grado de autonomía del Banco⁵⁵⁶, tanto desde un punto de vista funcional como orgánico –aunque tal autonomía no fue plena, pero sí mayor que en la etapa preconstitucional-. En la práctica, el aumento de la autonomía del Banco de España con la Ley de 1980, venía determinada por la regulación de un amplio conjunto de garantías de independencia de la entidad⁵⁵⁷, como presupuesto que garantizase su función para mantener la estabilidad monetaria⁵⁵⁸. El camino hacia la autonomía del Banco de España fue

del Crédito y la Banca, reconoce al Banco de España como autoridad competente de carácter técnico (no político) considerándolo el eje de la Administración monetaria y crediticia, pero aún sigue siendo un ente instrumental respecto del Gobierno. Como ponen de manifiesto, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER S., (1991), ob. cit. *Derecho Administrativo Económico...*, págs. 79 y 82; y POMED SÁNCHEZ, L.A. (1996), ob. cit. *Régimen jurídico del Banco...*, pág. 112. De todas las normas de desarrollo dictadas en el marco de la Ley de Bases de Ordenación de Crédito y Banca, destaca especialmente el Decreto-ley 18/1962 sobre nacionalización y reorganización del Banco de España, que lo considera una entidad de Derecho Público con personalidad jurídica y plena capacidad que depende del Gobierno a través del Ministerio de Hacienda. En esta vinculación y dependencia administrativa es clave la figura del Gobernador del Banco de España, a quien se considera en esta normativa como el órgano de relación con el Gobierno. Vid. CARRASCO CANALS C. (1991), “El Banco de España y las cajas de ahorros”, en *Revista de Administración Pública* nº 124, pág. 174; Y también, POMED SÁNCHEZ, L.A. (1996), ob. cit., *Régimen jurídico del Banco...*, págs. 116-117. En este momento, el Banco de España, ya tiene atribuidas las funciones propias del mismo: las operaciones de emisión, la tesorería del Estado y el servicio financiero de la deuda pública, la ejecución de la política monetaria, la regulación del mercado de dinero, la información y el asesoramiento al Gobierno en las materias de moneda y crédito, el movimiento de pagos internacionales, la elaboración de estadísticas e información de riesgos y el control e inspección de la banca privada. Posteriormente, asumirá también funciones respecto a pagos exteriores y la centralización de reservas, y aunque sus funciones le configuraban ya como un auténtico Banco Central, pero en esta fase sigue sin reconocérsele autonomía e independencia, y sus competencias Banco de España de supervisión e inspección quedaban limitadas a la Banca privada. La excesiva concentración de competencias en el Gobernador del Banco de España ponía de manifiesto la debilidad del sistema. Como destaca, VEGA SERRANO, J.M. (2011), ob. cit. *La regulación bancaria...*, pág. 40.

⁵⁵⁵ TORTELLA T. (1983), “El archivo del Banco de España. Nuevas líneas de investigación”, en *Actas del primer congreso sobre Archivos Económicos de Entidades Privadas*, Ed. por Banco de España, Madrid, pág. 4.

⁵⁵⁶ La LORBE de 1980, en su artículo 1, definió al Banco de España como entidad de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actuaría con autonomía en el cumplimiento de sus fines.

⁵⁵⁷ POMED SÁNCHEZ, L.A. (1996), ob. cit. *Régimen jurídico del Banco...*, pág. 122.

⁵⁵⁸ POMED SÁNCHEZ, L.A. (1996), ob. cit. *Régimen jurídico del Banco...*, pág. 150.

aceptada de buen grado, ya que en etapas anteriores, la asunción de facultades de intervención e inspección por parte de órganos vinculados al Ministerio de Economía y Hacienda, no se entendió y fue muy criticada por las propias entidades de crédito⁵⁵⁹ y especialmente, desde un punto de vista técnico, poniéndose en tela de juicio su eficacia⁵⁶⁰.

En los años siguientes y sobre la base de esta Ley de 1980, que fue desarrollada por numerosas normas reglamentarias, el Banco de España vio perfilado su estatus como regulador del sector del crédito⁵⁶¹. Sus competencias se vieron decididamente incrementadas con la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e intervención de las Entidades de crédito (LDIEC)⁵⁶², y por la Ley 3/1994, de Autonomía del Banco de España. Esto sin embargo, cabe decir que como regulador, el Banco de España, no ha acumulado completamente las competencias sobre la ordenación del crédito, ni siquiera con el incremento recibido al aprobarse la LDIEC, ya que el entonces Ministerio de Economía y Hacienda (ahora Ministerio de Economía y Competitividad), tenía asignadas también algunas funciones⁵⁶³.

Más recientemente, las funciones del Banco de España se incrementaron de nuevo con el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras, y con todas las normas concordantes a esta, destacando la LOSSEC y su Reglamento de desarrollo aprobado por RD 84/2015.

⁵⁵⁹ MARTIN-RETORTILLO BAQUER S., (1975), *Crédito, banca y cajas de ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*. Ed. Tecnos, Madrid, pág. 110.

⁵⁶⁰ OLARIAGA, L., (1946), ob. cit. *La ordenación bancaria...*, pág. 43.

⁵⁶¹ MARTIN-RETORTILLO BAQUER S. (1991), ob. cit. *Derecho Administrativo Económico II*, pág. 113.

⁵⁶² La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, se aprueba en un momento en que el sistema financiero necesitaba, dado su grado de desarrollo, y los cambios políticos ocurridos en la década anterior, una reforma en profundidad de carácter general, esto es, en todo el ámbito de su extensión, puesto que la normativa de la que se partía era preconstitucional, había además que tener en cuenta e incorporar a nuestro Ordenamiento Jurídico la normativa comunitaria, que en parte se realizó en materia crediticia mediante el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, y existía una dispersión normativa, que todavía hoy sigue existiendo sin que se haya hecho un tratamiento unificado de la materia, siendo este uno de los mayores defectos del sistema. Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1298/1986, supuso un intento serio de servir como primer paso hacia una futura normativa uniforme, aplicable a todas las entidades que tienen como actividad común la intermediación en el crédito, siendo esta definición de entidad de crédito, la piedra angular del nuevo sistema. Vid. GARCIA-PITA y LASTRES, J.L., (1999) ob. cit. "El Derecho Bancario: consideraciones...", pág. 292.

⁵⁶³ MARTIN-RETORTILLO BAQUER S. (1991), ob. cit. *Derecho Administrativo Económico II*, pág. 122 y ss.

Todo ello nos lleva a plantearnos, si técnicamente el Banco de España tenía facultades para haber intervenido entidades en una situación de peligro de insolvencia, ¿Por qué esas medidas no se adoptaron al advertir los primeros síntomas de debilidad?⁵⁶⁴, ¿Fue por un problema de falta de la necesaria autonomía como regulador?.

1.3.2. *La autonomía del Banco de España. ¿Realidad o ficción?*

La autonomía e independencia de las autoridades reguladoras, especialmente en el sector financiero, son principios imprescindibles que deben inspirar su actividad supervisora⁵⁶⁵. En España, la autonomía del Banco de España se comenzó a introducir en 1980, pero no era una autonomía plena. Tras la ratificación de España del Tratado de la Unión Europea -Tratado de Maastricht- en noviembre de 1993, se inicia el camino para adaptar el papel del Banco de España a los requerimientos de la Unión Económica y Monetaria que el Tratado preveía⁵⁶⁶. Con la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España (en adelante, LABE), que sigue vigente, se produce la configuración definitiva del Banco de España, como responsable de la política monetaria, al tiempo que se pretende garantizar su independencia en el diseño de esa política, siendo la integración del mismo en el SEBC, el impulso definitivo para el reconocimiento formal de esta autonomía derivada de las directrices europeas, por ser esta una exigencia del proyecto de Unión Monetaria en Europa⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ Los síntomas de debilidad fueron advertidos, pero no se intervino, a pesar de considerarse por muchos que el Banco de España debe intervenir cuando detecta un nivel de insolvencia suficiente. La no intervención o “pasividad” del Banco de España, se debía a la complejidad de nuestro sistema institucional y a los mecanismos de gobierno de las cajas de ahorros, muy politizados. En este sentido, ARIÑO G. y GARCÍA M. (2013), *Vindicación y reforma de las cajas de ahorros*, Ed. Civitas, Madrid, pág. 149.

⁵⁶⁵ El Comité de Basilea incluyó la independencia del supervisor como la primera de las precondiciones para una supervisión bancaria efectiva incluida en la “Lista de principios básicos para una supervisión bancaria efectiva”, septiembre de 1997, pág. 4. Disponible en http://www.sbif.cl/sbifweb/internet/archivos/publicacion_2226.pdf
Vid. también, USTÁRIZ GONZÁLEZ L.H. (2003), “El Comité de Basilea y la supervisión bancaria”, en *Universitas*, nº 105, Ed. Universidad Pontificia de Javeriana, Colombia, pág. 453.

⁵⁶⁶ ORRIOLS SALLÉS M.A. y ROCA SAGARRA J., (1997), *La estructura pluralista del sistema bancario en España*, Ed. Marcial Pons, Madrid, pág. 142.

⁵⁶⁷ En relación con la ordenación de la actividad de crédito, se produce también la adaptación de la legislación española a las normas armonizadoras que se habían aprobado recientemente. Así, con la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adaptó la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva CEE nº 646/1989 de coordinación bancaria y se introdujeron otras modificaciones

Tal autonomía supone, desde el punto de vista normativo, la configuración del Banco de España como una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada –ex artículo 1 de la LBE- La determinación de sus fines, a efectos de concretar esa autonomía, vienen determinados en el artículo 7, en el que se especifican funciones tanto relativas a la política monetaria, como a la supervisión prudencial de entidades de crédito (en su artículo 7.6), con una importante excepción en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora, ya que su artículo 2 dispone que los actos administrativos que dicte el Banco de España en el ejercicio de otras funciones –diferentes a las que sirvan al cumplimiento de sus fines-, así como las sanciones que imponga, serán susceptibles de recurso ordinario ante el Ministro de Economía y Hacienda. A la vista de la norma, todas las sanciones que pueda imponer pueden ser recurridas ante el Ministro de Economía y Hacienda, y si consideramos que la potestad sancionadora es un importante instrumento para garantizar que los operadores acaten la normativa prudencial, esta vinculación con la AGE puede diluir su efectividad, y encaja mal con el actual sistema de supervisión europea en la que el Banco de España ejerce sus funciones integrado en el MUS. De hecho, encaja mal con la reciente jurisprudencia europea contenida en la STJUE de 19 de octubre de 2016, en el caso Ormaetxea Garai y Lorenzo Almendros, Asunto C-424/15 (EU:C:2016:780), en relación con la independencia de las autoridades nacionales de regulación del sector de las telecomunicaciones⁵⁶⁸, que recoge un criterio jurisprudencial sobre la interpretación de la independencia de los reguladores que puede aplicarse a cualquier otro sector regulado, como el del crédito. En dicha sentencia, el TJUE declara que la independencia del regulador es posible considerándose como garantía de su independencia que las decisiones que adopte el regulador puedan ser objeto de un recurso efectivo ante un organismo independiente de las partes implicadas. Dado que el Banco de España forma parte de la

relativas al sistema financiero, complementada con el Real Decreto 1295/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito. La idea que subyace en la Segunda Directiva de armonización bancaria es la preparación del establecimiento de un sistema bancario europeo, puesto que para la apertura de sucursales de entidades de crédito procedentes de uno de los Estados miembros, ya no se requiere una autorización otorgada las Autoridades del país de destino, sino que dichas sucursales se benefician de la autorización concedida por las autoridades competentes de su Estado de origen, bastando con una comunicación al Banco Central correspondiente del país de destino.

⁵⁶⁸ Vid. referencia anterior número 61.

Administración General del Estado y el Ministerio de Economía y Hacienda también, esta independencia no es real si entendemos que el recurso al que se está refiriendo el TJUE lo es en vía administrativa, y no judicial contencioso-administrativo –este último sí cabría como control judicial de la actuación administrativa de conformidad con las reglas generales, siendo competente la Audiencia Nacional-.

Existen otros puntos de su estatuto jurídico en los que se aprecia que la autonomía no es plena⁵⁶⁹, y así, permanece cierto vínculo político en el artículo 24 LBE, del que resulta que el que el Gobernador del Banco de España será nombrado por el Rey, a propuesta del Presidente del Gobierno; el Subgobernador será designado por el Gobierno, a propuesta del Gobernador; y los seis Consejeros serán designados por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, oído el Gobernador del Banco de España, y los dos Consejeros miembros de la Comisión Ejecutiva se designarán por el Consejo de Gobierno, a propuesta del Gobernador, de entre sus miembros no natos. La vinculación política se trata de justificar por la relación existente entre su función de conseguir la estabilidad de los precios, en relación con la "estabilidad económica" a la que se refiere el artículo 40 de la Constitución⁵⁷⁰, y también en la vinculación existente entre la política monetaria y la política económica general, que se atribuye al Estado a través del Gobierno, sobre la base del artículo 97 de la Constitución española que atribuye al Gobierno la dirección de la política interior y exterior. Ciertamente el mandato contenido en el artículo 40.1º CE, va dirigido a los poderes públicos, no específicamente al Gobierno, por lo que, su

⁵⁶⁹ La doctrina considera que esta independencia es relativa, pues no se dan en su estatuto jurídico los presupuestos para que lo sea, a pesar de que se acepta la denominación de Administración "independiente", debido a que con ello se diferencia de otros órganos que quedan encuadrados en la estructura de la AGE, y existe identidad con órganos similares que reciben tal denominación en Derecho comparado. El hecho de que quede cierta vinculación, para algunas salva el problema de su constitucionalidad, ya que el artículo 97 CE, exige que el Gobierno dirija la Administración civil, de modo que la absoluta independencia encontraría problemas constitucionales para ser admitida. En este sentido, VÍRGALA FORURIA, E. (2006), "Agencias (y Agencias reguladoras) en la Comunidad Europea", *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 5, pág. 160.

⁵⁷⁰ Vid. las SSTC 96/1984 y 150/1990. A pesar de que la estabilidad monetaria es esencial dentro de la estabilidad económica general, es una tarea que debe ser compatibilizada con otras también encomendadas a los poderes públicos. Ahora bien, se ha planteado la configuración constitucional de ese principio de estabilidad monetaria o de precios que recoge el artículo 40 CE, pudiéndose identificar no como un derecho subjetivo o incluso fundamental a la estabilidad de precios, sino como una directriz material para la actuación de los poderes públicos. En este sentido, POMED SÁNCHEZ, L.A. (1996), ob. cit. *Régimen jurídico del Banco...*, pág. 142; También GARCÍA DE ENTERRÍA E., (1981), *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, pág. 70.

autonomía sería real si la designación de los órganos rectores del Banco de España se hiciera depender del Parlamento, en cuanto, que es este el órgano supremo de la estructura constitucional, y a quien debería corresponder la ordenación de los diferentes ámbitos de la vida social⁵⁷¹.

La vinculación política en su nombramiento no refleja una auténtica autonomía, y se ha considerado que, en realidad, se sigue la misma tónica en la LBE que en la LORBE de 1980⁵⁷². Además la LBE centra el objetivo de la autonomía que regula, en preservar la independencia del Banco de España en lo referente a la política monetaria, no en su función como supervisor del mercado del crédito⁵⁷³. En cierto modo, la autonomía del Banco de España, en su primera fase, quedaba limitada a la política monetaria, como exigencia de la Unión Europea, pero de acuerdo con el artículo 14.4 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (Protocolo nº 4), los Bancos centrales nacionales podían ejercer funciones distintas a las monetarias que no interfiriesen con éstas, y que como regla general, venían referidas a la ordenación del sector del crédito. A esta actividad, no obstante, se refería de forma tangencial la regulación del SEBC, en lo referente a la supervisión prudencial (artículo 25 del mismo Protocolo nº 4), quedando aquéllas sometidas a la legislación nacional, y ejerciéndose bajo su responsabilidad, por no formar parte de las funciones del SEBC. Hoy en día, sobre este precepto se ha construido todo el sistema de supervisión única del MUS, por lo que merece una consideración especial, la integración del Banco de España en el SEBC.

1.3.3. La integración del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC): el sistema monetario único como primer paso hacia la supervisión prudencial común del MUS.

La creación del euro como moneda única supuso que los países que se incorporaron, compartieran desde ese momento, una política monetaria común, pero

⁵⁷¹ Vid. POMED SÁNCHEZ, L.A. (1996), ob. cit. *Régimen jurídico del Banco...*, pág. 143, con cita a GARCÍA MACHO R. (1988), *Reserva de Ley y potestad reglamentaria*, Ed. Ariel, Barcelona, pág. 163 y ss.

⁵⁷² ORRIOLS SALLÉS M.A. y ROCA SAGARRA J., (1997), *La estructura pluralista del sistema bancario en España*, Ed. Marcial Pons, Madrid, pág. 143.

⁵⁷³ VEGA SERRANO J.M. (2011), ob cit. *“La regulación bancaria...”*, pág 236.

en un primer momento, la unificación de la moneda y de la política monetaria, no conllevaron una regulación única del sistema financiero europeo. No se consideró necesario. La experiencia práctica surgida de la crisis de 2007-2008, ha demostrado que ambas funciones, tradicionalmente atribuidas a los Bancos Centrales, aunque son diferentes, interactúan, y no deben separarse⁵⁷⁴.

Desde la integración monetaria, el Banco de España colabora con el Eurosistema y con los diversos comités de la Unión Europea (UE), además de con otros organismos como el Fondo Monetario Internacional, el Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, el Banco de Pagos Internacionales y Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, considerado, este último, como el creador global de estándares de regulación y supervisión y cuyo principal objetivo es homogeneizar las prácticas de supervisión bancaria a nivel internacional. De este modo, la unión monetaria ha sido el motivo de una mayor aproximación de los Bancos nacionales de la eurozona a los organismos reguladores internacionales, a pesar de la separación de ambas funciones.

Para la integración en el SEBC, España, igual que los demás partícipes en el mismo, cambió los estatutos del Banco de España para hacerlo autónomo e independiente de los poderes políticos nacionales en relación con la dirección de la política monetaria, no afectando la autonomía de la entidad a todas las funciones de los Bancos Centrales en relación con la supervisión e inspección de las entidades de crédito.

El proceso reciente de integración de la supervisión en la unión bancaria es resultado de la crisis 2007-2008, habiéndose acordado en el Consejo Europeo celebrado los días 28 y 29 de junio de 2012, fortalecer la estabilidad financiera de la zona euro, siendo para ello un prerrequisito de su crecimiento, la consecución de una genuina Unión Monetaria y Económica. Por este motivo, el origen de la unión bancaria debe buscarse en la integración monetaria, a pesar de que en el momento de la incorporación al SEBC, no se pensó en una regulación financiera única, pero la actual

⁵⁷⁴ La relación entre la vulnerabilidad del sistema bancario y la estabilidad de precios se pone de relieve en FERNÁNDEZ DE LA BUELGA L. y EZQUIAGA I. (Coords.), (1993), *El sistema financiero español ante el Mercado Único*, Ed. Civitas, Madrid.

unión bancaria es una consecuencia necesaria de la moneda única⁵⁷⁵. El nuevo sistema de supervisión financiera europeo, que es obligatorio para los Estados con moneda única, y de participación facultativa para los demás Estados que formando parte de la Unión Europea no utilicen la moneda común, surge del modelo contenido en el *Informe Larosière*, donde se pone de relieve la conexión de la moneda única con la necesidad de seguir unos estándares de regulación uniformes⁵⁷⁶. Realmente la conexión entre ambos radica en que las restricciones de liquidez que derivan de estados generalizados de insolvencia del sector del crédito, tiende a elevar la inflación monetaria⁵⁷⁷. Esta inestabilidad en la moneda única es lo que se pretende proteger con una regulación financiera prudencial muy estricta y común.

De este modo, la reforma de la actividad de supervisión financiera, no sólo en Europa, sino a nivel internacional se justifica por el hecho de que la interconexión de los mercados financieros ha sido capaz de propiciar la contaminación de mercados que

⁵⁷⁵ Existen muchos documentos de los que resulta una relación causa-efecto entre la adopción de la moneda única y la necesidad de seguir una regulación financiera uniforme. Entre otros, LOPEZ GARCIA, M.I., (2012), "La Comisión Europea y su papel ante la crisis", en *La regulación económica, en especial, la regulación bancaria, Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 360. El autor destaca que en los estadios iniciales de la crisis, en fecha 29 de octubre de 2008 se publicó la Comunicación de la Comisión Europea "De la crisis financiera a la recuperación: Un marco europeo de acción", en la que se establecen una serie de medidas para actuar de forma coordinada, a través de las fases de estabilización y reestructuración, que posteriormente se desarrollaron en el Plan de recuperación económica. En la primera fase de estabilización, lo que se prevé es frenar el desarrollo de la crisis, aportando financiación a aquellos Estados miembros que lo necesiten desde el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional, aprobando en consecuencia Reglamento 407/2010 del Consejo UE, de 11 de mayo, que establece un mecanismo europeo de estabilización financiera. En esta primera fase, los tres conceptos claves que se consideran en respuesta a la crisis en esta fase de estabilización son los de liquidez, confianza y estabilidad. En la primera fase de estabilización lo que se aprecia es la adopción de un conjunto de medidas tendentes a estabilizar la moneda única. En la segunda fase, las medidas son tendentes a la construcción de políticas uniformes de supervisión y de una red única de supervisores.

⁵⁷⁶ El *Informe Larosière* estudió la creación del nuevo sistema de supervisión financiera más extensa que la anterior, tanto macroprudencial como microprudencial, y más coordinada y fuerte, aunque construida sobre las estructuras preexistentes, realizándose diversas recomendaciones en ese sentido. Vid. Informe Larosière, Bruselas 25 de febrero de 2009, pág.4. Disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf, última entrada 3 de diciembre de 2013.

⁵⁷⁷ En relación con ello, vid. RESTOY LOZANO F. (2015), "Política monetaria y estabilidad financiera" (Discurso basado en la intervención realizada en la clausura del seminario de la UIMP "El nuevo modelo económico". Disponible en <http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/Subgobernador/Arc/Fic/restoy190615.pdf> También, Informe de Estabilidad Financiera, nº 11/2015, Ed. Banco de España, Recuperado el 7 de diciembre de 2016 en <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/InformesEstabilidadFinanciera/15/IEF-Nov15.pdf>

aparentemente estaban saneados, de modo que, la crisis iniciada en relación con un sector concreto del mercado hipotecario estadounidense (el denominado *subprime*) se extendió entre instituciones, mercados y países con una intensidad y un ritmo excepcionales⁵⁷⁸, y las debilidades del sector del crédito en Europa, se transmitieron a la estabilidad monetaria. Es bien sabido que los ciclos económicos alternan situaciones de bonanza con situaciones de recesión, pero también se advirtió que el modelo regulador adoptado en Basilea II, incidía negativamente en estos procesos, considerándose demasiado "procíclico", es decir, acentuaba la debilidad económica en caso de recesión y la fomentaba en época de bonanza, porque permitía a los operadores financieros el control del riesgo asumido en la actividad bancaria, por lo que, desde ese punto de vista, no se garantizaba la estabilidad monetaria.

El *Informe Larosière* tiene en cuenta esta circunstancia en el modelo propuesto⁵⁷⁹, y también se tiene en cuenta en nuestro propio ordenamiento jurídico, en el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ FIELD, L. y PÉREZ, D., (2009) ob. cit. "El informe del grupo de alto nivel sobre...", pág. 43. Disponible en:

<http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/09/May/Fic/ief0316.pdf>

⁵⁷⁹ FIELD, L. y PÉREZ, D., ob. cit. "El informe del grupo ...", pág. 46

⁵⁸⁰ Es muy ilustrativa la Exposición de Motivos del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito: «...en periodos de bonanza, la aparente reducción del riesgo de las actividades financiadas junto con la aparición de beneficios que refuerzan la base de capital de las entidades, permite a estas incrementar el ritmo de concesión de crédito. Análogamente, en periodos de recesión, el aumento del riesgo y la reducción de la base de capital derivada de resultados negativos conducen a las entidades a contraer la concesión de financiación. De este modo, la oferta monetaria de la economía experimenta un comportamiento procíclico. Tradicionalmente esta prociclicidad se ha combatido fundamentalmente a través de la política monetaria. Sin embargo, la política monetaria resulta poco eficaz cuando los balances de las entidades financieras están seriamente dañados. En efecto, la reducción de los niveles de recursos propios que se deriva de la asunción de pérdidas inesperadas unido al aumento del riesgo de las exposiciones obliga a las entidades a reducir el crédito para seguir cumpliendo con los requisitos mínimos de capital que exige la regulación. La reducción del crédito, a su vez, impide la transmisión de la política monetaria a la economía real. Estas particularidades provocan que las crisis financieras tengan una especial incidencia en la economía real. Además, dichos efectos no se limitan a una contracción puntual de la demanda agregada sino que afectan incluso al potencial de crecimiento de las economías. En efecto, la interrupción del canal crediticio afecta a las dos principales fuentes de crecimiento a largo plazo al dificultar, por un lado, la acumulación de capital y, por otro, la financiación de aquellas actividades que generan progreso tecnológico. Por estas razones, las entidades de crédito están sometidas a una regulación sin equivalencia comparable en otras actividades económicas».

Los defectos de supervisión en la eurozona acogen la misma problemática internacional, basada en la conexión de los mercados financieros, pero además en ella hay una vinculación monetaria que hace que las situaciones de déficit soberano en un Estado miembro vinculen a los demás Estados que comparten la misma moneda. El nuevo sistema de supervisión tiene en cuenta esta conexión, y por este motivo, la estabilidad de la moneda se logra también a través de las prohibiciones y limitaciones de rescates bancarios que regulan los artículos 123 y ss TFUE⁵⁸¹.

1.3.4. La independencia de los supervisores en el MUS: su configuración como entidades administrativas independientes.

La autonomía del Banco de España sólo se garantizaba en la LBE en lo referente a la política monetaria y como requerimiento del SEBC⁵⁸². Pero la construcción de la unión bancaria y la integración de España en el MUS ha sido, en realidad, lo que más ha incidido en la independencia del regulador respecto del poder político en España, puesto que al trasladarse el grueso de las funciones de supervisión definidas en el MUS, al BCE, es éste quien dirige la actividad supervisora o incluso, la realiza directamente. Por este motivo, debemos fijarnos en el estatuto jurídico del BCE en relación con el MUS, para llegar a valorar si su autonomía o independencia queda mejor garantizada en el Derecho europeo que de lo que lo ha sido, hasta ahora, en el Derecho interno.

⁵⁸¹ En la crisis 2007-2008 para evitar la bancarrota de entidades financieras de grandes dimensiones, los gobiernos de la eurozona adoptaron, entre otras, medidas dirigidas a reanimar el mercado financiero o el sistema bancario, tales como el uso de avales públicos o la inyección directa de fondos públicos en instituciones financieras, comprometiendo con ello, la propia estabilidad, y dando lugar, en algunos casos a situaciones de insolvencia soberana, cuando además, existían otros problemas en dichos Estados, de carácter fiscal y estructural en cuanto que acogían desequilibrios económicos que no les permitieron hacer frente a la crisis debidamente. Vid. GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M., (2012) "Las líneas de defensa frente al riesgo soberano y al 'efecto contagio' en los mercados. ¿Qué papel puede y debe jugar la política monetaria?" Ed. Banco Central Europeo.

Disponible en: <http://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120322.es.html>

⁵⁸² De hecho, aún en 2012, el Gobernador del Banco de España, reclamaba públicamente la total autonomía e independencia de la entidad respecto del Ministerio de Economía (lo hizo en la apertura de un Seminario celebrado en Madrid el 10 de abril de 2012 sobre "La nueva realidad del sistema bancario español"). Vid. ARIÑO ORTIZ, G. (2013) ob. cit., *Vindicación y reforma de las cajas de ahorros...*, pág. 155.

En el Reglamento UE nº 1024/2013 del Consejo de 15 de octubre de 2013 que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito, su artículo 19 recoge como principio organizativo del BCE en su faceta de regulador, la independencia del mismo respecto al poder político europeo y nacional de cualquier Estado, y de cualquier institución, órganos u organismo. De este modo, al ejercer las funciones que se atribuyen al BCE en el MUS, este deberá actuar con plena independencia. La misma independencia se declara respecto a las autoridades nacionales en el ejercicio de aquellas de las funciones del MUS que quedan en sus manos.

Manifestaciones concretas de este principio son algunas medidas que recoge el mismo Reglamento del MUS y entre las que destaca que los miembros del Consejo de Supervisión y el comité director del BCE no pedirán ni aceptarán instrucción alguna de las instituciones u órganos de la Unión, de ningún Gobierno de un Estado miembro, ni de ninguna otra entidad pública o privada (ex art. 19.2 Reglamento UE nº 1024/2013), que los miembros del Comité Administrativo de Revisión del BCE deberán actuarán con independencia y en pro del interés público (ex art. 24.4 Reglamento UE nº 1024/2013), y que el personal que intervenga en la ejecución de las funciones que se atribuyen al BCE como supervisor, estará separado, desde el punto de vista organizativo, del resto del personal del BCE y formará parte de una estructura jerárquica diferente (ex art. 25.2 segundo párrafo Reglamento UE nº 1024/2013)⁵⁸³.

Una garantía de su independencia reside en que el control de su actividad, además de por la vía judicial⁵⁸⁴, se realiza por el Parlamento Europeo, y por los Parlamentos de los Estados miembros que participan en el MUS, ya que los artículos 20 y 21 del Reglamento del MUS, impone al BCE la obligación de rendir cuentas ante el Parlamento europeo y proporcionarle otras informaciones, así como de trasladar los

⁵⁸³ La separación organizativa del personal se entiende necesaria en el Considerando nº 66 del Reglamento UE nº 1024/2013, como medida para preservar el adecuado ejercicio de las funciones del MUS respecto a una posible influencia de la actividad como director de la política monetaria.

⁵⁸⁴ El Considerando nº 60 del Reglamento del MUS, sujeta la actividad de supervisión del BCE a las reglas generales, remitiéndose al artículo 263 del TFUE, de modo que el TJUE debe controlar la legalidad de los actos del BCE que no sean recomendaciones o dictámenes, destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.

informes del BCE a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros participantes. Se prevé también en el artículo 20.7 del Reglamento UE nº 1024/2013 que cuando el Tribunal de Cuentas examine la eficiencia operativa de la gestión del BCE en virtud del artículo 27.2 de los Estatutos del SEBC y del BCE, tendrá en cuenta las funciones de supervisión atribuidas al BCE.

Es también una medida significativa, para preservar la independencia del BCE, la participación del Parlamento de la UE en la designación de Presidente y Vicepresidente del Consejo de Supervisión del BCE, puesto que, aunque no los designa directamente –el nombramiento corresponde al Consejo europeo, en el que recae el poder político–, es un requisito previo, que se apruebe la propuesta de los nombramientos en sede parlamentaria⁵⁸⁵. La legitimación parlamentaria de los nombramientos de los miembros de los órganos de gobierno de los Bancos Centrales es un elemento que venía siendo reclamado respecto a la designación de los miembros de los órganos rectores de los Bancos Centrales nacionales, como manifestación de su autonomía⁵⁸⁶, recordemos que los Bancos Centrales se consideran ejemplo de Administración independiente⁵⁸⁷, al menos deberían serlo no sólo en el plano teórico, también en el práctico.

⁵⁸⁵ El artículo 26.3 del Reglamento del MUS (Reglamento UE nº 1024/2013) regula el procedimiento de designación de los órganos directores del Consejo de Supervisión, y conforme al él: «Después de oír al Consejo de Supervisión, el BCE presentará al Parlamento Europeo una propuesta relativa al nombramiento del presidente y del vicepresidente, para recabar su aprobación. Tras la aprobación de esta propuesta, el Consejo adoptará una decisión de ejecución para nombrar al presidente y al vicepresidente del Consejo de Supervisión. El presidente será elegido, mediante un procedimiento abierto de selección del que se informará debidamente al Parlamento Europeo y al Consejo, de entre personas de reconocido prestigio y experiencia en asuntos bancarios y financieros y que no sean miembros del Consejo de Gobierno. El vicepresidente del Consejo de Supervisión será elegido de entre los miembros del Comité Ejecutivo del BCE. El Consejo actuará por mayoría cualificada sin tener en cuenta los votos de los miembros del Consejo que no sean Estados miembros participantes».

⁵⁸⁶ La independencia de los órganos rectores del Banco Central respecto del Gobierno es un elemento que permite medir el grado de autonomía, junto con otros elementos, como son la independencia funcional en el diseño de la política monetaria, la fijación de objetivos finales vinculantes para el Banco, y las limitaciones establecidas como prestamista del sector público. En este sentido, POMED SÁNCHEZ, L.A. (1996), ob. cit. *Régimen jurídico del Banco...*, pág. 247.

⁵⁸⁷ Vid. FERNANDEZ RODRIGUEZ T.R. (1994), "Reflexiones sobre las llamadas Autoridades independientes", en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Ed. Civitas, Madrid, pág. 428; y también, MARTINEZ DALMAU R. (2005), *Constitución, legitimidad democrática y autonomía de los Bancos Centrales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 145. Se describe al Banco de España como entidad independiente, pero su estatuto jurídico nunca ha sido acorde con esta característica por ser el Gobierno quien designa a los miembros de sus órganos de Gobierno.

Desde un punto de vista teórico su conveniencia es clara, ya que la razón de ser de las administraciones independientes es la conveniencia de que en ciertos ámbitos del poder público vinculados a la actividad del Ejecutivo, se neutralice la injerencia del Gobierno para garantizar su adecuado funcionamiento⁵⁸⁸. Esta necesidad es totalmente predicable respecto de los Bancos Centrales que deben guiarse más por criterios técnicos que por criterios políticos. En este sentido, queda vinculada la actividad de los Bancos Centrales con unos requerimientos de actuación de tipo objetivo, no político, que a pesar de admitir cierta discrecionalidad en su actividad⁵⁸⁹, nunca ampara la arbitrariedad que podría derivar de la influencia política. En este sentido, se excluyen también habilitaciones discrecionales globales⁵⁹⁰.

La configuración de los Bancos centrales como administraciones independientes es de suma importancia a efectos de controlar la adecuación de su actividad a los intereses generales a los que debe servir con objetividad (ex artículo 103 CE, en España), porque permite que, además de someter a control judicial las disposiciones dictadas por el mismo⁵⁹¹, aplicando las reglas generales en esta materia contenidas en el artículo 106 CE y concordantes, especialmente el artículo 3.2 LBE – respecto al Banco de España⁵⁹², y artículo 263 TFUE en relación con el BCE, se apliquen otros controles como son la rendición de cuentas ante el Parlamento, y otros controles externos vinculados a su legitimación democrática a través de órganos directamente relacionados con el Parlamento, tales como el Defensor del Pueblo y el

⁵⁸⁸ MARTINEZ DALMAU R. (2005), ob. cit. *Constitución, legitimidad democrática*, pág. 97. Y PARADA VÁZQUEZ J.R. (1994), “Las administraciones independientes”, en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Ed. Civitas, Madrid, pág. 657.

⁵⁸⁹ En general, se refiere a la discrecionalidad en las decisiones adoptadas en cualquier ámbito de regulación económica MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1991), ob. cit. *Derecho Administrativo Económico I*, pág. 52 y ss. Más concretamente, en relación con la actividad del BCE en lo referente a la política monetaria, GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, J. (2000), *La posición jurídica del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales*, Ed. Civitas, Madrid, pág. 170. Sobre el papel que juega la discrecionalidad administrativa en las decisiones de los supervisores financieros, vid. TORRERO MAÑAS, A. (1993), *La crisis del sistema bancario: Lecciones de la experiencia de Estados Unidos*, Ed. Civitas (Madrid), pág. 230 y ss.

⁵⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRIA, E. (1996), *Democracia, jueces, y control de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid, págs. 225 y 226.

⁵⁹¹ IRURZUN MONTORO F. (2009), “Las Administraciones reguladoras y supervisoras a la luz de algunos de los elementos típicos del control jurisdiccional”, *La Administración reguladora y supervisoras: Visión teórico-práctica*, Ed. Dykinson, Madrid, pág. 163.

⁵⁹² La competencia jurisdiccional respecto al mismo es de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de acuerdo con el artículo 3.2 LBE.

Tribunal de Cuentas⁵⁹³ –ex artículos 54 y 136 CE en relación con artículo 4.2 LBE (en España), y 287.1 y 3 TFUE (respecto al BCE)-⁵⁹⁴.

A la vista de la regulación de la faceta supervisora del BCE, sí podemos concluir que su régimen jurídico es adecuado para su actuación como administración independiente, toda vez que, puede ocurrir que en la práctica, exista alguna distorsión política que contamine su actividad⁵⁹⁵, pero desde el punto de vista normativo, su configuración es adecuada, porque se aleja del poder político, sin perder su esencia como sujeto que realiza una actividad administrativa, y que por tanto, siempre debe mantener en el ejercicio de ella, las garantías ciudadanas que le son inherentes⁵⁹⁶.

La LBE no ha sido modificada en lo referente a la desvinculación respecto del Gobierno y sigue recogiendo la designación por este de los órganos de la entidad. La importancia práctica de esta regulación es mucho menor tras la integración en el MUS, pues las competencias del Banco de España se han reducido considerablemente y las que mantiene las ejerce en colaboración con el BCE a quien le corresponde la dirección de sistema único de supervisión, pero aun así, lo correcto sería que se hiciera depender al Banco de España del Parlamento y no del Gobierno, o al menos que el Parlamento aprobara la propuesta de designación del Gobierno. Las competencias del BCE en España son de supervisión directa, de momento, como consecuencia de las ayudas recibidas en 2012, pero el carácter significativo o no de las entidades puede modificarse con el tiempo, y con ello volverse a recuperar la supervisión directa de tales entidades en relación con muchos más aspectos de su regulación, aunque siempre bajo la dirección del BCE.

⁵⁹³ MARTINEZ DALMAU R. (2005), ob. cit. *Constitución, legitimidad democrática*, pág. 91.

⁵⁹⁴ En relación con el control dispensado por el Defensor del Pueblo, vid. ÁVILA RODRIGUEZ C.M. (2013), *La tutela parlamentaria de la buena administración. Perspectiva estatal, autonómica de los comisionados parlamentarios*, Ed. Aranzadi, Navarra, págs. 119 y ss.

⁵⁹⁵ En este sentido, inicialmente, el SEBC recibió como crítica la inexistente neutralidad política en relación con la finalidad del mismo (política monetaria). Vid. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2000), ob. cit. *La posición jurídica del Banco de España...*, pág. 55 y ss.

⁵⁹⁶ PÉREZ GÁLVEZ, J.F. (2007), *Las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*, Ed. Comares, Granada, pág. 16.

1.3.5. Las competencias del Banco de España tras su incorporación al MUS.

Tras la entrada en funcionamiento del MUS en noviembre de 2014, las competencias del Banco de España se comparten hoy con el BCE en los términos que hemos expuesto en el Capítulo II⁵⁹⁷, y cuya extensión se regula en la LOSSEC y su Reglamento aprobado por Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, planteándose una nueva situación en lo referente al ejercicio de competencias de ordenación del crédito no sólo para el Banco de España en su relación con el BCE, sino para las Comunidades Autónomas, cuyas competencias ahora son residuales, como veremos en epígrafes siguientes.

La atribución a la red de supervisores del MUS de la supervisión de las entidades de crédito de los Estados de la eurozona, implica un importante traslado de competencias sobre supervisión en la práctica, singularmente al BCE –incluyendo las funciones de autorización, revocación o imposición de sanciones a entidades de crédito-. El BCE asume la supervisión de todo el sistema bancario, ejerciendo la supervisión directa sobre las entidades más significativas y la supervisión indirecta sobre las menos significativas, siendo muy relevante la implantación del MUS para España ya que se han calificado quince grupos de entidades de crédito como

⁵⁹⁷ En esencia, el artículo 4 de la LOSSEC, reconoce al Banco de España el ejercicio de las competencias que le atribuyan las normas de ordenación y disciplina sobre las entidades de crédito y, cuando corresponda, sobre las sociedades financieras de cartera y las sociedades financieras mixtas de cartera, ejerciendo tales funciones sin perjuicio de las funciones atribuidas al BCE y en cooperación con esta institución, de conformidad con lo previsto en el Reglamento (UE) nº 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013 (Reglamento del MUS). En particular, corresponden al Banco de España las funciones siguientes, que se comparten con el BCE: a) Autorizar la creación de entidades de crédito y la apertura en España de sucursales de entidades de crédito extranjeras no autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea; b) Autorizar la creación de una entidad de crédito extranjera o la adquisición de una participación significativa en una entidad ya existente, por una entidad de crédito o un grupo de entidades de crédito españolas, cuando dicha entidad de crédito extranjera vaya a ser constituida o se encuentre domiciliada en un Estado que no sea miembro de la Unión Europea; c) Autorizar las modificaciones estatutarias de las entidades de crédito; d) Revocar la autorización concedida a una entidad de crédito; e) Practicar la inscripción en los registros de entidades de crédito del Banco de España, así como la gestión de los mismos y de los demás previstos en otras normas de ordenación y disciplina; f) Ejercer la función supervisora y sancionadora de las entidades de crédito y, cuando corresponda, de las sociedades financieras de cartera y las sociedades financieras mixtas de cartera, para el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina; g) Conceder las autorizaciones previstas en el Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio y, en su caso, revocarlas; h) Sin perjuicio de las atribuciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el control e inspección de la aplicación de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario; i) Cuantas otras competencias se establezcan en el ordenamiento jurídico.

significativas (anteriormente cajas de ahorros muchas de ellas) que representan más del 90 % de los activos del sistema⁵⁹⁸. Las funciones del Banco de España son la otra cara de a la misma moneda, puesto que son funciones compartidas en los términos expuestos al tratar el MUS en el plano europeo, de modo que a los reguladores nacionales, les quedarán las competencias que el BCE no tenga como eje del MUS.

De este modo, y sin perjuicio del control directo que sobre las entidades significativas españolas puede realizar el BCE, al Banco de España le corresponden las funciones que en cada faceta del control administrativo que incluye la ordenación bancaria, se concretan a nivel interno, en el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito⁵⁹⁹.

Conforme al mismo, podemos diferenciar funciones que el Banco de España realizará bajo su entera responsabilidad⁶⁰⁰, y funciones que realizará en colaboración con el BCE⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ Vid. Exposición de Motivos del Real Decreto 84/2015, que desarrolla la LOSSEC.

⁵⁹⁹ El reparto de competencias entre BCE y ANC resulta en el Derecho de la UE del Reglamento del MUS y del Reglamento (UE) nº 468/2014 del Banco Central Europeo de 16 de abril de 2014 por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas (Reglamento Marco del MUS).

⁶⁰⁰ Tal es el caso de las funciones de autorizar la modificación de los estatutos sociales de los bancos (art. 10 RD 84/2015), la emisión del informe preceptivo previsto en el art. 11 RD 84/2015, en caso de modificaciones estructurales de entidades de crédito, que será elevado al Ministro de Economía y Competitividad, ya que conforme a lo previsto en la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 10/2014, de 26 de junio, y en los términos que en la misma se establecen, corresponde al Ministro de Economía y Competitividad autorizar las operaciones de fusión, escisión o cesión global o parcial de activos y pasivos en las que intervenga un banco, o cualquier acuerdo que tenga efectos económicos o jurídicos análogos a los anteriores, así como las modificaciones estatutarias que deriven de las mismas. También el Banco de España declarará expresamente la caducidad de la autorización para operar como entidad de crédito cuando, dentro de los doce meses siguientes a su fecha de notificación, no se diere comienzo a las actividades específicas incluidas en el programa de actividades a que se refiere la autorización por causas imputables a la entidad (art. 13 RD 84/2015), autorizará la apertura de sucursales y libre prestación de servicios en Estados no miembros de la Unión Europea por entidades de crédito españolas (art. 15 RD 84/2015), y será informado de la apertura de sucursales y libre prestación de servicios en España por entidades de crédito de otro Estado miembro de la Unión Europea, previa comunicación de la autoridad supervisora de la entidad de crédito, dando cuenta de la recepción de tal autorización a la entidad de crédito, quien deberá promover la inscripción de la nueva sucursal en el Registro Mercantil, y luego en el Registro de entidades de crédito del Banco de España, comunicando a este la fecha del inicio efectivo de sus actividades (art. 16 RD 84/2015). La realización en España, por primera vez, de actividades en régimen de libre prestación de servicios, por las entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea participante en el MUS, podrá iniciarse una vez que el Banco de España reciba una comunicación de su autoridad supervisora indicando las actividades que esta entidad

Finalmente, existe también algún caso en que las funciones del Banco de España se comparten, no con el BCE, sino con la ANC de otros Estados miembros. Así ocurre en caso de apertura de sucursales y libre prestación de servicios en otros Estados miembros de la Unión Europea por entidades de crédito españolas (ex art. 14 RD 84/2015). Sin embargo, cuando la entidad que pretenda abrir una sucursal sea una entidad supervisada significativa a los efectos del Reglamento (UE) nº 1024/2013, el pronunciamiento sobre la apertura de la sucursal y las demás competencias que aparezcan conexas a ella, corresponderán al BCE, y el Banco de España sólo será

está autorizada a ejercer y cuáles de ellas van a ser ejercidas en territorio español. Dicho régimen será de aplicación siempre que la entidad de crédito pretenda, por primera vez, realizar en España una actividad distinta a las eventualmente contenidas en la citada comunicación. Pero en caso de que la libre prestación de servicios en España vaya a ser ejercida por una entidad de crédito autorizada en otro Estado miembro de la Unión Europea no participante en el MUS, las competencias atribuidas en el párrafo anterior al Banco de España corresponderán al BCE (ex art. 16.3 RD 84/2015). Además, el Banco de España será competente para autorizar el establecimiento en España de sucursales de entidades de crédito autorizadas en Estados que no sean miembros de la Unión Europea (art. 17 RD 84/2015), y asumirá la vigilancia de la apertura de nuevas oficinas en territorio nacional (art. 20 RD 84/2015), de la designación de agentes de entidades de crédito (art. 21 RD 84/2015), siendo informado del alcance de la representación concedida al mismo, y de los supuestos de delegación de la prestación de servicios o el ejercicio de funciones de las entidades de crédito, vigilando que tal delegación no suponga un vaciamiento de la actividad de la entidad de crédito y que la delegación no disminuya las capacidades de control interno de la propia entidad y de supervisión del Banco de España y del Banco Central Europeo (ex art. 22 RD 84/2015). El Banco de España es también competente para gestionar el Registro de altos cargos, en el que se inscribirán los consejeros y directores generales o asimilados de las sociedades dominantes de entidades de crédito españolas (art. 34.2 RD 84/2015), y para establecer las obligaciones de gobierno corporativo previstas en la LOSSEC (art. 36.2 RD 84/2015). El Banco de España especificará también los términos en que tiene que estar configurada la página web y la información que las entidades de crédito han de incluir en la misma, con arreglo a lo establecido en la LOSSEC y 37 RD 84/2015, y será competente en relación con la vigilancia de las políticas remunerativas (artículo 40 RD 84/2015).

⁶⁰¹ Dentro de las que realizará en colaboración con el BCE se incluyen respecto a las solicitudes de autorización para ejercer la actividad de crédito, la de elevar al Banco Central Europeo una propuesta de autorización para el acceso a la actividad (art. 3.1 RD 84/2015), siendo además competente el Banco de España para iniciar, tramitar y elevar al Banco Central Europeo una propuesta de revocación de la autorización (art. 12 RD 84/2015). También comparte el Banco de España con el BCE la evaluación previa a la autorización de adquisiciones de participaciones significativas, pues conforme al artículo 25, el Banco de España evaluará las adquisiciones propuestas de participaciones significativas y elevará al Banco Central Europeo una propuesta de decisión para que este se oponga o no se oponga a la adquisición. Respecto al régimen jurídico de las participaciones significativas, es además competente el Banco de España para establecer una lista con la información que debe suministrar el adquirente potencial de participaciones significativas para ser evaluado, tarea que realizará mediante Circular (conforme al artículo 24 del RD 84/2015), por lo que mantienen competencias normativas, como facultades de ejecución de sus propias competencias, sin perjuicio de la labor normativa que realiza la Autoridad Bancaria Europea. La evaluación del cumplimiento de los requisitos de idoneidad de altos cargos de las entidades, así como la vigilancia del régimen de incompatibilidades de los mismos será controlada conforme art. 29 del RD 84/2015, por el Banco de España o, en su caso, por el Banco Central Europeo, según la operación a la que esté vinculado, así por ejemplo, si se valora con ocasión de la autorización de apertura de una entidad, será el BCE, por ser este el competente para resolver, aunque el Banco de España evaluará esta cuestión en su propuesta de resolución.

competente para recibir la solicitud de apertura si la entidad supervisada significativa pretende abrir sucursal o ejercer la libre prestación de servicios en un Estado miembro de la Unión Europea no participante en el MUS.

En España, la implantación del MUS es todavía más relevante porque no sólo implica la integración en la unión bancaria, y la consecuente pérdida de competencias como regulador del Banco de España, sino que con ello, se termina el proceso de vaciamiento de algunas competencias autonómicas sobre ordenación del crédito –que ahora quedan en manos del BCE-.

Este proceso de pérdida de competencias de regulación de los gobiernos autonómicos respecto de algunas entidades se inició con la reestructuración del sector de las cajas de ahorros en el año 2009, que en algunos puntos lleva al límite la constitucionalidad de las medidas introducidas, y que supuso en aquel momento la recuperación de competencias de ordenación del crédito para el Banco de España. Cinco años más tarde, el Banco de España y los gobiernos autonómicos vieron disminuidas sus respectivas competencias por la integración en el MUS.

El sector de las cajas de ahorros había sido siempre el punto más débil de la regulación del crédito en España, pues dada la configuración estatal en Comunidades Autónomas, algunas funciones de control sobre ellas eran atribuidas a los gobiernos autonómicos, existiendo un sistema dual de supervisión que siempre ha perjudicado su eficacia, por los continuos conflictos sobre la delimitación competencial de la ordenación del crédito. Esta distribución de competencias tan conflictiva debía corregirse de algún modo, para que la reforma en España que ha supuesto la adaptación de la regulación bancaria al sistema único europeo no resultase inútil. Por este motivo, la reforma en España ha supuesto un gran cambio en el ejercicio práctico de las funciones de supervisión, no sólo porque el BCE asume la dirección de la supervisión del MUS, y la supervisión prudencial directa sobre la mayoría de las entidades de crédito españolas, sino porque además, asume, por el momento, las competencias que el Banco de España había adquirido entre los años 2009 y 2014 con la reestructuración del sector de las cajas.

El trasfondo de todo ello es la existencia de un reparto constitucional de competencias en materia de ordenación del crédito y banca, que durante décadas ha dado lugar a una profusa jurisprudencia constitucional, que debe ser objeto de estudio aunque aparentemente haya perdido vigencia, porque sólo así se puede entender por qué la reforma ha afectado sobremanera la ostentación de las competencias sobre supervisión en la práctica, y por qué se llevó a cabo la reestructuración del sector de las cajas de ahorros. La pérdida de vigencia es sólo aparente porque responde a la realidad actual, pero los títulos competenciales de la Constitución española no se han modificado⁶⁰², y la figura jurídica de las cajas de ahorros subsiste, de modo que toda la problemática no ha desaparecido, y es más puede ser trasladada, en parte, a las fundaciones bancarias con las que comparten naturaleza jurídica y origen, aunque sí ha visto reducida su relevancia.

2. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS: EL CONCEPTO DE NORMA BÁSICA EN LA ORDENACIÓN DEL CRÉDITO.

La distribución de competencias en materia de ordenación del crédito, ha sido una cuestión muy controvertida desde sus inicios, en relación con la que el Tribunal Constitucional se ha tenido que pronunciar reiteradamente⁶⁰³. Las reformas realizadas a partir del año 2009⁶⁰⁴ impactan en el ejercicio efectivo de las competencias

⁶⁰² Sobre la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en la LCAFB, vid. CONLLEDO LANTERO F. (2014), "La reforma de las cajas de ahorros. El proyecto de la Ley de cajas y fundaciones bancarias", en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra), pág. 391.

⁶⁰³ Han sido necesario que el Tribunal Constitucional se pronuncie en diversas ocasiones para clarificar las competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en relación con las competencias de supervisión, disciplina y control de las entidades de crédito con forma de caja de ahorros, pudiéndose citar, entre otras, la STC 1/1982, STC 57/1983, STC 42/1983, STC 91/1984, STC 96/1984, STC 125/1984, STC 144/1985, STC 48/1988, STC 49/1988, STC 235/1999, STC 86/1989, STC 149/1991, STC 134/1992, STC 178/1992, STC 135/1992, STC 87/1993, STC 155/1993, STC 204/1993, STC 386/93, STC 96/1996, STC 155/1996, STC 10/2005, STC 118/2011, STC 138/2011, STC 139/2011, STC 160/2011, STC 182/2013, STC 209/2014, STC 14/2015, y STC 47/2015.

⁶⁰⁴ Han sido numerosas las normas dictadas desde el año 2009, en que comienza una reforma estructural del sistema financiero, especialmente han afectado a las competencias sobre regulación de cajas de ahorros las siguientes: Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio; Real Decreto 2/2011, de 18 de febrero, Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, Real Decreto-Ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y

atribuidas constitucionalmente, pues suponen en la práctica, una recuperación de competencias para el Estado, mediante lo que se ha denominado un proceso de “bancarización” del sistema⁶⁰⁵. La polémica sobre la distribución de competencias, ha sido siempre particularmente conflictiva en relación con las cajas de ahorros, ya que en relación con las mismas, de la Constitución se deduce un título competencial específico, más amplio que el reconocido respecto de otras entidades de crédito, aunque sometido a una serie de límites incuestionables⁶⁰⁶, que daba lugar a un sistema de supervisión dual⁶⁰⁷.

La interpretación de la delimitación de competencias ha cambiado con últimas reformas normativas, pudiéndose diferenciar dos fases claramente: la primera, tradicionalmente seguida por el Tribunal Constitucional, que hacía una interpretación, que salvo en esos límites incuestionables, tendía a ser restrictivo en la atribución de competencias al Estado, y más extensivo en la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas, quedando además recogida esta tendencia extensiva de las competencias autonómicas en las diversas normas sobre regulación de las cajas de ahorros que se fueron aprobando en cada una de las Comunidades Autónomas; y una segunda fase, posterior a la crisis iniciada en 2007-2008, en la que sin alterarse los

venta de los activos inmobiliarios del sector financiero; Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, que es consecuencia del Memorando de Entendimiento sobre Condiciones de Política Sectorial Financiera de 20 de julio de 2012, elaborado en el seno del Eurogrupo, y que dio lugar posteriormente a la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y al Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, que desarrolla la anterior Ley, estableciendo el régimen de organización y funcionamiento de las sociedades de gestión de activos, así como las facultades del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, y del Banco de España en relación con aquellas; Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero; Real Decreto 256/2013, de 12 de abril, por el que se incorporan a la normativa de las entidades de crédito los criterios de la Autoridad Bancaria Europea de 22 de noviembre de 2012; Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras; Y finalmente, culminando el proceso de la reforma de su régimen jurídico, se aprobó la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.

⁶⁰⁵ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R. (2011), “Las cajas de ahorro: El principio del fin”, en DE LA CUÉTARA MARTINEZ y MARTINEZ LÓPEZ-MÚÑIZ (Coords.), *Derecho Administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, Ed. La Ley, Madrid, pág. 1269.

⁶⁰⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1991), ob. cit. *Derecho Administrativo II*, pág.101.

⁶⁰⁷ SALA ARQUER, J.M., (2012), “Fusiones de las cajas de ahorros y crisis financiera: los poderes de supervisión de los organismos reguladores”, en REBOLLO PUIG, M., *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 285; también, FERNÁNDEZ RODRIGUEZ T.R. (2007), “La doble dependencia de las cajas de ahorro”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, octubre-diciembre 2007, págs. 153 y ss.

títulos competenciales, por la vía normativa se viene a recuperar el terreno perdido por el Estado en materia competencial tras la Constitución⁶⁰⁸.

Ciertamente, el aumento de las competencias estatales en el contexto de la crisis queda justificado por el hecho de que el mismo es el garante de la estabilidad del conjunto del sistema, esto sin embargo, el problema surge al plantearnos si en un escenario de estabilidad, la posible afectación de las competencias de las Comunidades Autónomas, queda igualmente justificado, pues en caso de no ser así, las normas dictadas desde el año 2009 en adelante y que matizan lo que es básico en la situación a la que se refieren, deberían ser consideradas provisionales, siendo necesaria su integración con la delimitación competencial que ha sido realizada durante años y en más de veinte sentencias por el Tribunal Constitucional.

Tener un sistema de competencias de regulación claramente delimitado es imprescindible, y la falta de claridad unida a la pasividad del Banco de España en el control de la actividad de las entidades de crédito y muy especialmente, de la actividad de las cajas de ahorro, ha sido muy criticado porque ha dado lugar a una tardía intervención, cuando el problema generado ya era demasiado grave⁶⁰⁹. La determinación de las competencias de ordenación es también clave para determinar todas las consecuencias jurídicas de la actividad, y por lo que nos interesa en este trabajo, también qué Administración debería asumir, en su caso, la hipotética responsabilidad patrimonial derivada de los defectos de supervisión.

Como veremos, la cuestión de la distribución interna de competencias, aunque tiene actualmente menor relevancia práctica, aún subyace, y no debe obviarse.

⁶⁰⁸ Aunque decimos que el conflicto surge tras la Constitución, lo cierto es que sí surge oficialmente con la Constitución al ser esta la que fija los títulos competenciales, pero en la particular fisonomía de las cajas de ahorros y en su vinculación con las economías regionales, debe valorarse su trayectoria completa preconstitucional. En este sentido, el mismo Tribunal Constitucional, en la STC 1/1982, considera que en defecto de normativa postconstitucional determinando las bases de ordenación del crédito, habrá que acudir a la normativa estatal preconstitucional (Ley de Bases de Ordenación del Crédito y Banca, de 14 de abril de 1962, básicamente, y en cuanto a las Cajas de Ahorros, Decreto-ley 20/1962, de 7 de junio, sobre reorganización y funciones del Instituto de Crédito de las Cajas de Ahorro; Decreto 715/1964 de 26 de marzo, y Real Decreto 2200/1977, de 27 de agosto, por el que se regulan los órganos de gobierno y las funciones de las Cajas de Ahorro).

⁶⁰⁹ En relación con los distintos factores que influyeron en la pasividad del Banco de España para intervenir tempranamente ante la sospecha de insolvencia de algunas cajas de ahorros, vid. ARIÑO ORTIZ, G. (2013), ob. cit. *Vindicación y reforma de las cajas de ahorros...*, pág. 149 y ss.

El artículo 149.1.11ª CE atribuye al Estado la competencia exclusiva en relación con las bases de la ordenación del crédito y banca, siendo la cuestión más discutida, qué debe entenderse por base de la ordenación de esas materias. Fue la STC 1/1982, de 28 de enero, en la que se declaró que deben entenderse por bases de la ordenación del crédito, «tanto las normas reguladoras de la estructura, organización interna y funciones de los diferentes intermediarios financieros, como aquellas otras que regulan aspectos fundamentales de la actividad de tales intermediarios»⁶¹⁰. La misma Sentencia destacó la necesidad de unicidad en todo el territorio en aras a seguir una política económica uniforme, de lo que se dedujo que la fijación por el Estado de las bases de la ordenación crediticia, y en general, del sistema financiero, queda justificada por formar parte del orden económico general.

Partiendo de este planteamiento inicial, las competencias de Estado y Comunidades Autónomas se han ido delimitando por el Tribunal Constitucional en una gran cantidad de sentencias⁶¹¹, en las que, siempre partiendo de que corresponde al Estado la fijación de las bases de la ordenación del crédito, se han ido perfilando aquellos aspectos de la regulación que deban ser considerados básicos⁶¹², y que como tales deben ser conceptos jurídicos estables, atendiendo más a aspectos estructurales que coyunturales.

⁶¹⁰ Vid. STC 1/1982 de 28 de enero, Fundamento Jurídico Tercero.

⁶¹¹ La STC 49/1988, en su Fundamento Jurídico 15, in fine, hace referencia a este papel del Tribunal Constitucional, entendiéndose que, si bien, la noción de “base” ha de entenderse en sentido material y no formal, de manera que aunque el legislador puede y debe, calificar determinadas normas de básicas, corresponde al Tribunal Constitucional revisar esa calificación y decidir en último término sobre la cuestión.

⁶¹² La determinación de qué es una norma básica, se había realizado anteriormente por el Tribunal Constitucional en relación con otra materia, llegando a determinar un concepto independiente y válido de carácter genérico aplicable a cualquier caso en que la Constitución atribuyera al Estado competencias sobre las bases de la ordenación. Así, en Sentencia nº 32/1981, de 28 de julio, el Tribunal Constitucional declaró que lo básico es una noción material, que exige que el contenido de la norma que se califique como tal, contenga una regulación material efectiva del sector correspondiente, y que dicho contenido responda a la finalidad propia de la competencia, que debe ser la de establecer el núcleo del ordenamiento que requiere elementos comunes en función de los intereses comunes del Estado. Es por tanto, la efectividad de la regulación estatal para la consecución de los fines que el título competencial constitucional persigue, los que justifican su existencia. Desde esa óptica, la delimitación de competencias viene a ser frecuentemente una cuestión a resolver respecto del caso en concreto, y es por esto que la construcción de la delimitación competencial en materia de ordenación del crédito ha sido casuística y se recoge en un buen número de Sentencias del Tribunal Constitucional, en las que se analiza si la competencia controvertida en cada conflicto respondía a o no a la finalidad de ordenar el crédito como necesidad de los fines comunes del Estado.

La STC 1/1982 declara que será básico todo lo que sirva a la coordinación y armonización de la política financiera como parte integrante de la política económica general, y de otra parte, que dicha política será fijada por el Estado atendiendo a las circunstancias coyunturales.

Precisamente, las circunstancias coyunturales generadas con la crisis iniciada en los años 2007-2008, han servido para justificar la reforma del sistema financiero y la tendencia a la interpretación restrictiva de las competencias autonómicas⁶¹³, con la consiguiente interpretación expansiva de las competencias estatales, que pone de manifiesto la versatilidad del concepto de qué es legislación básica en la ordenación del crédito⁶¹⁴. El contenido del concepto está lleno de sutilezas que dependen de variables tanto coyunturales (dependerá de que la norma estatal esté destinada a mantener la estabilidad general), como normativas (dependerá de la extensión de las competencias asumidas en cada Estatuto de Autonomía, y del punto concreto de la regulación a la que afecte), no siendo un concepto tan versátil lo más aconsejable para llevar a cabo una regulación eficaz⁶¹⁵.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional que sucedieron a la STC 1/1982, perfilaron qué debía considerarse básico, y se consideran como tales las normas que tienden a garantizar la existencia en todo el territorio del Estado de un mínimo común denominador normativo dirigido a asegurar los intereses generales. Entiende, además, el Tribunal Constitucional que la atribución competencial al Estado de las bases de la ordenación del crédito, excede de lo meramente normativo⁶¹⁶, y alcanza determinadas

⁶¹³ Así se puede ver en las Exposiciones de Motivos y Preámbulos de las diferentes normas aprobadas con la reforma (ver referencia nº 125 anterior), y en las Sentencias del Tribunal Constitucional que han tratado la materia posteriormente a esta reforma, especialmente la STC 182/2013 y la STC 47/2015, en las que se aprecia el cambio a una interpretación restrictiva utilizando como fundamento el criterio de que al Estado le corresponde la dirección de la política económica general, y en la medida en que las bases de ordenación de crédito sirven a esta finalidad, deben ser competencia estatal.

⁶¹⁴ ARZOZ SANTIESTEBAN X., (2012), "La versatilidad de lo básico en materia económica, con especial referencia a la crisis financiera y las Cajas de Ahorro", en REBOLLO PUIG M. (Dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 515.

⁶¹⁵ En este sentido, algunos consideran que el concepto de norma básica debe entenderse estable aunque no inamovible. Vid. UREÑA SALCEDO J.A. (2005), *La influencia pública en las Cajas de Ahorros*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, pág. 62.

⁶¹⁶ Además, en cuanto al aspecto normativo, deben entenderse incluidas tanto las potestades legislativas como las reglamentarias, como recogió la STC 235/1999 –Fundamento Jurídico 15º–, al citar la STC 1/1982, Fundamento Jurídico 1º, «puede haber algunos supuestos en que el Gobierno podrá hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Real Decreto, y de modo complementario,

potestades ejecutivas que se incluyen necesariamente en el ámbito de lo que se debe considerar básico. Ello es así, porque las potestades de carácter ejecutivo, hacen referencia a actuaciones de política crediticia general, que a menudo, trascienden del ámbito estricto de la ordenación del crédito, para incidir en el más amplio de la política monetaria y financiera⁶¹⁷.

A pesar de todo, la primera interpretación que el Tribunal Constitucional hizo de las competencias estatales era restrictiva, puesto que la STC 1/1982, recogía también que el establecimiento por parte del Estado de las bases de la ordenación no puede llegar a tal grado de desarrollo que dejase vacía de contenido la correlativa competencia de la Comunidad. Este criterio fue posteriormente matizado en STC 135/1992, al señalar que las bases dentro de una materia como es la de ordenación del crédito, banca y seguros, puede ser llegar en algunos aspectos incluso a regulaciones de detalle y exhaustivas, e incluso de ejecución, cuando ello fuese preciso para asegurar una regulación uniforme en todo el territorio nacional. Por lo que, la delimitación fue necesario realizarla en cada caso de forma casuística, valorando las competencias del correspondiente Estatuto de Autonomía y las concretas normas autonómicas en conflicto también⁶¹⁸.

alguno de los aspectos básicos de una materia determinada. Así sucede cuando el reglamento resulte «complemento indispensable» para asegurar el mínimo común denominador establecido en las normas legales básicas por no ser la ley formal instrumento idóneo para regular exhaustivamente todos los aspectos básicos, «en cuanto la complejidad o el dinamismo de la materia regulada requieran de un procedimiento de concreción normativa más flexible que el que acompaña a la elaboración de las leyes» [por todas, SSTC 86/1989, Fundamento Jurídico 2º; 147/1991, Fundamento Jurídico 4º c); 149/1992, Fundamento Jurídico 2º; 131/1996 Fundamento Jurídico 2º, y 206/1997, Fundamento Jurídico 8º]».

⁶¹⁷ Vid. STC 96/1984, de 19 de octubre, Fundamento Jurídico Séptimo.

⁶¹⁸ Vid. STC 1/1982, de 28 de enero, en su Fundamento Jurídico 1º y STC 135/1992, de 5 de octubre, Fundamentos Jurídicos 2º y 3º. También, STC 96/1996, de 30 de mayo, Fundamento Jurídico 14º en relación con STC 386/93, de 23 de diciembre, en su Fundamento Jurídico 3º, que consideró básico el art. 48.1, en relación con su apartado tercero, de la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, por el que se facultaba al Ministro de Economía y Hacienda, o en su caso, al Banco de España para que fijase las normas y los modelos de contabilidad a que debían sujetarse todas las entidades de crédito, incluidas -las cajas de ahorro y las cooperativas de crédito, a pesar de su diferente naturaleza jurídica, haciendo referencia para ello a doctrina del mismo Tribunal Constitucional anterior en la que al tratar de otra cuestión venía a reconocer como presupuesto el carácter básico de las normas sobre contabilidad, declarando: «Ninguna duda cabe de que esas determinaciones necesariamente han de gozar del mismo carácter básico que corresponde a las normas que imponen las obligaciones de carácter contable de las entidades de crédito, dado su carácter instrumental y complementario para su efectivo cumplimiento; Normas que son esenciales para procurar una información fiable sobre la verdadera situación económica, financiera y patrimonial de las empresas, con el fin de asegurar el correcto funcionamiento del sistema financiero».

La STC 96/96, profundizó en que el hecho de carecer de contabilidad, o llevarla con irregularidades que impidan conocer la situación patrimonial o financiera de la entidad, el incumplimiento de los límites de riesgos u otras limitaciones cuantitativas al volumen de determinadas operaciones, y el incumplimiento de las normas sobre información contable y financiera, la preservación de la solvencia de las entidades de crédito, el incumplimiento de los coeficientes de caja, el coeficiente de recursos propios o de las reservas obligatorias y provisiones para insolvencias son materias que deben ser consideradas básicas pues afectan al saneamiento de tales entidades y por tanto a la estabilidad del sistema financiero.

Una de las principales dificultades para determinar qué se debe entender como básico es el factor coyuntural de la materia económica, que hace imprescindible que la regulación del crédito acoja cierto grado de discrecionalidad técnica. Esta discrecionalidad al ejercer las competencias básicas, siguiendo el criterio de la STC 235/1999, de 16 de diciembre, debe entenderse encomendada a un único órgano en materia financiera, y por tanto se le encomendaba al Banco de España, y no a los órganos autonómicos con competencias en regulación del crédito⁶¹⁹. De este modo, a juicio del Tribunal Constitucional, la fijación de criterios técnicos parece considerarse básico, sobre todo en lo referente a a regulación de los mínimos de solvencia, y por tanto ha sido siempre competencia estatal, correspondiendo su fijación al Banco de España únicamente⁶²⁰.

⁶¹⁹ La atribución al Banco de España de la competencia para el ejercicio de estas funciones ejecutivas se justifica por su especialización técnica, como recuerda la STC 235/99 de 16 de diciembre, y como ya había indicado la STC 135/92, de 5 de octubre, «...y por su consideración como garante del buen funcionamiento y estabilidad del sistema financiero, de la que deriva el carácter básico de las funciones que ejerce, y que tienen por objeto la preservación de la solvencia de las entidades de crédito, que trasciende de los casos concretos y protege un interés supraautonómico, cual es la estabilidad del sistema financiero en su conjunto. No es posible la concurrencia de competencias supervisoras sobre el mismo ámbito sustantivo».

⁶²⁰ La competencia en estas cuestiones siempre fue estatal antes de la reforma, como indicó la STC 135/1992, de 5 de octubre, en el mismo sentido también STC 96/96, STC 49/1988, STC 135/1992, STC 1/1982, STC 155/1993, fundamento Jurídico 6, STC 135/1992 y STC 178/1992 y sobre todo STC 86/1989 fundamento Jurídico 13). La STC 135/1992, de 5 de octubre, indicó que «la salvaguarda de los niveles mínimos de recursos propios en relación con las inversiones realizadas y los riesgos asumidos, así como la intangibilidad de los límites máximos a las inversiones en inmuebles y otros activos en función de aquellos recursos propios» son cuestiones que integran la base de la ordenación crediticia. También la STC 96/96, así como ya lo hizo la STC 49/1988, consideró como básico, y por tanto competencia estatal, la fijación de los coeficientes obligatorios de inversión en activos calificados, cuestión que hay que interpretar junto con la doctrina de la STC 135/1992, de 5 de octubre, de la resulta que también es

Tras la reforma, como se ha analizado en el Capítulo I, todas estas cuestiones, antes consideradas básicas, forman parte de la supervisión prudencial, cuya dirección actualmente corresponde al BCE en los términos previstos en el MUS, quien actúa en colaboración con el Banco de España⁶²¹.

Lo mismo puede decirse de aquellas competencias de disciplina, inspección y sanción que correspondían antes al Banco de España⁶²², el cual ahora sólo es competente en algunos aspectos de ellas como consecuencia de haber asumido también competencias de supervisión el BCE⁶²³. En realidad debemos entender que las competencias tanto estatales como autonómicas sobre disciplina, inspección y sanción de entidades de crédito se han visto hoy reducidas, y las funciones que al respecto se atribuyen a las ANC en el MUS, corresponden en su mayoría al Banco de España en virtud de lo dispuesto en los artículos 4.2.f) y 90.1 de la LOSSEC, y de lo previsto en el

básica la determinación de los valores públicos cuya adquisición se considere computable en la fijación de esos coeficientes obligatorios de inversión. Anteriormente esta cuestión había sido tratada ya en la STC 1/1982, que los consideró básicos en cuanto que, los porcentajes o coeficientes obligatorios sobre los recursos ajenos depositados en las cajas que deben invertir éstas en la adquisición de fondos públicos, al influir en la distribución de la riqueza a nivel nacional, afecta a un aspecto general de la economía, siendo por tanto competencia del Estado su fijación, ya que ello afecta al control de la cantidad de dinero bancario por su incidencia en la cantidad total de dinero existente en cada comunidad o región –especialmente, si tales coeficientes se refieren a entidades como las cajas de ahorros, cuyo ámbito de actuación y función social originariamente venían referidos a un ámbito territorial localizado en una región o comunidad autónoma-. Por el mismo motivo, se consideró básica en STC 1/1982 la determinación de un orden de preferencia de suscripción de valores computables en el coeficiente de fondos públicos, la distribución de resultados y acumulación de excedentes, y el coeficiente de préstamos de regulación especial.

⁶²¹ Así resulta de la LOSSEC y su Reglamento aprobado por RD 84/2015 y de la normativa prudencial de supervisión de entidades de crédito con la que concuerdan estas normas.

⁶²² A pesar de todo, el reconocimiento de ciertas competencias de inspección a las Comunidades Autónomas dio lugar a más de un conflicto. Vid. LAFONT NUCUESA, L. (2008), “Comentario a la STSJ del País Vasco número 354/2007, de 17 de mayo de 2007: La inspección de las cajas de ahorro por las comunidades autónomas y el Banco de España”, en Revista Vasca de Administración Pública, nº 82, pág. 261 y ss. Al respecto, destacar la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de mayo de 2010, que se refirió a las competencias estatales y autonómicas en lo referente a la inspección y disciplina de las cajas de ahorros, para declarar que no corresponden al Estado (a través del Banco de España o del Gobierno estatal) en exclusiva las tareas de supervisión que sean competencia de aquel, sino que también les corresponde a los Gobiernos autonómicos una coparticipación en las mismas, en los términos en que se deduzca del respectivo Estatuto de Autonomía, de las leyes básicas del Estado y del resto de la legislación autonómica y estatal aplicable.

⁶²³ Así resultaba de la Ley 30/1980, de 21 de junio (ahora derogada), que fijaba el objeto y regulaba los órganos rectores del Banco de España. Posteriormente, la competencia del Banco de España en esta materia resultaba de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España y de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (especialmente en su artículo 18). Actualmente, es la LOSSEC de 2014 y su reglamento aprobado por RD 84/2015, las normas de las que fundamentalmente resultan estas funciones.

artículo 7.6 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España⁶²⁴. Las funciones supervisoras (disciplina, inspección y sanción) que puedan corresponder a las Comunidades Autónomas, dada la expresión “en el ámbito de sus competencias”, son residuales, y deben ser concretadas a la vista de cada uno de los Estatutos de Autonomía, y en lo que pudiendo ser de su competencia, no se haya asumido en sus Estatutos de Autonomía, o asumiéndose no se haya desarrollado, la función de inspección, disciplina y sanción corresponderá al Banco de España –ex artículo 149.3 CE-.

Este criterio debe ser reinterpretado a la vista del MUS, y aunque a nivel interno, aún pueda decirse que a las Comunidades Autónomas se les reconocen funciones supervisoras, lo cierto es que el regulador esencial del sistema financiero español es el Banco de España, como ANC del MUS, función que nunca debemos entender delegada en las Comunidades Autónomas, sino compartida hasta cierto punto, según resulte en cada caso⁶²⁵.

3. PROBLEMAS CLÁSICOS EN TORNO A LA REGULACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORRO. SITUACIÓN INICIAL Y NECESIDAD DE REFORMA.

Las cajas de ahorros tienen particularidades que conllevan un tratamiento jurídico que, en ciertos puntos, se aleja de los estándares establecidos para las demás

⁶²⁴ Para un extenso estudio de esta cuestión, vid. CHINCHILLA MARÍN C., “El régimen de supervisión, inspección y sanción del Banco de España en la Ley 10/2014”, *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 102, Mayo-Agosto 2015, págs. 17-106.

⁶²⁵ La misma distribución a tres niveles, europeo, estatal y autonómico, se aprecia en otras funciones de ordenación, como por ejemplo, en la de autorización de la actividad en la que todavía se concentran más funciones por el BCE, y restan muchas menos para los reguladores nacionales. Así tomando, como ejemplo, nuevamente el caso de las autorizaciones para ejercer la actividad de crédito, y al margen de las actuales facultades del BCE en el MUS, siempre se consideró que era competencia del Estado su autorización, por su incidencia en la política financiera en todo el territorio nacional, aunque, las diferentes normas autonómicas reguladoras de las cajas de ahorros contemplaban –y todavía hoy contemplan- autorizaciones del supervisor autonómico que se exigen además de la autorización del supervisor estatal, lo que resulta conforme con la doctrina constitucional, pues de diversas sentencias se deduce que las Comunidades Autónomas pueden regular requisitos adicionales a los impuestos con carácter básico por el Estado, siempre que se respete ese mínimo que contienen las normas básicas. Esto mismo es conforme hoy con el sistema del MUS, respetando igualmente el carácter residual de las competencias autonómicas. Vid. STC 155/1993, de 6 de mayo, Fundamento Jurídico 6º, STC 135/1992, de 5 de octubre, y STC 178/1992, de 13 de noviembre y sobre todo STC 86/1989, de 11 de mayo, Fundamento Jurídico 13º.

entidades de crédito⁶²⁶. Una de esas particularidades es la susceptibilidad de las mismas para recibir interferencias políticas tanto en lo referente a la composición de sus órganos de gobierno como en el control del desarrollo de su actividad⁶²⁷.

En realidad, los problemas de las cajas de ahorros tienen dos dimensiones: la interna y la externa. Desde el punto de vista de su organización interna y de la asunción de responsabilidad por la adecuada gestión de las cajas de ahorros, los problemas han venido determinados siempre por la falta de conexión entre su propiedad y su gestión. Al asumir una forma jurídica semejante a la de una fundación, no existen propietarios identificables que no sólo ejerzan sus derechos consecuencia de la inversión en las entidades, sino también que asuman la responsabilidad por su mala gestión. En ellas existe, por tanto, un alejamiento entre la legitimación que da la propiedad del capital y el ejercicio del poder de administración⁶²⁸, sin que se hayan aplicado anteriormente fórmulas adecuadas para controlar la adecuación de su gestión a los intereses que les sirve como finalidad⁶²⁹. Este problema es general en todas las fundaciones⁶³⁰, porque esa desconexión existe siempre, pero el problema adquiere una mayor relevancia cuando la entidad es de fundación pública o se utiliza como

⁶²⁶ Las particularidades de estas entidades se pusieron de relieve por el Tribunal Constitucional en la STC 48/1988, Fundamento Jurídico 2º, en la que se destaca como rasgos diferenciales "... la dimensión social de las cajas y su proyección eminentemente regional, rasgos distintivos de estas entidades de depósito frente a otros intermediarios financieros". Estos rasgos originariamente distintivos, se han ido desdibujando en la práctica y también normativamente durante los años anteriores al inicio de la crisis (2007-2008), y tras la reforma se intenta volver al modelo tradicional, pues las últimas reformas vienen a limitar el tamaño de las cajas de ahorro para que lo sigan siendo, como resulta patente en el RD-Ley 11/2010, de 9 de julio, y todavía más patente en la Ley 26/2013, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.

⁶²⁷ UREÑA SALCEDO J.A. (2005), ob. cit. *La influencia pública en las Cajas...* pág. 24.

⁶²⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (2014), "La crisis de las cajas y la respuesta legislativa", en COLINO MEDIIVILLA y GONZÁLEZ VÁZQUEZ (Dir.) *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de las crisis de entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada, pág. 22.

⁶²⁹ Se ha puesto de relieve, respecto de las fundaciones (en general), pero totalmente predicable a las cajas de ahorros, la posible existencia de conflictos de interés entre los patronos y la entidad, lo que justifica la regulación de fórmulas de control. Vid. EMPARANZA A. (2012), "El gobierno de las entidades público-privadas: Las reglas de buen gobierno como mecanismo de transparencia y control", en EMBID IRUJO y EMPARANZA SOBEJANO, *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, págs. 169 y ss.

⁶³⁰ La fundación como tal tiene su origen en el Derecho romano antiguo y de su propia etimología se deduce su esencia y la consecuencia jurídica de que la administración de los fondos está desconectada de la propiedad (dar fondos). Vid. BLANCH NOUGUÉS J.M. (2007), *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho romano*, Ed. Dyckinson, Madrid.

forma de colaboración público-privada⁶³¹, porque los intereses gestionados son públicos en todo o en parte, y aunque deben prevalecer sobre los particulares, la propia forma jurídica de la entidad ha dificultado siempre la aplicación de fórmulas adecuadas de control⁶³².

Desde el punto de vista de su control externo, en España, sus especialidades lo que han conllevado es que las Comunidades Autónomas hayan tenido atribuidas respecto a las cajas de ahorros, mayores competencias de control de las que carecen en relación con otras entidades de crédito⁶³³. A pesar de ello, hay que partir de que desde el punto de vista puramente operativo, esto es de su actividad, se trata de auténticas entidades de crédito y como tales deben quedar plenamente sujetas a la normativa reguladora de las entidades de crédito, especialmente a la que se refiere a su disciplina, inspección, control, y sanción, en definitiva a su supervisión en general, puesto que el desarrollo de la misma actividad permite fundamentar esta sujeción en

⁶³¹ En relación con su adecuación, como modelo de colaboración público-privada, vid. EMBID IRUJO, M. (2012), en "Introducción general al curso. La fundación como modelo para la colaboración público-privada", en EMBID IRUJO y EMPARANZA SOBEJANO, *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, págs. 27 y ss.

⁶³² Este problema no sólo se da en la legislación española, también en otros países. En este sentido, en Reino Unido la supervisión de las *charities* se realiza a través de un registro administrativo, con controles sobre su funcionamiento a través de la *Charity Commission*, con un régimen de transparencia y responsabilidad impuesto al *trustee* (administrador o gestor de la misma), y con el sometimiento a una serie de permisos específicos según el tipo de actividad concreta que se vaya a realizar para la obtención de fondos. En Estados Unidos, se controla su actividad, su organización, su fiscalidad y se somete a auditoría de cuentas tanto a través de controles públicos como privados, asumiendo una gran parte de su control la Administración federal. En Alemania, los controles de su organización y de su actividad están distribuidos entre el Estado y los Länder, siendo destacable la imposición de mecanismos de transparencia informativa pública y un sistema muy estructurado para ejercer acciones de responsabilidad contra los gestores de la entidad (pudiendo ejercer la acción el Ministerio Fiscal, por lo que la legitimación pública en la persecución de las acciones de mala gestión, y la aplicación del principio de oficialidad, facilitan la efectividad del control de las posibles desviaciones de su actividad respecto del fin de la entidad). Finalmente, en Francia su sistema de control comienza con la necesidad de que exista un acto de concesión estatal, que tras haberse examinado el fin público de la entidad proyectada, reconozca su utilidad pública y le reconozca personalidad jurídica, posteriormente se somete a control su estructura, dotación, estatutos y organización, además de sujetarse a control fiscal. Los controles anteriores son estatales, y se prevén también controles regionales adicionales. Vid. ALLI TURRILLAS J. (2012), *La fundación, ¿Una casa sin dueño?*, Ed. Iustel, Madrid.

⁶³³ Vid. la STC 134/1992, de 5 de octubre, y las STC 135/1992, de 5 de octubre, Fundamento Jurídico 4º y STC 87/1993, de 11 de marzo, Fundamento Jurídico 3º. De las que resulta que determinado tratamiento normativo especial de las Cajas de Ahorro y de las Cooperativas de crédito "... encuentra su fundamento no sólo en su más íntima vinculación con las Comunidades Autónomas sino también en sus rasgos diferenciales, muy acusados en algunos aspectos, respecto de la Banca, no obstante sus semejanzas en otros, también notorias..., de manera que ello se adecua a... la distinta configuración de una y otras entidades desde el propio Texto constitucional, así como la mayor intensidad de las competencias comunitarias al respecto".

los mismos criterios objetivos que justifican la intervención pública en el sector financiero, como parte del económico⁶³⁴.

Sin embargo, dos son las cuestiones clave que les diferencian de otras entidades de crédito y que han sido especialmente conflictivas a la hora de delimitar las competencias estatales y autonómicas en relación con el control de las mismas: de un lado, su razón de ser, con marcado carácter de servicio público desde sus orígenes, plantea la discusión de su carácter como entidad pública o privada; de otro lado, su forma jurídica como fundación, o si se prefiere más que como fundación en sentido estricto, como entidad con rasgos fundacionales, amplía en cuanto a las mismas, el conflicto de delimitación de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas respecto a la controversia que, ya de por sí ha existido siempre en general, en relación con la determinación de qué es básico en el ámbito de la regulación bancaria. En ambas características profundizaremos en los epígrafes siguientes.

3.1. Las cajas de ahorros en sus orígenes: motivos para un diferente tratamiento normativo en base a su naturaleza jurídica y finalidad social.

Los orígenes de las cajas de ahorros los encontramos en los antiguos Montes de Piedad⁶³⁵. Las primeras cajas de ahorros de España se fundaron hace casi 200 años⁶³⁶, siendo su principal objetivo canalizar el ahorro popular hacia la inversión y

⁶³⁴ La incidencia de la actividad de las entidades de crédito en la economía general, al intermediar entre las unidades con excedente y las que necesitan financiación, las convierte en pieza clave de cualquier sistema económico, y esto justifica la intervención de los poderes públicos en su gestión. Vid. UREÑA SALCEDO J.A. (2005), ob. cit. *La influencia pública en las...*, pág. 20.

⁶³⁵ Los Montes de Piedad nacen como entidades sin ánimo de lucro que pretenden luchar contra la usura concediendo préstamos sin interés o a muy bajo interés. La beneficencia que era la característica esencial para algunos, estaba discutida por otros, pero era innegable que no tenían carácter empresarial, pues en los casos en los que se cobraban bajos intereses, el destino de los mismos era cubrir los gastos de administración. Su origen está en Italia, siendo el primer Monte de Piedad el de Perusa (1462), habiendo sido promovida su creación por la orden de los franciscanos. Vid. ROS PÉREZ, F. (1996), *Las cajas de ahorros en España: Evolución y régimen jurídico*, Ed. Caja Murcia, Murcia, pág. 31. Y también, FRANCH I SAGUER M. (1992), ob. cit. *Intervención administrativa sobre...*, pág. 123.

⁶³⁶ La primera Caja de Ahorros española fue fundada en 1834 por el Conde Villacreces, en Jerez de la Frontera, que admitía imposiciones de 4 reales hasta 2.000 abonando un 4% de interés a los impositores. Cuatro años más tarde, el 1 de febrero de 1838 abrió sus puertas al público la Caja de Ahorros y Previsión de Madrid. Sucesivamente se crearon la de Granada en 1839, la de Sevilla y la de

realizar una labor social en sus respectivos ámbitos territoriales⁶³⁷. El hecho de que en sus orígenes, su actividad estuviera directamente vinculada con la realización de actividades benéficas⁶³⁸, habiendo surgido en un momento de crisis social, tenía una evidente finalidad moral, y su objetivo fue, en sus inicios, ofrecer a las clases menos acomodadas facilidades para el ahorro⁶³⁹. Se pretendía también ayudar a la pequeña empresa a través de la concesión de préstamos a comerciantes, industriales y

Valencia en 1842, la de la Coruña en 1843, la de Barcelona en 1844, la de Burgos, Cádiz y Zaragoza en 1845, la de Vitoria en 1850, la de Valladolid en 1951, la de Castellón de la Plana en 1903, etc.

⁶³⁷ Su origen se sitúa en el marco de una sociedad muy castigada por la Guerra de la Independencia, con el fin de luchar contra la usura que sufrían los pequeños agricultores en los meses de mala cosecha.

⁶³⁸ En sus orígenes, pues, es inequívoca la finalidad benéfica de las mismas, así como su fomento por el poder público, como instrumento de política económica, y así se plasma en su primera norma reguladora que fue el Real Decreto de 29 de junio de 1853, cuyo artículo 36 identificó a efectos de la ley, las cajas de ahorro con sus respectivas sucursales como “establecimientos municipales de Beneficencia”. Con ello además de definir su finalidad original, se le estaba dando un innegable carácter público que es otra de las cuestiones que más discusión han planteado en su evolución posterior. De hecho el carácter público de las mismas recibe mayor arraigo con la Ley de 29 de junio de 1880 que las considera instituciones de beneficencia bajo el protectorado del gobierno y de sus autoridades delegadas. El carácter benéfico que originariamente tienen estas entidades, es un rasgo que las acompañará constantemente en su régimen jurídico a través de los años, a pesar de que ese mismo régimen jurídico haya ido evolucionando, a su vez, hacia una actividad mucho más empresarial. La contradicción de las cajas de ahorros es que no se pueden tener dos finalidades opuestas, de modo que lo que realmente ha ocurrido es que han evolucionado aproximándose en la práctica a las demás entidades de crédito, quedando sólo en espíritu aquel carácter benéfico. Esa espiritualización de su actividad benéfica se ha traducido en la aplicación de los beneficios obtenidos a través de una gestión empresarial, a la financiación de actividades públicas regionales, de ahí el interés político de los Ayuntamientos y Comunidades Autónomas en tener mayores participaciones representativas en los órganos de gobierno de estas entidades, pues este factor era lo que verdaderamente les permitía poder decidir sobre la aplicación de los resultados de la actividad de crédito, y mucho mejor si, además, el control de las mismas recaía en el mismo Gobierno autonómico que participaba en su gestión, quien asumía la función de supervisor al través de la figura del Protectorado, dado su carácter fundacional. Esta configuración encerraba en sí misma la explicación del peligro que tiene la asunción del doble papel de inspector e inspeccionado. La finalidad benéfica siguió marcando el carácter de las mismas, a pesar de la evolución de su régimen jurídico hacia una estructura favorable a su aproximación a la actividad crediticia de los demás tipos de entidades. Aunque existen otras normas intermedias en las que no nos vamos a detener, en 1933 se aprueba el Estatuto de las Cajas de Ahorros, que consagra su carácter social, pero que inicia su evolución como entidades de crédito. En este momento se creó el Instituto de Crédito de las Cajas Generales de Ahorro, que sirvió como organismo de intermediación entre las cajas y la Administración estatal, y a las mismas cajas se les atribuye la función de que financien las actividades de las Administraciones públicas, lo que potencia el control de la Administración del Estado sobre ellas, ya que por este motivo, el Decreto de 3 de mayo de 1935 dispuso que las cajas de ahorros dependerían en cuanto a sus funciones económicas y bancarias, de la superior autoridad del Ministerio de Hacienda, y estarían sometidas a las normas dictadas con carácter general en la materia por el Ministerio de Hacienda o por los órganos de que disponga dicho Ministerio para el cumplimiento de su misión. Vid. FRANCH I SAGUER M. (1992), ob. cit. *Intervención administrativa sobre...*, pág. 123 y 124; también, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1991), ob. cit. *Derecho Administrativo II*, pág.215; y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (2014), ob. cit. “La crisis de las cajas y la respuesta...”, pág. 9.

⁶³⁹ MARTIN RETORTILLO S., (1991), ob. cit., *Derecho Administrativo...*, págs. 212 y 213.

agricultores. Estas finalidades se recogen de forma clara en las normas reguladoras de las primeras cajas⁶⁴⁰.

Su evolución se aceleró en la segunda mitad del siglo XX, y el aspecto benéfico-social de las cajas quedó minorado, aunque sin desaparecer, por el auge de su actividad puramente como entidades de crédito⁶⁴¹. Con el tiempo, las cajas de ahorros se fueron convirtiendo en auténticas instituciones financieras y empezaron a ofrecer a sus clientes una completa gama de servicios, no existiendo diferencias prácticas con otras entidades de crédito de diferente naturaleza jurídica⁶⁴², y compitiendo en cuanto a los servicios ofrecidos al público con el resto de entidades bancarias hasta alcanzar prácticamente la mitad de la cuota de mercado en España⁶⁴³.

Durante la segunda mitad del siglo XX, y hasta ahora, el carácter benéfico de las cajas de ahorros está muy difuminado, pero puede mantenerse, como resulta de la doctrina del Tribunal Constitucional, que el carácter social de las mismas en relación con el territorio en el que ejercen su actividad, sigue siendo un criterio que el mismo Tribunal toma en cuenta en la delimitación competencial, con independencia de quien o quienes la hayan fundado⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ Así por ejemplo, en plena época liberal, la Real Orden de 3 de septiembre de 1835, promocionó su creación, a través de la figura del Gobernador civil, para que estos «de acuerdo con la cooperación de las personas más acomodadas, viesen el modo de fundar en las provincias las Cajas de Ahorro que permitiesen las circunstancias» de modo que cuando se reestableciese el crédito del Estado decaído a causa de la guerra de la Independencia «serían los fondos públicos el asilo seguro y ventajoso de los ahorros del pobre». También en la Real Orden de 1835 se encargaba a las cajas de ahorros la promoción del ahorro de las clases industriales.

⁶⁴¹ Esta evolución tuvo su reflejo en la legislación aplicable a las mismas: el Decreto de 26 de julio de 1959 atribuyó el protectorado sobre las cajas al Ministerio de Hacienda, en lugar de asumirlo el Ministerio de Trabajo, al que antes correspondía; y la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca de 14 de abril de 1962 incluyó a las cajas en el sistema crediticio español, con la consecuencia de que las cajas de ahorro son desde entonces tratadas por el legislador y por la Administración como intermediarios financieros, entre los cuales las incluyó de forma expresa la Ley 13/1985, de 25 de mayo.

⁶⁴² La norma definitiva que liberaliza el sector de las cajas y permite la aproximación de su actividad a la de entidades de crédito de diferente naturaleza es el RD de 27 de agosto de 1977. Vid. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R. (2011), ob. cit. “Las cajas de ahorro: El principio...”, pág. 1272.

⁶⁴³ CALS GÜELL, J. (2002), “Las cajas de ahorro en el sistema financiero español. Trayectoria histórica y realidad histórica actual”, *Working papers Universitat Autònoma de Barcelona*, nº 8. Última consulta el 1 de diciembre de 2016, en <http://www.ecap.uab.es/RePEc/doc/wpdea0208.pdf>

⁶⁴⁴ Este carácter social queda patente incluso en aquellas cajas de ahorros que hayan sido fundadas por la Iglesia Católica y no por una entidad territorial o con participación de la misma, discutiéndose respecto a ellas, la competencia estatal para establecer un régimen diferenciado en estos casos. Puede destacarse la doctrina sentada por la STC 118/2011, -Fundamento jurídico 10-: «...el Estado no puede ampararse, por principio, en su competencia exclusiva sobre las relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE) para extender su ámbito competencial a toda actividad que constituya desarrollo, ejecución o

Por su parte, la vinculación de las cajas con el sector público siguió acompañándolas, y a lo largo de su evolución se aprecian ciertos rasgos que las identifican con otras entidades públicas, como son el reconocimiento de beneficios fiscales y del carácter inembargable de sus bienes. Esto sin embargo, su carácter como entidad pública, aunque se defiende por algunos⁶⁴⁵, está muy discutido, siendo mayoritaria la opinión doctrinal que las considera entidades privadas con distintos matices⁶⁴⁶, o entidades privadas de interés público⁶⁴⁷. Algunos autores mantienen que las cajas de ahorros pueden ser públicas o privadas, dependiendo de su origen⁶⁴⁸. Dentro de las posturas intermedias, existen otras que parten de su carácter como entidad privada, pero que reconocen que su régimen jurídico, en ciertos momentos, las “publica”, por ejemplo, por la amplia representación municipal que se introdujo en sus órganos de gobierno, mediante la Ley 13/1985⁶⁴⁹.

A pesar de todo, la tesis mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, les niega la consideración como entidades públicas *estricto sensu*, sin perjuicio de que dado su carácter social se encuentren muy vinculadas a los poderes públicos, pero sin participar de la naturaleza de estos últimos⁶⁵⁰.

aplicación de los Convenios y Tratados Internacionales pues es notorio —así lo venimos advirtiendo desde la STC 125/1984— que la dimensión exterior de un asunto no puede servir para realizar una interpretación expansiva del artículo 149.1.3 CE que venga a subsumir en la competencia estatal toda medida dotada de una cierta incidencia exterior por remota que sea, ya que si así fuera se produciría una reordenación del propio orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (en la misma línea SSTC 153/1989, 54/1990, 76/1991 y 100/1991)». Por tanto, aún en estos casos, se valora la circunstancia de la extensión de su actividad sobre el territorio, a efectos de delimitar las competencias, pues se entiende afectados los mismos intereses sociales con independencia del fundador.

⁶⁴⁵ MARTÍN MATEO R., (1973), *Ordenación del sector público en España*, Ed. Civitas, Madrid, pág. 499. El autor basa el carácter público de las cajas de ahorros en la naturaleza de sus funciones y régimen jurídico.

⁶⁴⁶ Por ejemplo, CARRASCO CANALS, C. (1991), “Competencias sobre Cajas de Ahorro: Las Comunidades autónomas y el Banco de España”, en *REALA, Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica* nº 251, Ed. INAP, pág. 496.

⁶⁴⁷ En este sentido, NUÑEZ LAGOS F. (1977), “Aspectos jurídicos de control administrativo sobre las entidades de crédito y ahorro privado”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, pág. 43.

⁶⁴⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1991), ob. cit. *Derecho Administrativo Económico II...*, pág. 225 y ss.

⁶⁴⁹ ROS PÉREZ, F. (1996), ob. cit. *Las cajas de ahorros en España...*, pág. 166. Se ha señalado también que a pesar del incremento de representación pública, esto no ha supuesto una “publicación encubierta”. Así, POMED SÁNCHEZ, L.A. (1996), ob. cit. *Régimen jurídico del Banco de España...*, pág. 190.

⁶⁵⁰ El Tribunal Supremo niega el carácter público de las cajas de ahorros, destacando que incluso las de carácter municipal no tienen naturaleza pública, con la consecuencia de que quienes tengan la condición

3.2. La complicada distribución de competencias sobre las cajas de ahorros como problema adicional para su supervisión eficaz.

El sometimiento de las cajas de ahorros a la supervisión del Estado a través del Banco de España, quedando sujetas al mismo régimen que las demás entidades, se ha justificado siempre en la doctrina constitucional porque realizan la misma actividad que otras entidades de crédito, siguiendo así un criterio funcional, y no formal. Sin embargo, el régimen de supervisión no es exactamente el mismo que el de las demás entidades, especialmente que el de los bancos que siempre han quedado plenamente sujetos al control del Banco de España, contribuyendo a ello los particulares orígenes de las cajas de ahorros y su finalidad inicial, así como su forma jurídica como entidad de carácter fundacional, y la concurrencia de normas reguladoras especiales tanto a nivel estatal como autonómico, unido a los conflictos en materia de distribución de competencias, conflictos que han generado situaciones de un control deficiente respecto a la actividad de las mismas.

Todos los factores indicados dieron lugar a que la supervisión de las cajas de ahorros, a pesar de su asimilación al concepto de entidades de crédito, no fuese eficiente, siendo decisiva al respecto, la excesiva influencia política en la gestión de las mismas⁶⁵¹.

de miembros de sus órganos de gobierno no ostentan la condición de cargo público (en este sentido, las SSTS de 29 de noviembre de 1985, 3 de marzo de 1987, 8 de julio de 1988, entre otras). Por su parte, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el carácter privado de las cajas de ahorros cuando son de fundación privada en la STC 160/1990, de 18 de octubre, en la que indica que es jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional (SSTC 18/1984, 48/1988 y 49/1988, entre otras), que las cajas de ahorros de fundación privada, aunque por su finalidad social y pública requieran intervención de esta naturaleza, no son entes públicos, sino personas jurídicas privadas y sus miembros no tienen, por tanto la consideración de titulares de cargos públicos a los efectos del art. 23.2 de la Constitución; La STC 133/1989, señala que «los actos de sus órganos de representación no son más que actos de gestión de sus recursos financieros y, como tales, pertenecientes a la esfera del derecho privado, aun cuando hayan de perseguir aquellos intereses sociales. Así, pues los actos y acuerdos de los órganos sociales de la referida entidad financiera no pueden ser enmarcados dentro del concepto de funciones públicas a las que se refiere el arto 23 de la Constitución». De este modo, no afecta al carácter privado de la gestión el hecho de que en los órganos de la Caja de Ahorros ejerzan funciones quienes actúen con carácter de representación del Municipio como Concejales, pues son dos ámbitos totalmente separados de actuación.

⁶⁵¹ SALA ARQUER, J.M., (2012), ob. cit. "Fusiones de las Cajas de Ahorros y crisis financiera...", pág. 284.

Hasta hace pocos años se había seguido el criterio iniciado con la STC 1/1982 de 28 de enero⁶⁵², por la que se entendía que las competencias estatales en materia de fijación de las bases de la ordenación del crédito tenía cierto carácter residual respecto a las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, de modo que se limitaba el contenido de dichas bases ante el temor de que, una regulación estatal en detalle, o la asunción hasta tal extremo de la ejecución, fuese tal que produjera un “vaciamiento” de las competencias de desarrollo legislativo y ejecución atribuidas a las Comunidades Autónomas⁶⁵³.

Esto no obstante, las amplias competencias autonómicas, en la práctica tuvieron un efecto perverso, pues propiciaron una excesiva influencia política de los gobiernos autonómicos en el manejo de determinadas cajas de ahorros, en las que durante muchos años han disfrutado de amplias cuotas representativas en sus órganos rectores, esto derivaba en la politización de las entidades y en una despreocupada supervisión. En este clima, las cajas de ahorros en algunas Comunidades Autónomas financiaron proyectos empresariales que se consideraron de interés regional, hasta el punto de que algunos afirmasen que las cajas de ahorro eran una especie de

⁶⁵² Sintetizando este criterio, la STC 235/1999, de 16 de diciembre –Fundamento Jurídico 3–, declaró: «Por lo que se refiere al contenido de la competencia estatal para la fijación de las bases de la ordenación del crédito, este Tribunal afirmó tempranamente que dichas bases “deben contener tanto las normas reguladoras de la estructura, organización interna y funciones de los diferentes intermediarios financieros, como aquellas otras que regulan aspectos fundamentales de la actividad de tales intermediarios” (STC 1/1982, fundamento jurídico 3º). Igualmente, en lo atinente al alcance o intensidad de dicha competencia, hemos señalado con carácter general que “cuando la Constitución utiliza el término bases (así en el art. 149.1.11º, 13º y 18º) está comprendiendo funciones normativas que aseguren, en lo que es menester, un común uniforme, unas reglas a partir de las cuales las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias en la materia puedan ejercerlas, pero estas competencias no se agotan con las propias legislativas, pues cuando la preservación de un tratamiento uniforme reclame el complemento reglamentario, y aun el ejecutivo, se justifica la reserva de estas competencias en la medida indispensable” (así, SSTC 57/1983, fundamento jurídico 7º; 144/1985, fundamento jurídico 4º; 96/1984, fundamento jurídico 3º)».

⁶⁵³ Este criterio, aunque resolviendo otra cuestión, fue considerado «un criterio de interpretación residual que no ofrece pautas positivas para determinar el contenido de lo básico, sino que, más modestamente, opera como una última cláusula de salvaguardia tendente a evitar la desfiguración del sistema de distribución de competencias establecido en la Constitución y los Estatutos de Autonomía». Esta idea venía aplicándose ininterrumpidamente como ultima ratio para acotar al alcance de lo básico en la delimitación de las bases de la ordenación del crédito, banca y seguros desde la STC 1/1982 y, lo que es más relevante, venía aplicándose en la delimitación de las bases de la ordenación del crédito, banca y seguros, en general, y también específicamente en relación con la regulación de las cajas de ahorro (por ejemplo, en SSTC 1/1982, 48/1988 y 49/1988), las cooperativas de crédito (en STC 165/1985), la banca y otras entidades de crédito (en STC 96/1996), e incluso las entidades aseguradoras (en STC 330/1994).

«agencias cuasi-gubernamentales para el trasvase de ahorro a las familias a colocaciones decididas por vía política»⁶⁵⁴.

Del mismo modo, se ha indicado también que el problema de las cajas de ahorros, se encontraba en una configuración jurídica insatisfactoria, en la que había que solucionar no sólo la cuestión de su politización, sino también el de la inaplicabilidad a las mismas de instrumentos que facilitasen su capitalización, y que sí eran accesibles a los bancos, dada su forma jurídica como sociedad anónima. En este sentido, y por no haberse solucionado ambos problemas, se considera que la regulación de las mismas en el periodo comprendido entre los años 1977 y 2009, ha sido una legislación fracasada⁶⁵⁵, y que por todas sus particularidades, tras la reforma de 1977 con el Decreto Fuentes Quintana, las cajas no han encontrado un perfil jurídico-institucional bien definido⁶⁵⁶.

De entrada, su deficiente control partía de la distribución de competencias de ordenación respecto a las mismas, problema en el que enraizaban, en parte, los demás, y que se veía influida por la naturaleza jurídica de las cajas al reconocérseles cierto carácter fundacional, puesto que en materia de fundaciones, se han asumido competencias por todas las Comunidades Autónomas, a pesar de que hay opiniones que mantienen que el problema de la determinación del regulador no partía de los títulos competenciales relativos a las fundaciones, sino de los diferentes títulos competenciales en materia de ordenación del crédito⁶⁵⁷.

En relación con esta cuestión, la STC 1/1982 había considerado que era básica la organización interna de las entidades de crédito, incluidas las cajas de ahorros, a las

⁶⁵⁴ TORIBIO DÁVILA, J.J. (2003), "Tradición y modernidad en las cajas de ahorros" en *Papeles de Economía Española*, nº 97, pág. 240.

⁶⁵⁵ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (2014), ob. cit. "La crisis de las cajas y la respuesta...", pág. 6.

⁶⁵⁶ ARIÑO ORTIZ, G. (2010), ob. cit. *La necesaria reforma de la Ley de Cajas...*, pág. 48.

⁶⁵⁷ En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en STC 49/1988, pues destaca que los mismos Estatutos de Autonomía en los que se asumen competencias fundacionales y sobre cajas de ahorro hacen un tratamiento separado de ambos, de modo que los consideran conceptos distintos, ya que los mismos Estatutos de Autonomía que han asumido la competencia tanto sobre fundaciones, como sobre cajas de ahorros, lo hacen en virtud de distintos títulos competenciales, haciendo realmente un tratamiento diferenciado de las competencias sobre fundaciones, y de competencias sobre cajas de ahorros, a lo que hay que añadir el hecho de que, algunas Comunidades Autónomas asumieron competencias en materia de cajas de ahorros, pero no sobre fundaciones, por lo que este hecho justifica que el título competencial que atribuya competencias sobre las mismas sea el de las entidades de crédito y no el de las fundaciones.

que mencionó expresamente, de modo que con independencia de si la base del conflicto radicaba en los títulos competenciales sobre ordenación del crédito o sobre la regulación de las fundaciones, la organización de la entidad se consideraba de competencia estatal. Tras la reforma, indudablemente lo es, puesto que la LOSSEC, al recoger la normativa prudencial europea, ha ampliado el control estatal sobre cuestiones de organización interna de todas las entidades, por considerarse requerimientos vinculados con la solvencia y estabilidad de las entidades, y por tanto, su carácter básico no se puede negar ahora. La tendencia interpretativa actual sobre el carácter básico de algunas cuestiones de organización de las cajas es favorable a su ampliación, por su identificación con las normas prudenciales, a pesar de que en momentos anteriores la tendencia ha sido la contraria⁶⁵⁸.

A pesar de todo, el Tribunal Constitucional siempre ha resuelto el problema de la determinación de competencias sobre las cajas de ahorros, superponiendo, como criterio de concreción, la actividad de las mismas como entidad de crédito. Para el Tribunal Constitucional lo verdaderamente importante a efectos de determinar las competencias de Estado y Comunidades Autónomas no es la forma jurídica de las mismas, sino su actividad crediticia. Se utiliza, por tanto, un criterio operativo, que también está por encima de la voluntad fundacional de realizar una actividad de beneficencia⁶⁵⁹. Igualmente, con la misma finalidad de someter a las cajas de ahorro al

⁶⁵⁸ Anteriormente, la STC 49/1988 había hecho una clara defensa de las competencias autonómicas en relación con la organización de las cajas de ahorros, pues se consideró que una normativa básica sobre su organización, excesivamente detallada en la regulación estatal, vaciaría de contenido las competencias de las Comunidades Autónomas y supondría una vulneración de los Estatutos de estas Comunidades. El Tribunal en esta Sentencia defendió las competencias autonómicas hasta el punto de considerar que «la inclusión en leyes cuyo objeto es establecer normas básicas de otras que por su detalle o por referirse a actos de ejecución no tienen ese carácter, aunque el legislador las califique de tales, no es sólo una deficiencia de técnica legislativa, en la que en principio este Tribunal no debe entrar, sino que perturba gravemente la claridad del ordenamiento jurídico en materia tan importante cual es la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas». No compartimos totalmente esta idea, ya que debe entenderse que la normativa estatal, en lo que exceda de su exclusiva competencia, proporciona una regulación subsidiaria en los casos en que las Comunidades Autónomas no hayan asumido competencias o, habiéndolas asumido, no las hubieran desarrollado -ex art. 149.3 CE-, de modo que, siempre que esté clara la delimitación competencial, no es perturbador para el Ordenamiento Jurídico la existencia de normas estatales de aplicación subsidiaria, sino que esta es una herramienta para eliminar lagunas normativas, pero esto presupone que la delimitación competencial no ofrezca dudas de qué norma debe ser aplicada.

⁶⁵⁹ La STC 49/1988 vincula la justificación de que se considere como básica la normativa reguladora de su organización, tanto a su finalidad originaria como instituciones puramente benéficas, como a su actividad como auténticas entidades de crédito. Se destaca su finalidad, hasta el punto de afirmar que su carácter de fundación ha quedado diluido en su actividad, y esto tiene reflejo en la distribución

régimen de control de las demás entidades de crédito también se argumentó en la STC 49/1988 que la idea de fundación, entendida como entidad formada por un patrimonio destinado a un fin, se ve desnaturalizada en las cajas de ahorros, por razón del origen de su patrimonio, puesto que el capital con el que cuentan para el desarrollo de sus fines no solo procede de la aportación inicial del fundador o fundadores (como dotación), sino que se nutre también de fondos captados del público a través de las mismas operaciones que realizan otras entidades de crédito, lo que, en definitiva, justifica que se sometan a las mismas normas que garantizan la posición del depositante en esas operaciones y que controlan el riesgo de las mismas⁶⁶⁰.

competencial pues prevalece el criterio de su actividad como entidad de crédito sobre su carácter como fundación, ya que, como bien destacó la STC 49/1988, «la transformación sufrida por las cajas no permite considerarlas hoy como fundaciones en el sentido que la doctrina generalmente admitida, y con ella el art. 34 de la Constitución, da a este concepto. Sí es propio de la fundación, como se ha dicho, la vinculación de una masa de bienes a unos fines establecidos por el fundador o fundadores resulta que, en la actualidad, en las Cajas, sea cual sea su origen, ni la mayor parte de los recursos de que disponen proceden del fundador, sino que son recursos ajenos, ni los fines que hoy persiguen son principalmente benéficos o benéfico-sociales sino los propios de una entidad de crédito». Esta idea impide la identificación de las cajas como fundaciones en el sentido del art. 34 de la Constitución, máxime cuando en los años anteriores a la reforma, su inicial actividad crediticia de carácter benéfico había dejado paso a la misma actividad crediticia de otras entidades, sometida a las leyes del mercado comunes a ellas y a los demás intermediarios financieros. El criterio operativo ha imperado para determinar qué era básico en la regulación de las cajas de ahorros a pesar de que también existían razones jurídicas para dar preferencia a su esencia fundacional. En este sentido debemos referirnos al voto particular contenido en la STC 49/1988, voto particular formulado por Díez Picazo en relación con la interpretación de los artículos 33, 34 y 38 CE, por considerar que no se profundiza en su interpretación, llevando a un resultado erróneo. En el mismo se mantiene que en los fundamentos jurídicos de la Sentencia, no se resuelven bien los problemas relativos al art. 34 CE referidos a las cajas de ahorros. La tesis de la Sentencia (fundamento jurídico 6º) es que la transformación sufrida por las cajas en los años anteriores, no permite considerarlas como fundaciones en el sentido que la doctrina generalmente admitida, y en el sentido que el art. 34 CE da a este concepto, mientras que en el voto particular se mantiene que las cajas de ahorros que hubieran sido inicialmente fundaciones, no han dejado de serlo por muchas que hayan sido las transformaciones sufridas en su actividad o en su régimen jurídico. La Sentencia dice que el aspecto benéfico-social de las cajas ha quedado oscurecido por la relevante función que tienen como entidades de crédito y que esta afirmación da lugar a confusión en cuanto a la naturaleza jurídica de las cajas de ahorros y la estructura de las mismas como personas jurídicas. En el voto particular de la STC 49/1988, se indica que «la naturaleza de las actividades a que la empresa se dedique no modifica su estructura como personas jurídicas, y tampoco influye en su estructura el origen de los recursos de que disponen, siendo indiferente que no procedan del fundador, sino que sean recursos ajenos, pues considera que nada impide que una fundación se nutra con fondos distintos de los inicialmente aportados por el fundador ni que unos sean cuantitativamente mayores que los otros».

⁶⁶⁰ Sin embargo, también el voto particular de la misma sentencia se refiere a esta cuestión ofreciendo un punto de vista distinto, puesto que se valora que los fondos utilizados como recursos ajenos por parte de las cajas de ahorros, que no forman parte del capital de la fundación, no forman parte de su patrimonio sino que son rigurosamente pasivo de la entidad. En gran medida, las razones alegadas en el voto particular son muy ciertas, y desde luego más coherentes con las bases del ordenamiento jurídico civil. Sin embargo, y aunque los razonamientos contenidos en los fundamentos jurídicos de la STC

Finalmente, cabe tener en cuenta que, la delimitación competencial se complica más en algunas Comunidades Autónomas, como Cataluña y País Vasco, cuyos Estatutos de Autonomía han asumido competencias en materia de ordenación del crédito, por lo que en este punto, las comparten con el Estado tanto a nivel normativo como de desarrollo y de ejecución⁶⁶¹. La dualidad de competencias en materia crediticia de las Comunidades Autónomas vasca y catalana hace que deban ser diferenciadas las competencias que se ostentan respecto a cada tipo de entidades de crédito⁶⁶².

El control deficiente de las cajas de ahorros se acentuó antes de la reforma, porque en el sistema dual resultante de la Constitución española y de los diferentes Estatutos de Autonomía, las competencias autonómicas sobre la ordenación de las cajas de ahorros es mayor que respecto a otro tipo de entidades de crédito. El análisis del concreto deslinde entre las competencias autonómicas y estatales debe hoy actualizarse a la luz de las normas aprobadas desde el año 2009 en adelante, y aunque

49/1988 contengan los errores puestos de relieve en el voto particular, y aunque los compartamos en gran medida, la conclusión a la que se llega al respecto en la Sentencia, no es del todo desacertada, si la interpretamos desde el punto de vista finalista, y este punto de vista debe primar si tenemos en cuenta también cuál es la finalidad de que la actividad de crédito sea una actividad regulada, así como si valoramos el interés general al que sirve someter a quienes desarrollen la actividad de crédito a un control público, con independencia de las particularidades de la entidad de que se trate.

⁶⁶¹ En este sentido, la STC 135/1992, en su Fundamento Jurídico 4º, destacó que Cataluña y el País Vasco, «convergen con el Estado en la ordenación del crédito y la banca en los distintos niveles básicos, por una parte, y por la otra, de desarrollo y ejecutivo...», y añade que «aun a pesar de la diferente efectividad que a uno y otro título competencial pueda atribuirse, lo cierto es que las Comunidades Autónomas del País Vasco y de Cataluña tienen atribuidas competencias sobre Cajas de Ahorro e Instituciones de crédito corporativo, público y territorial, y además, sobre la ordenación del crédito y banca (...) Materia ésta que engloba cuestiones relativas tanto a la estructura y organización, como a las funciones y actividad externa de las entidades de crédito, entidades que desbordan el círculo de las Cajas de Ahorro y las Cooperativas de crédito, comprendiéndose en esa actividad, entre otras, las normas de ordenación y disciplina de obligada observancia para ellas». Vid. también, las STC 1/1982, de 28 de enero, Fundamentos Jurídicos 1º y 5º y STC 96/1984, de 19 de octubre, Fundamento Jurídico 3º.

⁶⁶² En ellas se consideran básicas las potestades estatales tanto normativas como ejecutivas, y se extienden sobre la ordenación básica del crédito y la banca en su aspecto institucional que corresponde no sólo a los cuerpos colegisladores y al Gobierno, sino también, en un nivel operativo, al Banco de España, quedando justificada la atribución competencial de este último por su especialización técnica. En este sentido, existen varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, así SSTC 135/1992, Fundamento Jurídico 3º; 178/1992, Fundamento Jurídico 2º y 204/1993, Fundamento Jurídico 5º. En especial, a la consideración del Banco de España como garante del buen funcionamiento y estabilidad del sistema financiero, hace referencia la STC 155/1996, Fundamento Jurídico 5º, y plasmada actualmente, en el plano legislativo, en el art. 7.5.b) de la Ley de Autonomía del Banco de España, conforme a la redacción dada al mismo por el art. 2 de la Ley 18/1998, de 28 de abril, se deriva el carácter básico de las funciones ejercidas por dicha institución y que tienen por objeto la preservación de la solvencia de las entidades de crédito (SSTC 48/1988, Fundamento Jurídico 26º; 155/1993, Fundamento Jurídico 5º; 96/1996, Fundamento Jurídico 7º y STC 155/1996, Fundamento Jurídico 6º).

reducidas, las competencias autonómicas deben ser encajadas en el nuevo sistema, ahora como residuales, dado el carácter prudencial de las funciones del Banco de España. En este sentido, las disposiciones que en el ejercicio de sus competencias puedan dictar las Comunidades Autónomas sobre las materias consideradas prudenciales no podrán establecer un nivel de protección inferior al dispensado en las normas estatales⁶⁶³.

4. CAJAS DE AHORROS: LA REESTRUCTURACIÓN Y REFORMA DEL SECTOR.

Como consecuencia del proceso de reestructuración iniciado en el año 2009, de las 45 cajas de ahorros existentes a comienzos de 2010, sólo han quedado dos tras las transformaciones que han tenido lugar por aplicación de la reforma de las cajas de ahorros operada primero a través del RD-Ley 11/2010, y después por la Ley 26/2013.

Las cajas de ahorros subsistentes son Caixa Ontinyent y Caixa Pollença, habiendo sido su pequeño tamaño y su actividad prudente, lo que ha permitido que mantengan su configuración tradicional, y ello es porque su reducido tamaño hizo que en los años previos a la crisis no existieran intereses políticos respecto de las mismas.

Además, otras razones las mantuvieron saneadas: en el caso de Caixa Ontinyent, la entidad no concentró el riesgo en el sector inmobiliario⁶⁶⁴, ni realizó operaciones siguiendo una política de expansión, ni financió los proyectos de la Comunidad Autónoma en la que desarrolla su actividad (Generalitat Valenciana), al contrario, siguió financiando sus créditos con sus depósitos sin acudir a los mercados mayoristas para obtener financiación; en el caso de Caixa Pollença, también su reducido tamaño, la inexistencia de intereses políticos, y la inversión prudente –es decir, la que les permitían los depósitos de sus clientes- han supuesto su supervivencia.

⁶⁶³ En este sentido, el artículo 5.3 de la LOSSEC, en relación con la protección del inversor.

⁶⁶⁴ Prueba de ello es que entre 2001 y 2007, la etapa de mayor expansión, el conjunto de las cajas incrementó un 220% su volumen de crédito al sector privado. Caixa Ontinyent lo hizo en un 93%. En 2001, la relación entre créditos y depósitos de Caixa Ontinyent era de 1,06, similar a la del sector. Pero en 2007 el promedio en las cajas se había elevado al 1,45 mientras Caixa Ontinyent se mantenía en el 1,02. ZAFRA I. y ROMERO A., “La ventaja de ser una caja diminuta. Ontinyent y Pollença son las únicas que podrán mantener el modelo tradicional”, artículo de prensa de El País, 16 de diciembre de 2012. Última entrada el 5 de noviembre de 2016, disponible en http://economia.elpais.com/economia/2012/12/15/actualidad/1355601018_953770.html

Las 43 Cajas restantes –cuyo volumen representaba el 99,9% de todo el sector-⁶⁶⁵, se han visto inmersas en algún proceso de reestructuración, que se ha llevado a la práctica realizando nueve fusiones, creando siete Sistemas Integrados de Protección (en adelante, SIP)⁶⁶⁶ y dos adquisiciones, creándose, en este proceso de reestructuración del sistema financiero catorce bancos instrumentales a través de los que las antiguas cajas ejercen la actividad de crédito.

4.1. Justificación de la introducción del modelo de ejercicio indirecto de la actividad de crédito en las cajas de ahorros.

Las razones que justifican la reforma, especialmente, la adopción de un modelo indirecto de actividad de crédito, se basa en el hecho de que las cajas de ahorros, al no ser sociedades anónimas encontraban muchos problemas para capitalizarse, pues no podían emitir acciones para ampliar su capital, y también como remedio para bloquear, de algún modo, el excesivo control que los gobiernos autonómicos ejercían en las mismas⁶⁶⁷, concretamente en la dirección de su actividad de crédito, en la que no primaba como criterio la gestión prudente, en aras a mantener a la entidad en una situación de solvencia, sino la aplicación de los recursos de las mismas a la financiación social y regional, sin control de los estándares de prudencia, entendiendo mal su

⁶⁶⁵ CONLLEDO LANTERO F. (2014), ob. cit. “La reforma de las cajas de ahorros...”, págs. 379 y 380.

⁶⁶⁶ Los SIPs se configuran “como una fórmula de integración que, sin llegar a tener el alcance jurídico y económico de una fusión, permite la centralización de elementos fundamentales del funcionamiento de las entidades de crédito, como son la gestión de los riesgos y de su solvencia y liquidez”. En este sentido, CARRASCOSA MORALES A. Y ALONSO UREBA A. (2011), “El Nuevo Mapa de Cajas de Ahorros y la importancia del Buen Gobierno Corporativo”, *Investigaciones y publicaciones del Centro de Gobierno Corporativo 2011*, pág. 18. Disponible en http://www.centrobuengobierno.ie.edu/wp-content/uploads/sites/87/2013/11/Inv.Pub_-CGC-2011AAMAAU.pdf. En relación con los efectos de los SIPs, el Tribunal Supremo ha declarado que no existe en ellos una integración económica, por lo que se caracteriza por la inexistencia de una caja única y de una confusión de patrimonios. El SIP supone, “simplemente, el establecimiento de un sistema de protección mutua que consiste en el afianzamiento mutuo de las obligaciones crediticias que asuma cada integrante del grupo. Por este sistema de afianzamiento mutuo se asegura la liquidez y solvencia de las empresas componentes del grupo, lo que repercute en beneficio de quienes contratan con las mismas y en definitiva de quienes reciben sus servicios, sin que exista una confusión de patrimonios, sino una mutualización de las pérdidas que asegura la solvencia del grupo frente a terceros”. Vid. STS, Sala Cuarta (de lo Social) nº STS 5265/2016, de 8 de noviembre de 2016, Id Cendoj: 28079140012016100898, en FJ Tercero, nº 2, *in fine*.

⁶⁶⁷ La politización de las cajas de ahorros se consideró excesiva a partir de 1985, tras la aprobación de la Ley 13/1985. Vid. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R. (2011), ob. cit. “Las cajas de ahorro: El principio...”, pág. 1272.

función originaria benéfico-social⁶⁶⁸. Durante la última etapa, no se cumplieron los límites de los estándares de prudencia, existiendo un clima de euforia financiera que era consecuencia de la burbuja inmobiliaria en la etapa inmediatamente anterior al inicio de la crisis de 2007-2008⁶⁶⁹. Con lo que sobrevinida la crisis se abrió el debate de si era conveniente realizar una reforma estructural de su régimen jurídico⁶⁷⁰, debate que se asentaba sobre la firme creencia de que los problemas del sistema financiero español estaban muy vinculados a los problemas estructurales de las cajas de ahorros, y que los mismos partían de su propia naturaleza jurídica⁶⁷¹.

Cuando la burbuja inmobiliaria estalló y el crecimiento se detuvo, comenzando la recesión, una buena parte de entidades de crédito (y entre ellas, algunas cajas de ahorros) se encontraron con unos estados financieros al borde de la insolvencia, que conllevó en una primera fase la reestructuración del sector a través de la regulación de urgencia aprobada entre los años 2009 y 2012, y en algunos casos la intervención

⁶⁶⁸ En realidad el malentendido sobre su función benéfico-social tienen un origen normativo, situándose en la reforma de 1977. Con el Real Decreto 2291/1977, de 27 de agosto, conocido como Decreto Fuentes Quintana, supuso la liberalización de su actividad, permitiendo que las cajas de ahorros ejercieran una actividad de crédito similar a la de los bancos comerciales, permitiéndoles entrar en el sistema financiero en competencia con ellos. En este sentido, SEVILLA JIMÉNEZ, M. y TORREGROSA T. (2014), "El papel del Banco de España en el hundimiento de las Cajas de Ahorro españolas", en *Anales De Economía Aplicada*, Número XXVIII, Ed. ASEPELT y Delta Publicaciones Universitarias, pág. 868. A la liberalización de su actividad se unió la eliminación de límites territoriales en el ejercicio de su actividad mediante Orden de 20 de diciembre de 1979, medida que todavía aproximó más su actividad a la de los bancos, aunque nunca estuvieron en igualdad de condiciones desde un punto de vista competitivo dada su dificultad para capitalizarse. Vid. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R. (2011), ob. cit. "Las cajas de ahorro: El principio...", pág. 1273.

⁶⁶⁹ Se ha destacado que la euforia financiera, así como la abundancia de liquidez, son dos elementos que predicen crisis económicas en un futuro más o menos inmediato, la interacción de ambos en los procesos económicos del mercado se ponen de relieve por PÉREZ RAMIREZ, J. (2014), "Crisis financiera: Fallos de control y de vigilancia", en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra), págs. 35-46.

⁶⁷⁰ ARIÑO ORTIZ, G. (2010), ob. cit. *La necesaria reforma de la Ley de Cajas...*, págs. 31 y ss.

⁶⁷¹ SÁNCHEZ CERBÁN, A. (2014), "Ley 26/2013, de 27 de diciembre de 2013, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 37-2014, pág. 66. El autor, pone de relieve que "la gravedad y persistencia de la crisis económica evidenciaron que los problemas de nuestro sistema financiero en general y de nuestro sistema de cajas en particular no eran meros problemas coyunturales asociados a la denominada crisis del ladrillo, sino problemas estructurales", poniendo en relación esta idea con el informe del Banco de España sobre la *Evolución y reforma de las Cajas de Ahorros*, de 21 de febrero de 2011, en que se recoge también que los problemas del sistema financiero español estaban vinculados a las peculiaridades de la naturaleza jurídica de las cajas de ahorros, y especialmente a una "estructura de gobernanza compleja y rígida, que no favorece la aplicación de las mejores prácticas internacionales de gobierno corporativo", y a las "restricciones legales para obtener recursos propios de primera calidad por una vía que no sea la retención de beneficios".

administrativa de las entidades con problemas, algunas de las cuales fueron rescatadas por el sector público.

La reforma definitiva llegó en lo que podemos considerar la segunda fase del proceso, en la que se aprobó una nueva regulación para las cajas de ahorros, y que trata de reconducir los problemas que afectaban tradicionalmente a las mismas, modificando el régimen de las cajas de ahorros y creando la figura de las fundaciones bancarias. Esta nueva figura recoge el testigo de las cajas de ahorros que con la reestructuración del sector, llevada a cabo en la primera fase, venían obligadas a ejercer la actividad de crédito de forma indirecta, por imposición de la regulación de urgencia aprobada con tal finalidad.

La reestructuración del sector que lleva implícita la bancarización de la mayoría de las cajas de ahorros se realizó en dos tiempos: durante la primera fase, el ejercicio indirecto se ofreció como posibilidad introducida por el RD-Ley 11/2010 que concedía a las cajas de ahorros ciertos incentivos para que voluntariamente acogieran el ejercicio indirecto de la actividad, incentivos que se reforzaron con el RD-Ley 2/2011, y que creaban la apariencia de que en el futuro, con ese ejercicio indirecto, realmente no se iban a perder las cuotas de poder que los gobiernos autonómicos tenían sobre las correspondientes cajas, que aún conservaban ese carácter; en una segunda fase, el ejercicio indirecto se impuso de forma obligatoria por la Ley 26/2013, y sin posibilidad de evadir la aplicación de la norma, pero conllevando para las cajas de ahorros la pérdida de la autorización para ejercer la actividad de crédito salvo transformación en fundación bancaria⁶⁷². Algunas cajas de ahorros que comenzaron voluntariamente el proceso de integración en un SIP para obtener ventajas a través del ejercicio indirecto de la actividad, se sintieron engañadas en algún momento del proceso⁶⁷³, pues se veían obligadas a transformarse en fundación, y a ejercer la actividad a través de un banco de su propiedad, perdiendo definitivamente el carácter de caja de ahorros⁶⁷⁴.

⁶⁷² PAZ-ARES C. y NUÑEZ-LAGOS R. (2014), "Integración contractual de cajas de ahorros", en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra), págs. 410 y 414.

⁶⁷³ GONZALO ALCONADA A., "El reducido tamaño obliga a Caja 3 a acercarse a Unicaja y BMN para su fusión", nota de prensa en *Cinco Días*, 1 de noviembre de 2011, última entrada el 7 de noviembre de 2016, disponible en http://cincodias.com/cincodias/2011/11/01/mercados/1320245236_850215.html

⁶⁷⁴ Sobre el carácter definitivo de los procesos de transformación, debe señalarse que la misma Ley 26/2013, recoge la posibilidad de aplicar un plan de retorno, cuya aplicación práctica, por diversas

El ejercicio indirecto de la actividad de crédito ha sido utilizado durante la reforma, como solución drástica para evitar el control autonómico sobre las cajas de ahorros, pues en el fondo, supone la bancarización del sector⁶⁷⁵. Con el cambio de forma jurídica en la entidad que realiza la actividad crediticia, ésta deja de ser directamente desarrollada por la caja de ahorros para ser llevada a cabo por un banco (con forma de sociedad anónima), propiedad de la anterior caja de ahorros, la cual sólo decide sobre la aplicación de los resultados de acuerdo con su función de fomento de la obra benéfico-social.

Con el ejercicio indirecto de la actividad de crédito se resuelven dos problemas: el primero, es que la gestión económica de la caja de ahorros, deja de estar influida por esta función benéfico-social de las originaras cajas de ahorros, para guiarse sólo por criterios de eficiencia económica; y el segundo, y todavía más importante, que con el cambio de forma jurídica se produce un cambio de competencias de supervisión sobre el ahora banco, y por tanto un cambio de regulador, asumiéndose sin discusión la supervisión de las mismas por el Estado, a través del Banco de España, en casi todos sus aspectos.

La figura del ejercicio indirecto de la actividad de crédito se introdujo de un modo que parecía provisional mediante la regulación de urgencia de los años 2009-2012, y ya llevaba implícito un vaciamiento de las competencias reales de las Comunidades Autónomas sobre las cajas de ahorros, además de la pérdida del control sobre las que debían asumir la fórmula del ejercicio indirecto de la actividad.

Con la Ley 26/2013 de 27 de diciembre, de cajas de ahorro y fundaciones bancarias, se consolida definitivamente la reforma del sector, estableciendo un nuevo régimen jurídico para la figura de las cajas de ahorros, que subsistiendo en el plano normativo más que en la realidad, recuperan en esta regulación su carácter tradicional de fomento del ahorro y apoyo social regional siempre que se trate de entidades pequeñas, pero se consolida el ejercicio indirecto de la actividad de crédito para

razones, especialmente, por el valor de negocio reducido que requería, hacía prácticamente inaplicable esta posibilidad.

⁶⁷⁵ PRIETO ÁLVAREZ, T. (2011), "Cajas de ahorros: De la tradición a su bancarización", en DE LA CUÉTARA MARTINEZ y MARTINEZ LÓPEZ-MÚÑIZ (Coords.), *Derecho Administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, Ed. La Ley, Madrid, págs. 1331 y ss. Las consecuencias de la bancarización han sido tratadas por PAZ-ARES C. y NUÑEZ-LAGOS R. (2014), ob. cit. "Integración contractual de cajas...", págs. 409 y ss.

entidades de mayor tamaño, que quedan obligadas a dejar de ser cajas de ahorros para ser fundación bancaria. La Ley 26/2013 (LCAFB) recoge el régimen jurídico de las cajas de ahorros y el de las fundaciones bancarias, figura jurídica que crea siguiendo el modelo italiano introducido en 1990 por la Legge Amato-Carli⁶⁷⁶, y pretende regularlas con vocación de permanencia, tal y como declara en su preámbulo, estableciendo «un nuevo régimen que venga a conjugar los valores clásicos de las cajas de ahorros (...), carácter social y arraigo territorial, con las lecciones que los históricos acontecimientos recientes habían puesto de manifiesto»⁶⁷⁷.

Precisamente, el gran desarrollo que en cuanto a volumen de negocio y extensión territorial, habían alcanzado algunas cajas de ahorros en los años precedentes, antes de sobrevenir la crisis iniciada en los años 2007-2008, hizo necesaria la reforma de las mismas en aras a resolver algunos problemas sobre su supervisión, de modo que fuesen reguladas por el Estado cuando su desarrollo diese lugar a una importancia sistémica en la entidad, y ya no pudieran identificarse con las necesidades de un territorio reducido –local o autonómico-⁶⁷⁸.

Tanto la intervención administrativa realizada entre los años 2009 y 2012, como la nueva Ley 26/2013, tenían por finalidad reestructurar el sector de las cajas y reformar su régimen jurídico para mantener la estabilidad financiera general y, más concretamente, esta última, pretendía dar cumplimiento a los compromisos asumidos por España en el Memorando de Entendimiento (MoU) con que la UE imponía ciertas condiciones a las ayudas financieras destinadas a España⁶⁷⁹. La Ley 26/2013 trata de dar cumplimiento a este compromiso estableciendo un régimen jurídico de carácter básico para las cajas de ahorros y otro para las fundaciones bancarias, y un régimen de

⁶⁷⁶ SCARAMUZZI, F. (2003), “Las Fundaciones en el sector bancario italiano”, en Boletín Económico de ICE N° 2756, disponible en http://www.revistasice.info/cachepdf/BICE_2756_17-20__E090A1EABF69CD9708CD3F71F2038EE2.pdf, última entrada 18 de febrero de 2014.

⁶⁷⁷ Preámbulo de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas y fundaciones bancarias, en número I, in fine.

⁶⁷⁸ ARIÑO ORTIZ, G., (2010), *La necesaria reforma de las Cajas de Ahorros*, Ed. Civitas, Navarra, pág. 105.

⁶⁷⁹ Vid. nº 23, punto sexto del Memorando de Entendimiento, y el puntos 18 y 20 del Anexo II del mismo, en los que se impone como condición de política sectorial financiera, la clarificación del papel de las cajas de ahorros en su calidad de accionistas de las entidades de crédito con vistas a una eventual reducción de su participación a niveles no mayoritarios, y la proposición de medidas para consolidar las normas sobre idoneidad de los órganos rectores de las cajas de ahorros e introducir requisitos de incompatibilidad para los órganos rectores de las antiguas cajas de ahorros y bancos comerciales bajo su control.

incompatibilidades más estricto que el previsto en la regulación anterior de cajas de ahorro, introduciendo además obligaciones en materia de gobierno corporativo y transparencia, y sujetando su actividad a una mayor supervisión de su solvencia.

De este modo, cuando las cajas de ahorros superan ciertos límites, la Ley 26/2013 impone la transformación en fundación bancaria, para así sujetarla a ese régimen jurídico más estricto, y con mayor supervisión de los poderes públicos, tratando así, de controlar y evitar, ese posible riesgo sistémico.

Con todo ello, el resultado es, por encima de cualquier otro, la asunción del control de estas entidades por el supervisor estatal en lo que no corresponda al BCE en el MUS, y la erradicación de problemas de supervisión respecto de entidades consideradas de importancia sistémica, como lo fueron las disputas por mayor reconocimiento de competencias de ordenación, y la asunción del doble papel de supervisor y supervisado que recaía, en cierta medida, en los Gobiernos autonómicos.

4.2. Primera fase: principales acciones de la regulación de urgencia en el régimen jurídico de las cajas de ahorros.

El proceso de reforma de las cajas de ahorros realmente comenzó en el año 2009, y se llevó a cabo a través de la aprobación de varios Reales Decretos-Ley que permitieron realizar algunas intervenciones administrativas de emergencia, rescatando a algunas entidades y fusionando a otras. Con la regulación de urgencia se inició para el sector de las cajas un camino sin retorno hacia su configuración actual, cuyos primeros pasos fueron dados sobre la base de una reinterpretación de la clásica delimitación de competencias entre Estado y Comunidades autónomas, y que permitían en la situación excepcional de crisis del momento, que se considerasen básicas, algunas competencias que antes no lo eran.

A continuación nos centramos en las normas más significativas, sin las cuales, la reestructuración del sector no hubiera sido posible.

El Real Decreto-Ley 9/2009 creó y reguló el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (en adelante, FROB), como autoridad nacional de resolución y mecanismo adicional de financiación pública de los procesos de reestructuración⁶⁸⁰. El

⁶⁸⁰ El FROB se crea ante la insuficiencia de los Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2014), "Aspectos controvertidos del régimen jurídico del FROB" en COLINO

FROB debe coordinar su actuación tanto internamente con el Banco de España, como externamente con las autoridades comunitarias del MUS y del MUR, y se considera sujeto de las relaciones jurídicas de rescate de las entidades de crédito junto con las entidades de crédito rescatadas⁶⁸¹.

El Preámbulo del Real Decreto–Ley 9/2009, justificó el carácter básico de la norma, por entender que afectaba a la estabilidad del sistema lo que en el mismo se regulaba. Partiendo de esto, el proceso de reestructuración de entidades con problemas de solvencia, que en ese momento eran esencialmente cajas de ahorros, dejaba en manos del FROB y del Banco de España, como organismos estatales, las competencias para acordar intervenciones administrativas en las mismas se consideraban, en consecuencia, ejecución de competencias básicas del Estado, a pesar de que tales intervenciones incluían medidas que inicialmente se habían considerado competencia autonómica según la interpretación que el Tribunal Constitucional había proporcionado durante más de dos décadas, pero tampoco, en relación con el mismo, se dejó de promover un nuevo conflicto de competencias⁶⁸².

MEDIAVILLA y GONZÁLEZ VÁZQUEZ (Dir.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada, pág. 150.

⁶⁸¹ TAPIA HERMIDA, A.J. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (2014), “Aspectos mercantiles del régimen legal del fondo de reestructuración ordenada bancaria (FROB)”, *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil UCM 2014/84*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, pág. 39. Disponible en <http://eprints.ucm.es>

A la creación y régimen jurídico del FROB nos referiremos detalladamente en otro epígrafe. En este punto nos referiremos únicamente al impacto que esta norma tienen en relación con la delimitación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, dejando al margen también lo que ha supuesto en las relaciones jurídicas privadas de la entidad con sus clientes, o con los socios, ya que sí se puede afirmar que el impacto que esta norma tuvo en el ámbito privado merecería cierta mención, al menos porque los cambios que se introducen pueden suponer una merma de derechos particulares por la vía de la intervención administrativa. Así, en relación con los derechos societarios, se limita entre otros, el derecho de adquisición preferente, y en relación con los derechos de los depositantes-inversores-consumidores la norma prevé que se pueda acordar, la cesión total o parcialmente de los depósitos en cuenta corriente o a plazo constituidos en una entidad administrada por el mismo a otra u otras entidades de crédito “satisfaciendo a éstas su importe y subrogándose legalmente en la posición de sus titulares frente a la entidad cedente, sin que sea preciso el consentimiento de estos últimos”. Del mismo modo, se prevé que el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, pudiera “disponer de forma inmediata el traslado de los valores depositados en la entidad administrada por el mismo por cuenta de sus clientes a otra entidad habilitada para desarrollar esta actividad, incluso si tales activos se encuentran depositados en terceras entidades a nombre de la entidad que presta el servicio de depósito” –todo ello ex art. 7.4 RD-L 9/2009–.

⁶⁸² Los recursos de inconstitucionalidad números 2602/2010, 2603/2010, 2644/2010 y 2681/2010, interpuestos contra el Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, fueron interpuestos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, el Consello de la Xunta de Galicia, el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid y el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, tramitándose de forma acumulada y

En esta situación, se desposeyó, en la práctica, a las Comunidades Autónomas de sus competencias sobre la autorización de las fusiones de cajas de ahorros, cuando en el sistema anterior a la reforma, ostentaban esta competencia los Gobiernos autonómicos, y así se recogía en la mayoría de sus propias normas. Es de destacar que, en relación con la aprobación de dichos planes, además, al Banco de España se le ha reconocido un amplio margen de discrecionalidad técnica, por lo que fue muy difícil de controlar la legalidad de la medida aplicada en resoluciones de intervención⁶⁸³, además de estar discutida su constitucionalidad, por la discusión sobre la competencia de los órganos estatales para acordar las fusiones de estas entidades.

La constitucionalidad de la norma sobre la que se apoya el ejercicio de esta competencia por el Banco de España, fue posteriormente confirmado por el Tribunal Constitucional⁶⁸⁴, al considerar que las medidas adoptadas por el Estado (a través del

resolviéndose con la STC 182/2013, de 23 de octubre de 2013. El núcleo de la controversia competencial en el mismo radicaba en la asunción de competencias ejecutivas por el Banco de España en situaciones de falta de solvencia de las cajas de ahorro, y la atribución a dicha entidad de la autorización o imposición de fusiones.

⁶⁸³ Algunas de las decisiones del Banco de España en el proceso de reestructuración de las cajas de ahorros ha suscitado preocupación por los límites a que debe someterse la discrecionalidad del regulador y la concreción del alcance de algunas potestades de regulación, considerándose clave la depuración de conceptos como el de regulación, pues su concreción permitiría obtener mayor seguridad jurídica. Vid. MUÑOZ MACHADO S. (2012), "Regulaciones económicas y privaciones patrimoniales (sobre los límites de la intervención de entidades de crédito por el Banco de España: el ejemplo de las Cajas de Ahorros)", en REBOLLO PUIG, M., *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid, págs. 106 y 107. Respecto a la intervención de entidades de crédito como potestad administrativa, el autor recoge algunos criterios para diferenciar decisiones de carácter regulatorio de otras de carácter expropiatorio.

⁶⁸⁴ La afectación de la competencia autonómica en caso de fusión dentro del plan de reestructuración fue informada por los órganos consultivos de buena parte de los gobiernos autonómicos, junto con la posibilidad de que existieran conflictos competenciales en otros puntos, y los recursos interpuestos contra el RD-Ley 9/2009 se resolvieron por la STC de 23 de octubre de 2013, entendiéndose que aquel era constitucional por dictarse en el marco de las atribuciones del Estado como garante de la estabilidad del sistema financiero, pero declarando la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 8.2 del RD-Ley 9/2009, en relación con el trámite del informe preceptivo no vinculante que se debía solicitar a los gobiernos autonómicos en el procedimiento de aprobación de los planes de reestructuración, por entender que la norma sólo se refería a este informe cuando las entidades afectadas eran cajas de ahorros o cooperativas de crédito, pero no se exigía respecto a los bancos. De este modo, el Tribunal entendió que carece de justificación constitucional que un trámite de informe preceptivo pero no vinculante como el regulado en el artículo 8.2 del RD-Ley 9/2009, al no referirse a todas las entidades de crédito, determinaba el total vaciamiento de competencia autonómica previamente reconocida y asumida en los Estatutos de Autonomía en materia de ordenación del crédito, pues desconocía absolutamente cualquier posibilidad de participación de las Comunidades Autónomas respecto de los procesos de reestructuración que afectasen a las restantes entidades de crédito (diferentes a cajas de ahorros y cooperativas de crédito). Según el Tribunal Constitucional en esta STC 182/2013, la dualidad competencial existente no puede ser traducida en la negación de toda competencia autonómica sobre todas las entidades financieras o de crédito que no sean cajas de ahorros o cooperativas de crédito, y

Banco de España) en intervenciones que implicaban fusiones, si tienen por finalidad mantener la estabilidad del sistema financiero en su conjunto, desplazan las competencias autonómicas⁶⁸⁵.

De la propia doctrina del Tribunal Constitucional en la Sentencia de 23 de octubre de 2013, resulta que las mismas competencias serían autonómicas en

que la ley no puede reservar al Estado la totalidad de las competencias en la materia sobre todas las entidades de crédito distintas a las cajas de ahorro y cooperativas, al margen de sus características estructurales y operativas, de sus ámbitos de actuación, y de los riesgos que conllevan para la estabilidad y la confianza en el sistema financiero. Actualmente, la Ley 11/2015, ya no contiene previsión respecto a procesos de reestructuración y derogó el artículo 14.5 de la Ley 9/2012 que tenía el mismo contenido que ese artículo 8.2 del Real Decreto-Ley 9/2009, aunque referido a todas las medidas de reestructuración, en general.

⁶⁸⁵ En este sentido se pronunció el TC en Auto de 30 de junio de 2010, que suspendió cautelarmente la aplicación del artículo 15.3 de la Ley 10/2009 (Ley de cajas de ahorros de Galicia), en el que se prevé la previa autorización autonómica en caso de fusiones. El referido ATC da preferencia a las competencias estatales cuando su finalidad es garantizar la estabilidad sistémica, utilizando algunos de los criterios resultantes de su doctrina anterior, en su Fundamento Jurídico nº 4: "...debe apreciarse un perjuicio actual y directo al interés general en tanto que la previsión autonómica pudiera impedir el despliegue de las medidas necesarias en relación con la garantía y el buen funcionamiento y estabilidad del sistema financiero (al respecto, STC 235/1999, de 16 de diciembre, FJ 5, o, en relación con las cajas de ahorro, STC 48/1988, de 22 de marzo, FJ 26). Se trata de un ámbito conectado con las potestades de vigilancia del sistema financiero, en el que se exige actuar de forma inmediata y con carácter preventivo en situaciones graves que puedan afectar a la solvencia de las cajas y, por extensión, a la estabilidad del sistema financiero, a fin de garantizar, dada la naturaleza de la materia en cuestión, la eficacia de las medidas en el conjunto del sistema crediticio nacional. Es indiscutible que una situación como la contemplada en el precepto -insuficiencia en la solvencia de una entidad- trasciende el caso concreto para incidir en la total estructura del sector, respondiendo la intervención al objetivo de evitar la aparición de riesgos sistémicos en cuanto las medidas de control y garantía de la solvencia de una entidad afectan a la estabilidad del sistema financiero en su conjunto". En un sentido semejante se pronuncia la STC nº 209/2014, de 18 de diciembre de 2014, en su Fundamento Jurídico nº 4. En cualquier caso, la afectación de las competencias autonómicas con esta medida es evidente. SALA ARQUER, J. M., (2012), "Fusiones de Cajas de Ahorro y crisis financiera" en Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Córdoba, Ed. Iustel, Madrid, pág. 300. En estos casos, tan solo se tomó en consideración la opinión de la respectiva autonomía a través de un informe preceptivo, que ante el silencio de la ley, debíamos entender no vinculante, por ser esta la regla general - artículo 80.1 de la Ley 39/2015, regla que anteriormente contenía el artículo 83.1 de la Ley 30/1992-. A este informe se refería el artículo 8.2 del RD-Ley 9/2009, el mismo contenido se preveía en el artículo 14.5 de la Ley 9/2012, en relación con la aprobación de un plan de reestructuración. Posteriormente la Ley 11/2015 que deroga parcialmente la Ley 9/2012, no contiene referencia a este informe de las Comunidades Autónomas. Como vemos, con la reforma se produce una inversión de las competencias en caso de reestructuración, puesto que anteriormente la STC 48/1988, había reconocido la competencia autonómica para el otorgamiento de la autorización en estos casos, aunque reconociendo a su vez el carácter básico de las normas reguladoras de la intervención estatal en los expedientes sobre creación, fusión o liquidación de las mismas, y considerándose básico el preceptivo informe del Banco de España, que con carácter general se preveía en estos supuestos y que se considera vinculante. Tras la reforma de 2009, esta última regla, solo afectaría a fusiones realizadas al margen de la intervención del FROB. Entre otros autores SALA ARQUER y UREÑA SALCEDO. Vid. SALA ARQUER, J. M., (2012), ob. cit. "Fusiones de Cajas de Ahorro y crisis..." pág. 293; y UREÑA SALCEDO, J.A. (2005), La influencia pública en las Cajas de Ahorros, Ed. Marcial Pons, Madrid, pág. 176.

situaciones normales⁶⁸⁶, por lo que la constitucionalidad del RD-Ley 9/ deriva del hecho de que los procesos de reestructuración que se contemplaban en él, eran situaciones absolutamente excepcionales, que, de hecho, han dejado de estar reguladas en la norma que le sucede actualmente –Ley 11/2015-, La conclusión que obtenemos es que una coyuntura de excepcional inestabilidad requiere de la intervención del Banco de España (a través del FROB)⁶⁸⁷, y que en estos casos, las competencias estatales desplazan a las autonómicas. La admisibilidad de la reforma se basa en el carácter versátil y cambiante de lo que se debe entender por bases del crédito según la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Las modificaciones introducidas por el RD-Ley 9/2009 han recibido críticas porque no solo normalizan lo excepcional, sino porque también afectan, además de a la delimitación competencial entre Estado y Autonomías, a algunos derechos que reciben protección constitucional como el derecho de propiedad privada (artículo 33 CE), el derecho de fundación (artículo 34 CE), el derecho a la libertad de empresa en el

⁶⁸⁶ El mismo preámbulo del RD-Ley 9/2009 venía a fundamentar el título competencial utilizado para introducir tales medidas, refiriéndose a la STC 235/1999, de 16 de diciembre, y diciendo que la misma “al hilo de las funciones de los Fondos de Garantía de Depósitos, ha venido a reconocer que de la legislación vigente se deriva el carácter básico de las funciones ejercidas por el Banco de España en cuanto que tienen por objeto la preservación de la solvencia de las entidades de crédito. Ello porque la salvaguarda de dicha solvencia trasciende los casos concretos y protege un interés supraautonómico, cual es la estabilidad del sistema financiero en su conjunto, que se ve negativamente afectado por las situaciones de insolvencia en que pudieran incurrir los sujetos integrantes del mismo, por lo cual se establecen mecanismos de aseguramiento de intereses de terceros y de saneamiento y reflotamiento de las entidades en dificultades, que tratan de restaurar la confianza en el sistema y que implican al conjunto de las entidades de crédito. Igualmente, el Tribunal Constitucional ha determinado que la suspensión e intervención de una entidad en una situación difícil afecta al sistema financiero en su conjunto e invade intereses supraautonómicos lo que determina la reserva al Estado del ciclo jurídico completo: legislación, desarrollo normativo y ejecución, atribuyéndose está última a favor del Banco de España”.

⁶⁸⁷ El mismo preámbulo del RD-Ley 9/2009 venía a fundamentar el título competencial utilizado para introducir tales medidas, refiriéndose a la STC 235/1999, de 16 de diciembre, y diciendo que “de la legislación vigente se deriva el carácter básico de las funciones ejercidas por el Banco de España en cuanto que tienen por objeto la preservación de la solvencia de las entidades de crédito. Ello porque la salvaguarda de dicha solvencia trasciende los casos concretos y protege un interés supraautonómico, cual es la estabilidad del sistema financiero en su conjunto, que se ve negativamente afectado por las situaciones de insolvencia en que pudieran incurrir los sujetos integrantes del mismo, por lo cual se establecen mecanismos de aseguramiento de intereses de terceros y de saneamiento y reflotamiento de las entidades en dificultades, que tratan de restaurar la confianza en el sistema y que implican al conjunto de las entidades de crédito. Igualmente, el Tribunal Constitucional ha determinado que la suspensión e intervención de una entidad en una situación difícil afecta al sistema financiero en su conjunto e invade intereses supraautonómicos lo que determina la reserva al Estado del ciclo jurídico completo: legislación, desarrollo normativo y ejecución, atribuyéndose está última a favor del Banco de España”.

marco de la economía de mercado (artículo 38 CE)⁶⁸⁸. También es técnicamente criticable que se lleguen a vaciar las competencias autonómicas para poder llevar a cabo operaciones de reestructuración, cuando la posibilidad de adoptar medidas de intervención, a la vista de la doctrina tradicional del Tribunal Constitucional sobre esta materia, cabía ya anteriormente, pues al Banco de España siempre se le ha considerado garante de la estabilidad del sistema. La creación del FROB ha recibido también críticas por haber sido una medida cara para el contribuyente⁶⁸⁹.

Por su parte, el RD-Ley 9/2009 sólo fue el inicio del cambio, y fueron muchas las normas posteriores⁶⁹⁰. De ellas, destacamos el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros⁶⁹¹, ahora derogado parcialmente por la Ley 26/2013, que diseñó un nuevo modelo organizativo para las cajas de ahorro, iniciando la reforma del sector, que indirectamente afectó al ejercicio de las competencias autonómicas de regulación bancaria en varios frentes, que se concentraron en: 1. Los títulos competenciales utilizados como base de la norma; 2. La alteración de los porcentajes de los intereses representativos de las cajas; 3. La subordinación de las autorizaciones de los gobiernos

⁶⁸⁸ A las medidas de intervención en aplicación del artículo 128.2 CE, como intervención de empresas por exigencias de interés general, que se han llevado a cabo en aplicación del RD-Ley 9/2009, se ha referido MUÑOZ MACHADO S. (2012), ob. cit. “Regulaciones económicas y privaciones patrimoniales...”, págs. 128 y ss.

⁶⁸⁹ VEGA SERRANO J.M. (2011), ob. cit. “*La regulación bancaria...*”, pág. 283. El autor destaca que el FROB se crea con una dotación de 9000 millones de euros, de los cuales tres cuartas partes son aportados por el Estado, pudiendo endeudarse adicionalmente hasta diez veces su dotación, cantidades estas extraordinariamente elevadas (ascendiendo a unos 99.000 millones de euros en total que se situarían en torno al 10 por 100 del PIB español).

⁶⁹⁰ La aprobación de normas fue incesante entre los años 2010 y 2012. Destacamos: El Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos de régimen jurídico de las cajas de ahorros; El Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; El Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero; El Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero; El Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito; La Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre venta y saneamiento de los activos inmobiliarios del sector financiero; Y el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión.

⁶⁹¹ Esta se consideró una de las cuatro reformas estructurales llevadas a cabo en España como consecuencia de la crisis económica iniciada en los años 2007-2008, junto con la reforma del mercado laboral, el replanteamiento del Estado del bienestar –afectando a pensiones, y gasto sanitario–, y los recortes aplicados para reducir el gasto de las Administraciones públicas. Vid. RIVERO ORTEGA R. (2011), “¿Qué reformas estructurales?”, en DE LA CUÉTARA MARTINEZ y MARTINEZ LÓPEZ-MÚÑIZ (Coords.), *Derecho Administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, Ed. La Ley, Madrid, pág. 1026.

autonómicos para la integración en un Sistema Institucional de Protección; y 4. La fusión de cajas de ahorros.

La aplicación en conjunto de los títulos competenciales dimanantes de los artículos 149.1.6.^ª, 11.^ª y 13.^ª de la Constitución española para justificar el RD-Ley 11/2010, podría plantear problemas de constitucionalidad en cuanto que no tiene la misma extensión regular una materia desde el punto básico –por ser competente en la ordenación de las bases del crédito–, a hacerlo ostentando una competencia exclusiva –por ser competente por completo en materia mercantil⁶⁹². La regulación de este RD-Ley en lo referente a la organización de las cajas, y el subsiguiente vaciamiento de competencias autonómicas, permite que nos planteemos si esta reforma se hace pensando, de algún modo, que queda justificada por el título competencial del artículo 149.1.6.^ª CE (competencia exclusiva del Estado para regular la materia mercantil), y si se podría considerar su incidencia en las cajas constitucional en base al mismo. Sobre esta cuestión, analizando la doctrina constitucional anterior⁶⁹³, el título competencial del artículo 149.1.6.^ª CE es aplicable para regular aquellas cuestiones en que existiendo competencias compartidas, la ley estatal se remita a la legislación mercantil, o contenga preceptos de carácter mercantil, sin que pueda deducirse de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la competencia del Estado en materia de cajas de ahorros se pueda basar en la competencia sobre la legislación mercantil, de forma general⁶⁹⁴. Sobre la cuestión de qué título competencial justifica la reforma,

⁶⁹² La referencia en el RD-Ley 11/2010, al artículo 149.1.6.^ª CE, que recoge la competencia exclusiva estatal en la regulación de la materia mercantil, y que también se ha utilizado en el RD-Ley 9/2009, es una novedad en la regulación de urgencia del periodo 2009-2012, y no se había utilizado nunca antes ni por el legislador estatal, ni por los legisladores autonómicos. Vid. ARZOZ SANTIESTEBAN X., (2012), “La versatilidad de lo básico en materia económica, con especial referencia a la crisis financiera y las Cajas de Ahorro”, en REBOLLO PUIG M. (Dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 518, citando a ROJO ÁLVAREZ MANZANEDA, R., (2008), *El reparto de competencias en materia financiera en la doctrina del Tribunal Constitucional. Especial consideración de las cajas de ahorros*, Ed. Junta de Andalucía-Aranzadi, Navarra, pág. 322.

⁶⁹³ Vid. la STC 72/1983 de 29 de julio, en su Fundamento Jurídico 3 que, aunque referida a la regulación de las cooperativas, se valoró la extensión de la competencia exclusiva del Estado en materia mercantil en relación con las mismas, y el TC vino a declarar que “ha de interpretarse en el sentido de que habrá de respetar la legislación en cuanto sea aplicable a las cooperativas, como sucede en aquellos casos en los que la legislación general de cooperativas remite a la legislación mercantil o también cuando contienen preceptos mercantiles”.

⁶⁹⁴ ARIÑO ORTIZ G. y GARCÍA M. (2013), *Vindicación y reforma de las Cajas de Ahorro, juicio al Banco de España*, Ed. Civitas, Madrid, pág. 286. Por este motivo, el Dictamen del Consejo de Estado de 30 de mayo de 2013, analizando el Anteproyecto de Ley de Cajas de Ahorro y Fundaciones bancarias –actualmente, ya Ley 26/2013–, que ha sucedido al RD-Ley 11/2010, al tratar la conformidad de aquel con

también se ha considerado que tal vez, el título no reside en el artículo 149.1.6ª CE ni solamente en el resultante del artículo 149.1.11ª y 13ª, sino en estos últimos preceptos en relación con el artículo 149.1.18 CE (aunque no se menciona en la norma)⁶⁹⁵.

La segunda de las modificaciones que inciden en las competencias autonómicas tiene relación con la alteración de los porcentajes de los intereses representativos de las cajas, como consecuencia de la introducción del ejercicio indirecto de la actividad a través de un banco propiedad de la caja de ahorros. La constitucionalidad de la afectación de las competencias autonómicas, como consecuencia de medidas semejantes, fue tratada anteriormente por el Tribunal Constitucional en relación con la Ley 44/2002, de 22 de noviembre⁶⁹⁶. En aquella ocasión la solución proporcionada en por el Tribunal Constitucional en la STC 139/2011⁶⁹⁷, fue que la norma en cuestión, no era inconstitucional, por entender que todavía quedaba un margen para los

el esquema constitucional de distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, indicó que la mención expresa de la regla 6ª del artículo 149.1 CE, que contenía la Disposición Final Sexta del Anteproyecto no parecía necesaria, y que en caso de mantenerse, sería conveniente precisar a qué concretos preceptos del texto proyectado venía referida. Actualmente, la Ley de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias, en su Disposición Final Décima, contiene la referencia a los títulos competenciales, y mantiene la mención del artículo 149.1.6ª CE, pero concretando que viene referido a lo establecido en la ley en materia de obligaciones de gobierno corporativo, y régimen especial y supletorio de la normativa societaria, cuestiones estas puramente mercantiles.

⁶⁹⁵ ARIÑO ORTIZ G. y GARCÍA M. (2013), ob. cit., *Vindicación y reforma ...* pág. 288. Este precepto establece la competencia exclusiva del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, lo que permitiría legitimar la reforma considerando que la regulación que se hace sobre algunos puntos introducidos por la misma, es cuestión de Derecho Administrativo, pudiendo llegar a considerarse que estamos en un supuesto semejante al de sociedades públicas especiales. Quienes mantienen esta posición, no dudan en manifestar que el nuevo sistema de ordenación crediticia no se configurará acertadamente a través de los cambios introducidos con los RD-Ley 9/2009 y 11/2010 y normas siguientes a estas, sino mejorando y adaptando lo que ya es conocido en nuestro propio sistema. Hay que partir de la idea de que, aunque no existe pronunciamiento del Tribunal Constitucional al respecto, lo cierto es que en la Disposición Final Primera, en su primer párrafo, no se hace referencia al artículo 149.1.18ª CE, por lo que inicialmente, no era esta la idea del legislador. El título competencial contenido en el artículo 149.1.18ª CE se había utilizado en relación con los artículos 42 y ss de la LDIEC de 1988, al regular los puntos básicos del ejercicio de la potestad sancionadora en relación con la ordenación del crédito y disciplina de las entidades del sector.

⁶⁹⁶ Concretamente se había discutido la constitucionalidad de la redacción dada por el artículo 8.2 de la Ley 44/2002, al artículo 2.3 LORCA, en cuanto que, por un lado, subsumió dentro de una misma categoría a aquellos grupos representantes de las Administraciones públicas y entidades y corporaciones de Derecho público, limitando el derecho de voto de todos ellos en su conjunto a un máximo del 50 por 100 en cada uno de los órganos y, por otro, estableció una serie de porcentajes que constreñían las facultades autonómicas de configuración de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros.

⁶⁹⁷ Vid. STC 139/2011, de 14 de septiembre, Fundamento Jurídico 3.a), que recoge la doctrina de la STC 118/2011, de 5 de julio, en Fundamento Jurídico 5.

legisladores autonómicos en la concreción de los porcentajes representativos de participación pública en la entidad⁶⁹⁸. En base al mismo criterio, no entenderemos invadidas las competencias autonómicas, aunque en este caso, la modificación lo que realmente supone es una reducción de la presencia política dominante en la entidad⁶⁹⁹, por el cual el ejercicio de cargo de miembro de los órganos de gobierno de una caja de ahorros será incompatible con el de todo cargo político electo⁷⁰⁰.

El tercer problema que planteaba esta norma, se generaba en torno a la integración de las cajas de ahorros en un sistema institucional de protección⁷⁰¹. El SIP,

⁶⁹⁸ Vid. STC 139/2011, de 14 de septiembre en relación con la STC 10/2005, en su Fundamento Jurídico 6, citando la STC 49/1988, en su Fundamento Jurídico 12, viene a declarar que “no recorta indebidamente la competencia autonómica en la medida en que existe un margen para que el legislador autonómico introduzca sus propias opciones de concreción de los diversos porcentajes de representación, respetando siempre el techo máximo de presencia pública. Con ello se garantiza la finalidad democratizadora de la Ley y se asegura la independencia en la actuación de los miembros de los órganos de gobierno de la caja de ahorros, más allá de la fluctuación de la oportunidad política necesaria para una gestión que ha de responder a criterios técnicos y financieros en atención a su carácter de entidades de crédito dedicadas “a una actividad de especial delicadeza y riesgo no sólo para quienes la realizan sino también para quienes operan con ellas y para la estabilidad económica en general”.

⁶⁹⁹ Esta reducción que venía siendo reclamada por una parte de la doctrina, se ha considerado algo tímida por algunos, y sin embargo, otros, la ponen en relación con la despolitización o profesionalización introducida con la regla de incompatibilidad que el mismo RD-Ley 11/2010 contenía en su artículo 3.1. Para lograr la profesionalización de los miembros de los órganos rectores de las cajas se introdujeron otras medidas. Vid. VEGA SERRANO, J.M. (2011), ob. cit., *La regulación bancaria...*, pág. 289 y 290. A pesar de la medida introducida, algunos consideran que una total despolitización no es posible. En este sentido, GARCÍA RUBIO F. (2012), “El preocupante presente e incierto futuro de las cajas de ahorro. Reflexiones sobre su régimen jurídico”, en REBOLLO PUIG, M., *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 652.

⁷⁰⁰ Vid. PRIETO ÁLVAREZ T., (2011), ob. cit. “Cajas de ahorros: De la tradición a...”, pág. 1353.

⁷⁰¹ Los procesos de integración en un SIPs se han denominado coloquialmente como fusiones frías. Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J. (2012), “Reflexiones acerca del nuevo régimen jurídico de las cajas de ahorros”, en REBOLLO PUIG, M., *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 625. A través de estos procesos, y por la vía contractual se acordaba por varias cajas la creación de un banco cuya propiedad ostentarían aquellas en la proporción correspondiente a sus aportaciones, y que llevaba implícita la solidaridad en el cumplimiento de los límites de solvencia, entre otras cosas. Es un grupo consolidable de base contractual que aplican el principio *pars pro toto*. Vid. PAZ-ARES C. y NUÑEZ-LAGOS R. (2014), ob. cit. “Integración contractual de cajas...”, pág. 395. Sin embargo, no son verdaderas fusiones sino una suerte de alianza contractual entre cajas de ahorros. En este sentido, ARIÑO ORTIZ, G. (2010), ob. cit. *La necesaria reforma de la Ley de Cajas...*, pág. 174. A través de los SIP, desde el inicio, las competencias de supervisión de la solvencia de la entidad central quedaron en gran medida en manos del Banco de España, puesto que a él se le atribuyen las facultades de supervisión sobre el cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa vigente sobre recursos propios de las entidades financieras para asignar una ponderación de riesgo del 0% a las exposiciones que tengan entre sí los integrantes del sistema institucional de protección. Correspondería también al Banco de España, si llegase el caso, la valoración, con carácter previo al abandono de un SIP por cualquiera de las entidades integrantes del mismo, tanto de la viabilidad individual de la entidad que pretenda abandonar el sistema, como de la de este último y la del resto de las entidades participantes tras la pretendida desvinculación –ex Disposición Adicional 5ª de la LOSSEC–.

como posibilidad de ejercicio indirecto de la actividad de crédito, contaba con una entidad central con forma jurídica de sociedad anónima, y que debía de estar participada por las cajas integrantes en al menos un 50% de su accionariado, siendo la entidad central quien se sometía al control del Banco de España⁷⁰². En relación con las autorizaciones administrativas para la integración en los SIPs, se cuestionó su sometimiento al control de las Comunidades Autónomas, pues algunas normas autonómicas contemplaban esta posibilidad. El Auto del Tribunal Constitucional nº 75/2010 de 30 de junio de 2010 inicialmente, consideró que esta autorización sólo corresponde el Banco de España en la regulación actual⁷⁰³, y la STC 204/2014, de 18 de diciembre, al resolver el recurso interpuesto en este caso⁷⁰⁴, valorando las normas vigentes en el momento de su resolución⁷⁰⁵, llega a la conclusión de que las autorizaciones para la integración en un SIP, son competencia del Banco de España, como garante de la estabilidad financiera general, y que «la validez de las medidas de intervención que pueden adoptar las autoridades autonómicas con arreglo a su propia legislación (...) está sujeta a una condición, consistente en que la intervención

⁷⁰² En la práctica, las integraciones en los SIP, en todos los casos, se efectuaron mediante acuerdo contractual entre las cajas de ahorros que se incorporaron a ellos, y que asumieron el compromiso mutuo de solvencia y liquidez alcanzando, como mínimo, el 40% de los recursos propios computables de cada una de ellas, en lo que se refiere al apoyo de solvencia –ex artículo 8.3.d) de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, reformada por el RD-Ley 11/2010, ahora sustituido por la Disposición Adicional 5ª de la LOSSEC-. Las entidades que se incorporaron a un SIP se comprometieron a permanecer en el sistema un periodo mínimo de 10 años, debiendo preavisar con, al menos, 2 años de antelación su deseo de abandonar el mismo transcurrido aquel período –de conformidad con la misma norma-.

⁷⁰³ El Auto del Tribunal Constitucional nº 75/2010 de 30 de junio de 2010, en su fundamento nº 4, recogió la idea de que «la autorización autonómica, además de superponerse a la que le corresponde otorgar al Banco de España, introduce un criterio que desnaturaliza notablemente el SIP, como acuerdo económico de garantía de la solvencia de la entidad de crédito». Se considera que la intervención previa autonómica puede llegar a interferir o impedir la constitución del SIP, con el consiguiente perjuicio para los intereses generales.

⁷⁰⁴ El recurso de inconstitucionalidad núm. 1065-2010, fue interpuesto por el Presidente del Gobierno de la Nación contra el art. 2, apartados tres, cinco, siete, diez, once, trece y quince; art. 3, apartados cuatro y cinco; y la disposición transitoria primera de la Ley del Parlamento de Galicia 10/2009, de 30 de septiembre, de modificación del Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes 7/1985, de 17 de julio, y 4/1996, de 31 de mayo, de cajas de ahorro de Galicia.

⁷⁰⁵ De conformidad con la doctrina sobre el *ius superveniens* en procesos de naturaleza competencial, «el control de las normas recurridas por incurrir en un posible exceso competencial ha de hacerse de acuerdo con el bloque de constitucionalidad y con las demás normas que sirven de parámetro de enjuiciamiento vigentes en el momento de dictar sentencia (SSTC 134/2011, de 20 de julio, FJ 2; 120/2012, de 4 de junio, FJ 2; 201/2013, de 5 de diciembre, FJ 2; y 34/2014, de 27 de febrero, FJ 2)». Vid. Fundamento Jurídico nº 4 de la STC 204/2014, de 18 de diciembre.

autonómica sea compatible con la eventual intervención estatal»⁷⁰⁶. Este criterio es conforme con la regulación actual y el sistema de supervisión del MUS, en el que, tanto en este caso, como en otros posibles supuestos, la supervisión autonómica se considera residual.

La cuarta cuestión del RD-Ley 11/2010 que generó problemas giraba en torno a las autorizaciones de los gobiernos autonómicos para acordar fusiones, porque el artículo 3 RD-Ley 11/2010, al modificar la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro, añadió al texto de esta última ley una Disposición Adicional Sexta: «Las fusiones entre Cajas estarán sometidas al procedimiento de autorización previsto en la normativa autonómica de desarrollo. La denegación de la autorización sólo podrá producirse mediante resolución motivada cuando la entidad resultante pudiera incumplir cualquiera de los requisitos objetivos previstos en la citada normativa». Dichos requisitos objetivos daban lugar a una previa valoración por parte del Banco de España, considerándose dicho informe, como vinculante en la práctica⁷⁰⁷. Interpretando esta norma, se puede llegar a la conclusión de que en realidad, se vació de contenido la competencia autonómica para autorizar las fusiones de cajas de ahorros, pues se le da un carácter de autorización (como acto reglado) limitando el anterior margen discrecional –que tenían las cajas-, de modo que la sujeción a requisitos de carácter objetivo, que se fijan por el Estado como normas básicas, dejaron desvirtuada la competencia autonómica, pasando a un segundo plano la cuestión de la competencia estatal en la autorización de las fusiones interautonómicas⁷⁰⁸, y convirtiendo una antigua decisión discrecional en un acto reglado, sometido a criterios objetivos perfectamente constatables –y controlables- por la jurisdicción contencioso administrativa⁷⁰⁹, lo cual, al margen del vaciamiento de competencias⁷¹⁰, se debe valorar positivamente ya que es favorable para dotar al sistema de más seguridad jurídica.

⁷⁰⁶ Vid. STC 204/2014, de 18 de diciembre, en Fundamento de Derecho nº 4.

⁷⁰⁷ ARIÑO ORTIZ G. y GARCÍA M. (2013), ob. cit., *Vindicación y reforma...* pág. 292.

⁷⁰⁸ SALA ARQUER, J.M. (2012) “Fusiones de Cajas de Ahorro y crisis financiera” en *Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Córdoba, Ed. Iustel, Madrid, págs. 296 y 297

⁷⁰⁹ ARIÑO ORTIZ G. y GARCÍA M. (2013), ob. cit., *Vindicación y reforma...* pág. 292.

⁷¹⁰ No faltan opiniones que consideran que formalmente la competencia para autorizar debería ser competencia estatal por ser básica al afectar las fusiones de entidades a la estructura del mercado del

El impacto en las competencias autonómicas que introdujo el RD-Ley 11/2010 resultaba de su Disposición Final Primera, porque venía a considerar que prácticamente toda la reforma tenía carácter de norma básica⁷¹¹.

Posteriormente, el Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero, continuó el proceso de bancarización que había iniciado el RD-Ley 11/2010, al establecer que los SIPs sólo podrían solicitar ayudas financieras previo traspaso al banco, a través del que ejercían la actividad de crédito, de todo el negocio de las cajas integradas⁷¹², fase de la reestructuración que se ha llegado a llamar de bancarización imperativa⁷¹³.

El carácter instrumental de la figura de los SIPs, queda patente desde que en la Ley 26/2013 de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, los mismos no se regulan, y tan sólo se prevé un mínimo régimen jurídico para los mismos en la Disposición Adicional 5ª de la LOSSEC. A pesar de todo, esta figura, no sirvió para evitar el rescate bancario español⁷¹⁴. En cierto modo, en todo el proceso de reestructuración a través de los SIPs, las cajas de ahorros han sido víctimas de su propia codicia, ya que se les dio la opción de fácil acceso a las ayudas públicas ofrecidas por el Estado durante la primera fase de la reforma, y vendieron su esencia como entidades comprometidas con la promoción de la economía regional, como evidencia del riesgo moral que siempre ha caracterizado la actividad del crédito.

crédito en su conjunto. En este sentido, ARIÑO ORTIZ seguido por PRIETO ÁLVAREZ. Vid. PRIETO ÁLVAREZ T., (2011), ob. cit. "Cajas de ahorros: De la tradición a...", págs. 1345 y ss.

⁷¹¹ Concretamente, se excluyen del carácter de norma básica las modificaciones introducidas en relación con la determinación del número de miembros de la Asamblea General, el número mínimo y máximo de vocales del Consejo de Administración, la edad de jubilación del Director general, y el tratamiento de las cuotas participativas. Sobre el carácter de norma básica o no de la regulación de las cuotas participativas en la LORCA, vid. COLINO MEDIAVILLA J.L. (2007), "¿Es básica la norma estatal que establece que las cuotas participativas carecen de todo derecho político? ¿es inconstitucional?", en *Revista de Derecho de Sociedades* 2007-2, nº 29.

⁷¹² PAZ-ARES y NUÑEZ-LAGOS R. (2014), ob. cit. "Integración contractual de cajas...", pág. 412. También, VEGA SERRANO, J.M. (2011), ob. cit., *La regulación bancaria...*, pág. 291.

⁷¹³ ARIÑO ORTIZ, G. (2013), *Vindicación y reforma de las cajas de ahorros. Juicio al Banco de España*. Ed. Aranzadi, Navarra, pág. 115. También, PRIETO ÁLVAREZ, T. (2011), ob. cit. "Cajas de ahorro: de la tradición...", pág. 1349.

⁷¹⁴ MARTINEZ CAÑELLAS A. (2014), "Principios de reestructuración y resolución de entidades de crédito en España y Ley Concursal", en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra), pág. 255.

Por lo demás, esta norma tiene como objetivo reforzar la solvencia de las entidades⁷¹⁵, para lo que se ampliaron las competencias del Estado para controlar la solvencia de todo tipo de entidades, sin distinción de forma jurídica, pues se atribuyeron al Banco de España las facultades de supervisión e inspección en relación con el cumplimiento de estos requerimientos de capital, facultándole para que pudiera requerir a una entidad individual un nivel superior de capital principal, en función de los resultados de ejercicios de resistencia que pudieran hacerse para el conjunto del sistema, y también, en el caso de que alguna entidad, llegada la fecha límite prevista, no hubiera alcanzado el nivel requerido de capital principal⁷¹⁶. También se atribuyeron al Banco de España funciones de disciplina, ya que el valor de los activos inmateriales para la determinación del capital principal, se debía calcular conforme a lo dispuesto por el Banco de España –según el art. 2.2.b) del RD-Ley 2/2011-⁷¹⁷.

⁷¹⁵ Con esta norma se adelantó la incorporación de los objetivos internacionales recomendados desde Basilea III, estableciendo un mínimo de capital principal del 8% con relación a los activos ponderados por riesgo, siendo del 10% para aquellas entidades que no hubieran colocado títulos representativos de su capital a terceros por al menos un 20%, y, que además, presentasen una ratio de financiación mayorista superior al 20%. Se ha destacado que con esta norma se estimulaba la colocación de capital de las entidades bancarias recién creadas entre inversores en los mercados organizados de valores, en la medida que penalizaba a las entidades que no tuvieran inversores en su accionariado. Vid. CONLLEDO LANTERO F. (2014), ob. cit. “La reforma de las cajas de ahorros...”, pág. 382.

⁷¹⁶ En estos casos, la norma permitía la concesión a la entidad del plazo 15 días hábiles para comunicar al Banco de España la estrategia y calendario con que garantizan el cumplimiento de los nuevos requisitos del 8% o 10%, de capital principal que debían ser recuperados en un plazo aproximado de seis meses. El plan propuesto que podría contemplar la captación de recursos de terceros y la salida a bolsa de las entidades, debía ser aprobada por el Banco de España quien podría exigir modificaciones o medidas adicionales. Respecto de aquellas entidades que no pudieran captar capital en los mercados de capital básico, como las cajas de ahorros, el RD-Ley 2/2011 modificó el régimen jurídico del FROB con objeto de que la proporción de apoyos públicos pudiera tener lugar mediante la adquisición temporal de acciones ordinarias o aportaciones al capital social de las entidades, en condiciones de mercado, de aquellas entidades que no cumplieran con los niveles de recursos propios exigidos y que así lo solicitasen –ex artículo 9 del RD-Ley 2/2011-, lo que realmente suponía la ampliación de las posibilidades de realizar un rescate de la entidad en problemas por parte del FROB y de la inversión pública a realizar. Esta medida, que puede implicar la entrada del sector público en el capital social de entidades de crédito, según el preámbulo “se ha diseñado dentro de un marco de estricto cumplimiento de la normativa aplicable de la Unión Europea y de máxima protección de los recursos públicos”. Aunque en el momento de aprobarse el RD-Ley 2/2011 se consideró que con el mismo se terminaba de configurar el régimen jurídico del FROB, lo cierto es que aún quedaban muchas cuestiones por perfilar. En este sentido, SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A., (2011), “El riesgo sistémico en la regulación bancaria: Respuestas tras la crisis”, en DE LA CUÉTARA MARTINEZ, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, Y VILLAR ROJAS, Derecho Administrativo y regulación económica, Liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz, Ed. La Ley, Madrid, pág. 1383.

⁷¹⁷ Así se deduce de la Disposición Transitoria Tercera del RD-Ley 9/2009, modificado por el RD-Ley 2/2011. Desde el punto de vista de la disciplina bancaria, se ampliaron las competencias estatales, pues se habilitó al Banco de España para el desarrollo inmediato de la definición de financiación mayorista y del régimen sancionador, al ser estas competencias ejecutivas derivadas de las materiales sobre las

En lo referente a la afectación de las competencias autonómicas es destacable la interposición contra este RD-Ley 2/2011 de recurso de inconstitucionalidad, promovido por la Xunta de Galicia, que se resolvió definitivamente por la STC 47/2015, de 5 de marzo de 2015, y en el que la cuestión controvertida se centraba en la acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante para la regulación urgente por parte del Estado⁷¹⁸, y en la constitucionalidad de la participación del FROB, como órgano estatal, en los procesos de reestructuración, sin intervención alguna de los gobiernos autonómicos, lo que planteaba nuevamente el vaciamiento de las competencias autonómicas. Al respecto, la STC 47/2015 resolvió que la inconstitucionalidad basada en el adecuado uso de la regulación de urgencia, no requería ya pronunciamiento por haber desaparecido el objeto del recurso⁷¹⁹,

cuestiones que regulaba con el carácter de norma básica el RD-Ley 2/2011. En consecuencia, se atribuyen a los órganos estatales las facultades necesarias para sancionar los casos en que se incumplan los requerimientos introducidos por esta norma, estableciéndose que el incumplimiento de los requerimientos de capital se considerarían infracción muy grave o grave de acuerdo con lo previsto en la LDIEC –ahora, los establecidos en la LOSSEC-. Consiguientemente, la competencia para la supervisión de los nuevos requerimientos de solvencia de entidades de crédito introducidos en el año 2011, y todas las facultades conexas a esta actividad, era ya estatal, a través del Banco de España, regla que se ve reforzada con la aprobación de la LOSSEC, y sin perjuicio de la doctrina anterior del Tribunal Constitucional sobre el ejercicio de las potestades de disciplina, inspección y sanción que se entendieron compartidas con los gobiernos autonómicos.

⁷¹⁸ Concretamente la Xunta de Galicia sostenía que el uso del Real Decreto-Ley en base al artículo 86.1 CE no quedaba justificado porque no concurrían los supuestos excepcionales que se exigen en la Constitución para poder utilizar la regulación de urgencia. La Xunta de Galicia, también fundamentaba la inconstitucionalidad de la norma en base a la infracción de los principios constitucionales de seguridad jurídica, confianza legítima y prohibición de irretroactividad de las normas no favorables recogido en el art. 9.3 CE, y en la arbitrariedad y contravención del principio de igualdad del art. 14 CE de los requisitos exigidos para el reforzamiento de la solvencia de las entidades de crédito, por considerarlos discriminatorios para las cajas de ahorros, al estar sometidas a un régimen mucho más exigente que el que aplica para los bancos o cooperativas de crédito y que, en la práctica, iba a suponer la desaparición de esa figura jurídica.

⁷¹⁹ Se aplica el criterio introducido en jurisprudencia anterior, pues la STC 96/2014, de 2 de junio, Fundamento Jurídico 2, señaló que la regla general en el ámbito de los recursos de inconstitucionalidad en caso de derogación de la norma impugnada, extingue su objeto, y citando la STC 124/2003, de 19 de junio, FJ 3, señaló que “en el ámbito del recurso de inconstitucionalidad, recurso abstracto y orientado a la depuración objetiva del ordenamiento, la pérdida sobrevenida de la vigencia del precepto legal impugnado “habrá de ser tenida en cuenta por este Tribunal para apreciar si la misma conlleva... la exclusión de toda la aplicabilidad de la Ley, [pues] si así fuera, no habría sino que reconocer que desapareció, al acabar su vigencia, el objeto de este proceso constitucional que, por sus notas de abstracción y objetividad, no puede hallar su exclusivo sentido en la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en aplicación de la Ley, acaso inconstitucional (art. 40.1 LOTC)” (STC 199/1987, FJ 3)”. Sin embargo, esta “regla general conoce, no obstante, excepciones. Así, la denunciada vulneración del art. 86.1 CE no se ve afectada por el anterior criterio, ya que, en ese caso, la derogación de la norma no impide controlar si el ejercicio de la potestad reconocida al Gobierno se realizó siguiendo los requisitos establecidos en dicho precepto constitucional, pues al hacerlo se trata de velar por el recto ejercicio de la potestad de dictar decretos-leyes, dentro del marco constitucional, decidiendo la validez o invalidez de las normas impugnadas sin atender a su vigencia o derogación en el momento en

declarándose lícito el uso del decreto-ley desde el punto de vista constitucional⁷²⁰, porque se trataba de regular, dice la STC 47/2015 «coyunturas económicas problemáticas»⁷²¹.

En relación con la posible afectación de las competencias autonómicas, la STC 47/2015 se remite a la STC 182/2013 anteriormente mencionada al tratar el RD-Ley 9/2009, de modo que se recoge el mismo criterio sobre la competencia estatal para fijar las bases de ordenación del crédito, y sobre las competencias autonómicas conexas⁷²².

Por otro lado, aunque no ha sido motivo de recurso, hay que tener en cuenta también que de entrada, la Disposición Final Segunda de este RD-Ley 2/2011, se remitía al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2010 para regular el régimen jurídico de los vocales de los consejos de administración de las cajas de ahorros⁷²³. En realidad, esta previsión debe entender como un paso más hacia la profesionalización de los miembros de los órganos rectores de las cajas⁷²⁴, pero a pesar de ser loable su intención, técnicamente no es del todo correcta, pues se articula

que se pronuncia el fallo [por todas, STC 183/2014, de 6 de noviembre, FJ 2c)]. En segundo lugar, cuando lo que se traba en realidad es una controversia competencial, habremos de pronunciarnos sobre su titularidad en la medida en que se trate de una competencia controvertida o de que la disputa esté todavía viva [por todas, STC 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 2 a)]. Esta circunstancia nos exige analizar si pervive la controversia competencial trabada sobre alguno de los preceptos impugnados en el recurso de inconstitucionalidad, tomando en consideración a este efecto la normativa que sustituyó a la impugnada". Vid. STC 47/2015 en su fundamento jurídico nº 2.

⁷²⁰ La cuestión se centra en estos casos en controlar el presupuesto habilitante del decreto-ley, es decir, la "extraordinaria y urgente necesidad", fijándose, a tal efecto, la referida sentencia en dos elementos: "los motivos que el Gobierno ha valorado en su aprobación y que hayan sido explicitados de una forma razonada, y la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a la misma". Vid. SSTC 31/2011, de 17 de marzo, FJ 3; y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8.

⁷²¹ El mismo TC justifica la legislación de urgencia, en SSTC 31/2011, de 17 de marzo, FJ 4; 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 6; y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8, en el mismo objetivo de este instrumento normativo, considerando que este es resolver "situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes".

⁷²² En relación del papel del FROB en los procesos de reestructuración, vid. ARIÑO ORTIZ, G. (2010), ob. cit. *La necesaria reforma de la Ley de Cajas...*, pág. 177 y ss.

⁷²³ La Disposición Final Segunda de este RD-Ley 2/2011, disponía: "Extensión del régimen de administradores sociales. "Serán de aplicación a los vocales de los consejos de administración de las cajas de ahorros los deberes de los administradores sociales establecidos en los artículos 225 a 232 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio".

⁷²⁴ VEGA SERRANO, J.M. (2011), ob. cit., *La regulación bancaria...*, pág. 309.

sobre una remisión a régimen jurídico de los órganos de las sociedades de capital aprobada por el Estado en el ejercicio de su competencia exclusiva sobre el Derecho mercantil, vía artículo 149.1.6ª CE, y la regulación de los vocales de los consejos de administración de las cajas de ahorros se había considerado siempre competencia autonómica, según la STC 49/1988⁷²⁵.

A la vista de cómo se han justificado las normas de urgencia examinadas, podemos extraer una última reflexión común a todas ellas, y es que cuando nos encontramos ante situaciones de estabilidad económica, la acción reguladora del Estado, tiene menos extensión, porque la realidad no ampara una mayor acción estatal en la concreción de las bases del crédito, mientras que en una situación de crisis económica, la interpretación de las bases de ordenación del crédito es extensiva, sin que esto suponga una ruptura total con el criterio clásico de interpretación del

⁷²⁵ Esta remisión podría justificarse acudiendo hipotéticamente al razonamiento de que se introduce por razones de interés general, siendo su finalidad dotar al sistema financiero de estabilidad como parte de la economía general que es de su competencia (no olvidemos la STC 1/1982 y todas las posteriores que reiteran esta doctrina, y que recuerdan las más recientes STC 182/2013 y STC 47/2015), lo cual, no parece ya aplicable si estamos refiriéndonos a las cajas de ahorros que se han transformado en fundación, y que realizan la actividad de crédito de forma indirecta a través de una sociedad anónima. Otra posible justificación, que seguramente resulta más convincente, la podríamos encontrar en la expansión del ámbito de la supervisión prudencial, pues la configuración y régimen jurídico de los órganos rectores de las entidades de crédito se considera ahora como una cuestión que forma parte de este ámbito esencial de regulación bancaria, al haberse apreciado su vinculación con el mantenimiento de los estándares mínimos de solvencia, como queda patente en la LOSSEC y su Reglamento aprobado por RD 84/2015, y a pesar de la derogación parcial posterior del RD-Ley 2/2011. Vid. STC 118/2011, de 5 de julio (FJ 5), STC 10/2005, de 20 de enero (FJ 6), STC 49/1988, de 22 de marzo (FJ 12). Precisamente, a través de la vinculación de la organización interna de las cajas de ahorros y especialmente de los órganos de gobierno de las mismas con las normas prudenciales, lo que se pretende es poder establecer límites a la anterior politización de las cajas, ya que se había señalado que desde la regulación de las mismas con la LORCA en 1985, se inició un proceso de ocupación de estas entidades por las fuerzas políticas sindicales y empresariales de las Comunidades Autónomas. Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. (2014), "Novedades en el régimen de control de las conductas individuales de los gestores y administradores de las entidades de crédito: Análisis de contenido del RD 256/2013, de 12 de abril", en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), Crisis y reforma del sistema financiero, Ed. Aranzadi (Navarra), pág. 314. En el mismo sentido, ARIÑO ORTIZ, G. (2010), ob. cit. *La necesaria reforma de la Ley de Cajas...*, pág. 83. Y también ARIÑO ORTIZ, G. (2013), ob. cit. *Vindicación y reforma de las cajas de ahorros...*, pág. 35. En esencia el Tribunal Constitucional, consideró que mientras se respeten la posibilidad de que el legislador autonómico pueda introducir criterios adicionales en el marco de sus competencias, quedaba justificada la regulación estatal por considerar que la actividad bancaria es "...una actividad de especial delicadeza y riesgo no sólo para quienes la realizan sino también para quienes operan con ellas y para la estabilidad económica en general". Al margen de este nuevo criterio, y a pesar de lo previsto en la STC 49/1988, en relación con las cuestiones suscitadas en torno a la reforma de 2002, el Tribunal Constitucional tenía declarado que la regulación de los órganos rectores de las cajas de ahorros, con ocasión de esa reforma, se había valorado de carácter de básico siempre que se respetase un margen para que el legislador autonómico pudiera introducir sus propias opciones en el marco de sus competencias.

concepto, pero sí que demuestra la elasticidad del mismo. Actualmente, tras la ampliación de lo que debemos entender como supervisión prudencial, las bases de ordenación del crédito se extienden a todo ello, y deberían tomar de aquel concepto, un carácter de mayor permanencia, de modo que una futura situación de bonanza económica no pueda hacernos dudar de si lo que las mismas recogen ha dejado de tener el carácter esencial y básico que debe reconocérsele.

4.3. Segunda fase: La reforma de las cajas de ahorros en la Ley 26/2013, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.

4.3.1. Supuestos de transformación contemplados en la Ley 26/2013: Problemas interpretativos y de integración normativa.

La Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas y fundaciones bancarias (en adelante, LCAFB)⁷²⁶, completa la reforma de las cajas de ahorros⁷²⁷, acogiendo la medida de la transformación obligatoria en fundación (bancaria u ordinaria) de la mayoría de las entidades, que en el año 2013 existían aún como cajas de ahorros, o como fundaciones ordinarias transformadas a partir de una caja de ahorros en la primera fase de reestructuración, o que en aquellos momentos estaban en el proceso de su transformación hacia una fórmula de ejercicio indirecto⁷²⁸. El régimen de transformaciones de cajas de ahorros en fundaciones bancarias no sólo tiene importancia transitoria, en el momento de entrada en vigor de la LCAFB, sino que con

⁷²⁶ Complementando la Ley 26/2013, se aprobó posteriormente el Real Decreto 877/2015, y la Circular 6/2015, de 17 de noviembre, del Banco de España, a las cajas de ahorros y fundaciones bancarias, sobre determinados aspectos de los informes de remuneraciones y gobierno corporativo de las cajas de ahorros que no emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores y sobre las obligaciones de las fundaciones bancarias derivadas de sus participaciones en entidades de crédito.

⁷²⁷ En este sentido, el preámbulo de la Circular 6/2015, de 17 de noviembre, del Banco de España, a las cajas de ahorros y fundaciones bancarias, sobre determinados aspectos de los informes de remuneraciones y gobierno corporativo de las cajas de ahorros que no emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores y sobre las obligaciones de las fundaciones bancarias derivadas de sus participaciones en entidades de crédito, indica que la Ley 26/2013 venía a culminar un proceso normativo que tenía como objetivos primordiales hacer retornar a dichas instituciones a sus valores clásicos (carácter social y arraigo territorial) y profesionalizar su gestión.

⁷²⁸ Todos estos cambios son los introducidos con el RD-Ley 11/2010, de modo que el Real Decreto-ley 11/2010 puede considerarse predecesor de buena parte de las reformas que consolida la nueva Ley 26/2013. En este sentido, SÁNCHEZ CERBÁN, A. (2014), ob. cit. "Ley 26/2013, de 27 de diciembre de 2013, de cajas de ahorros...", pág. 65.

carácter permanente se establecen reglas que impedirán que cualquier entidad con forma de caja de ahorros pueda tener importancia sistémica.

A pesar de que la obligación de transformarse en fundación se concibe en la ley con carácter estable, no sólo como medida puntual, con la entrada en vigor de la LCAFB culminó el proceso de bancarización del 99,9% de las cajas existentes en 2010⁷²⁹, y que se había iniciado como medida adoptada de forma excepcional a través de la regulación de urgencia, pues los artículos 34 a 36 LCAFB establecen las reglas generales de transformación con carácter imperativo, que en aquel momento supuso para las cajas que se encontraban en los supuestos previstos en ellos, la pérdida de la licencia para el ejercicio directo de la actividad de crédito. La transformación para asumir un modelo de ejercicio indirecto por parte de la mayoría de entidades de este tipo, se consideró necesario para superar los graves defectos que afectaban a la gestión y supervisión de las mismas, y que, en gran medida, partían de una regulación defectuosa en la LORCA que conllevaba errores en el diseño del control de los órganos rectores de la entidad⁷³⁰, y que entrañaban dificultades para su supervisión.

La transformación en la mayoría de los casos previstos en la LCAFB es obligatoria, regulándose como efectos a la no transformación por iniciativa de la entidad, una vez haya incurrido en las causas legales de transformación, de acuerdo con el artículo 35.3, la disolución directa de todos los órganos de la caja de ahorros y la baja en el registro especial de entidades de crédito del Banco de España. El resultado es que la entidad queda transformada por disposición de la ley en fundación bancaria u ordinaria. A estos casos les denominaremos supuestos de transformación *ope legis*, que implica la pérdida de su condición de entidad de crédito, consecuencia común a los casos de transformación a iniciativa de la entidad, como consecuencia de la pérdida de la autorización, produciéndose también la disolución directa de todos los órganos de la caja de ahorros.

Dado que la LCAFB no se refiere a la disolución de la entidad sino sólo a su transformación, de acuerdo con las reglas generales⁷³¹, la transformación no supone la

⁷²⁹ CONLLEDO LANTERO F. (2014), ob. cit. “La reforma de las cajas de ahorros...”, pág. 380.

⁷³⁰ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (2014), ob. cit. “La crisis de las cajas y la respuesta...”, pág. 22.

⁷³¹ Nos referimos al artículo 3 de la Ley 3/2009 de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que debemos entender aplicable por analogía (y con las debidas adaptaciones) a la vista de la extensión normativa que se hace en la Disposición Adicional Tercera de la misma ley, al aplicar las

pérdida de personalidad jurídica, sino sólo el cambio de forma jurídica. Debemos entender que por este motivo, es una especie de transformación impropia, puesto que tanto las cajas de ahorros como las fundaciones bancarias y ordinarias tienen carácter fundacional⁷³², compartiendo por tanto la misma forma jurídica, pero sometiéndose a diferente régimen jurídico, ya que aquellas no eran propiamente fundaciones. Desde el punto de vista técnico, y partiendo de todo ello, tal vez hubiera sido más adecuado no diferenciar dos “formas jurídicas”, sino simplemente mantener el concepto de cajas de ahorro en todos los casos –esto es, sin transformaciones-, pero sometiendo a régimen de supervisión diferente aquellas entidades que superasen ciertos límites, por tener importancia sistémica.

La falta de transformación en fundación bancaria a iniciativa de la entidad una vez esté incurso en la causa legal –tanto si se trata de cajas de ahorros como de fundaciones ordinarias- en el plazo previsto, constituye además, infracción muy grave de conformidad con lo previsto en la LOSSEC (antes según lo previsto en la LDIEC).

Aunque en el Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de LCAFB, se consideró que en la misma «se concretan los dos supuestos en que se producirá la transformación de la caja de ahorros en fundación: 1) cuando una caja de ahorros crezca por encima de los límites permitidos por la ley; y 2) en el supuesto de cajas que a la entrada en vigor de la ley estén ejerciendo su actividad financiera a través de un banco»⁷³³, lo cierto es que, los supuestos de transformación que se encuentran en la

normas de la misma a ciertas modificaciones estructurales de entidades de crédito de la misma o de distinta naturaleza, pues no se regulan en nuestro ordenamiento otros supuestos de transformación en Derecho común (aunque sí se regula en el derecho catalán la transformación y otras modificaciones estructurales de las fundaciones).

⁷³² Decimos “carácter” fundacional y no “naturaleza” fundacional, dado que sobre este concepto han existido muchas discusiones, y el mismo Tribunal Constitucional en Sentencia 49/1988, de 22 de marzo destacó que «Sin negar que las Cajas tengan un cierto carácter fundacional o puedan calificarse dogmáticamente de fundaciones a los efectos de encajarlas en una de las figuras jurídicas reconocidas por nuestro Derecho, lo cierto es que son, en todo caso, fundaciones de carácter muy peculiar en que domina su condición de entidades de crédito, que es lo que les da su fisonomía actual». Y añade «la transformación sufrida por las Cajas no permite considerarlas hoy como fundaciones en el sentido que la doctrina generalmente admitida, y con ella el art. 34 de la Constitución, da a este concepto. Si es propio de la fundación, como se ha dicho, la vinculación de una masa de bienes a unos fines establecidos por el fundador o fundadores resulta que, en la actualidad, en las Cajas, sea cual sea su origen, ni la mayor parte de los recursos de que disponen proceden del fundador, sino que son recursos ajenos, ni los fines que hoy persiguen son principalmente benéficos o benéfico- sociales sino los propios de una entidad de crédito». Por ello, concluye que no cabe identificar las cajas con fundaciones en el sentido del art. 34 de la Constitución.

⁷³³ Dictamen del Consejo de Estado de 30 de mayo de 2013 sobre el anteproyecto de Ley de cajas y fundaciones bancarias, correspondiente al expediente nº 512/2013, apartado primero.

LCAFB son más de dos si tenemos en cuenta el régimen transitorio previsto en la misma –y a pesar de que el preámbulo de la ley se refiere solo a tres casos-⁷³⁴.

Los supuestos en los que una caja de ahorros se ve obligada a dejar de serlo, y debe transformarse, generan ciertos problemas interpretativos y de integración normativa, en algunos de estos casos, como se examina a continuación.

4.3.1.1. El supuesto básico: transformación de cajas de ahorro que superan los límites legales.

Comenzando por el supuesto que podemos considerar básico, la transformación procederá siempre que una caja de ahorro que supere los límites legales. Este caso está contemplado en el artículo 34.1, que impone la obligación de transformarse a las cajas de ahorros que crezcan por encima de los límites que señala la ley en su artículo 34.2, a saber: que el valor del activo total consolidado de la caja de ahorros, según el último balance auditado, supere la cifra de diez mil millones de euros; o, que su cuota en el mercado de depósitos de su ámbito territorial de actuación sea superior al 35 por ciento del total de depósitos⁷³⁵, de modo que, tras pasados estos límites la LCAFB entiende que se alcanza un volumen a nivel de considerarlas sistémicas, y en consecuencia, las cajas que crezcan por encima de los límites permitidos deben perder su licencia bancaria, y transmitir su actividad financiera a una entidad de crédito con forma de sociedad anónima (es decir, a un banco), transformándose en fundaciones bancarias si al transformarse en fundación, mantuviese una participación en la entidad de crédito de su propiedad o en la que participe que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del

⁷³⁴ El Preámbulo de la Ley 26/2013 de 27 de diciembre, párrafo 8º de su número III indica: «Se regula igualmente el régimen de transformación en una fundación bancaria, tanto de las cajas de ahorros como de las fundaciones ordinarias. Respecto a las cajas de ahorros, su transformación se producirá en dos supuestos diferentes: cuando una caja de ahorros crezca por encima de los límites permitidos por la Ley, dado que es necesario que las cajas no incrementen su volumen a niveles que las hagan sistémicas; y en el supuesto de cajas que a la entrada en vigor de la Ley estén ejerciendo su actividad financiera a través de un banco. (...) Respecto a las fundaciones ordinarias, la transformación en fundación bancaria se producirá en el caso de que adquieran el mencionado porcentaje del 10 por ciento de participación en un banco”.

⁷³⁵ Conforme al artículo 34 de la Ley 26/2013 en caso de que la entidad pertenezca a un grupo en los términos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, los límites a partir de los cuales se hace derivar la obligación de transformarse se referirán al balance y cuentas consolidados y la obligación de transformación afectará a todas las cajas de ahorros del grupo, que podrán transformarse en tantas fundaciones como cajas existieran.

capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración. En caso de que dicha participación no alcance el 10 por ciento indicado, la transformación se realizará en fundación ordinaria. Esta previsión no es una medida de regulación transitoria, sino que se introduce de forma permanente, de modo que cualquier caja de ahorros que en un futuro superase los límites impuestos, está obligada a transformarse en fundación bancaria u ordinaria.

En los dos casos previstos, la transformación deberá tener lugar en seis meses como se deduce del artículo 35.3, que deberán contarse desde que se verifique la concurrencia de cualquiera de los supuestos de los que deriva la obligación de transformarse⁷³⁶.

La consideración de supuesto básico la basamos tanto en su vocación de permanencia, como en la mayor regulación que recibe en la Ley, a pesar de que, por el momento, será de poca aplicación pues como consecuencia de otros supuestos de transformación su aplicación futura sólo será posible a las dos entidades –Caixa Ontinyent y Caixa Pollença-, que tras la reforma siguen operando como cajas de ahorros, y para el caso de que en el futuro crezcan por encima de los límites del artículo 34, y también será aplicable a aquellas otras cajas de ahorros que pudieran constituirse en el futuro con este carácter.

⁷³⁶ De acuerdo con el artículo 35.2 de la Ley 26/2013 se verifica la concurrencia de la causa de transformación, a partir del momento en que los auditores presenten su informe de auditoría de cuentas anuales de la entidad o, en su caso, de las cuentas anuales consolidadas, respecto al ejercicio contable en el que se ponga de manifiesto el cumplimiento de alguno de los supuestos previstos. Al respecto destacar que la referencia al ejercicio contable en el que se pone de manifiesto la circunstancia de la que deriva la obligación de transformarse se incluyó en el texto a raíz de una recomendación en este sentido del Dictamen del Consejo de Estado de 30 de mayo de 2013, con número de referencia 512/2013, en la que se consideraba conveniente, “en aras a una mayor precisión (...) vincular el inicio del cómputo al plazo de finalización del periodo para formular la cuentas anuales” (Vid. Dictamen del Consejo de Estado de 30 de mayo de 2013 sobre el anteproyecto de Ley de cajas y fundaciones bancarias, correspondiente al expediente nº 512/2013, apartado VI. Observaciones al título II del anteproyecto ("Fundaciones bancarias"), C) Otras observaciones al título II, apartado C.3), es decir, el 31 de marzo de cada año. Si tomamos como fecha de inicio esta fecha, en todos los casos finalizaría el plazo el 30 de septiembre del mismo año en que se depositan las cuentas pero en relación con el ejercicio contable anterior, y supondría la unificación del plazo en todos los casos. Esto sin embargo, de la dicción literal de la Ley, actualmente no se contiene expresamente esta regla, sino que se inicia el cómputo desde la presentación del informe de auditoría de cuentas anuales, lo cual podrá ocurrir entre el cierre del ejercicio contable y el 31 de marzo, anticipándose en este caso la obligación de transformarse, si la fecha de presentación es anterior a esta última, y no quedando unificado, por tanto, el dies ad quem para todos los supuestos que se produzcan en relación con el mismo ejercicio.

Respecto al mismo podemos destacar:

A) No es necesaria autorización administrativa ulterior.

Conforme al artículo 35.5 de la Ley 26/2013, la transformación de las cajas de ahorros en estos casos no requerirá ninguna autorización administrativa ulterior. Algunas normas autonómicas sobre cajas de ahorros, en el momento de entrada en vigor de la LCAFB, exigían autorizaciones de los correspondientes gobiernos autonómicos en caso de transformación de las cajas en fundaciones especiales –antecedente inmediato de las fundaciones bancarias-⁷³⁷. Teniendo en cuenta que la Disposición final undécima de la misma Ley imponía la adaptación de la legislación de las Comunidades Autónomas sobre cajas de ahorros en el plazo de seis meses a contar desde su entrada en vigor, “a lo dispuesto en la misma”, al ser el mismo plazo de seis meses el que se concedía a la mayoría de los supuestos de transformación, no

⁷³⁷ Las leyes autonómicas reguladoras de las cajas de ahorros en el momento de la entrada en vigor de la Ley 26/2013, reflejaban tres situaciones distintas en relación con la autorización del gobierno autonómico de la transformación en fundaciones de carácter especial: La primera, es la de aquellas leyes autonómicas que exigen autorización; en esta situación encontramos, las Comunidades Autónomas de Andalucía, Canarias, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Cataluña, Madrid, Murcia y País Vasco. En general, en todas ellas se regula la autorización con cierto margen de discrecionalidad, ya que en la mayoría de los casos, no se limita su concesión al cumplimiento de los presupuestos de hecho legales, y sólo en la regulación de Andalucía y Castilla y León se establece un menor margen de discrecionalidad, dado que se recoge que solo podrá denegarse cuando no concurren los supuestos de hecho y condiciones previstos exigidos por la ley, y cuando no se ofrecieran garantías suficientes para el adecuado desarrollo y gestión de la obra social de la Caja por la futura fundación de carácter especial; el margen de discrecionalidad en estos dos casos radica en la interpretación de cuándo serán suficientes las garantías para el adecuado desarrollo y gestión de la obra social. (Vid. art 16.5 ter Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Andalucía, art. 11.3 Ley 10/2011, de 10 de mayo, de Cajas de Ahorros de Canarias, Art. 21 bis nº 3 Decreto Legislativo 1/2005, de 21 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Cajas de Ahorro de Castilla y León, artículo 9 bis nº 4 Ley 4/1997, de 10 de julio, de Cajas de Ahorro de Castilla-La Mancha, art. 9 ter nº 4 Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de cajas de ahorros de Cataluña, Art. 14 quinquies nº 2 Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid, art. 16 bis nº 2, Ley 3/1998, de 1 de julio, de Cajas de Ahorros de la Región de Murcia, art. 14.5 Ley 11/2012, de 14 de junio, de Cajas de Ahorros de la Comunidad Autónoma de Euskadi). La segunda situación normativa es la aquellas Comunidades Autónomas que regulan la transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial, pero no exigen autorización de los gobiernos autonómicos; en esta situación, encontramos la Ley 2/2000, de 23 de junio, de Cajas de Ahorro de Asturias, y Decreto Legislativo 1/1997, de 23 de julio, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Cajas de Ahorros. Finalmente, encontramos una tercera situación normativa, que es la de las Comunidades Autónomas que no regulan la transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial; en esta situación encontramos la Ley 1/1991, de 4 de enero, reguladora de las Cajas de Ahorros en Aragón, Decreto 6/1984, de 24 de enero, sobre régimen de dependencia orgánica y funcional de las Cajas de Ahorro de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, Ley 8/1994, de 23 de diciembre, de Cajas de Ahorros, de la Comunidad Autónoma de Extremadura, Decreto legislativo 1/2005, de 10 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes 7/1985, de 17 de julio, y 4/1996, de 31 de mayo, de cajas de ahorros de Galicia, y Ley 6/2004, de 18 de octubre, de Cajas de Ahorro de La Rioja.

quedaba claro si las autorizaciones administrativas innecesarias son las de los órganos supervisores estatales, o si esta regla también alcanzaría a las autorizaciones administrativas de los supervisores autonómicos, que podrían mantenerse con carácter residual en su territorio, y aplicarse especialmente a las transformaciones que pudieran tener lugar en el futuro, dado el carácter variable y coyuntural de lo que se debe considerar básico en circunstancias normales respecto a una situación de crisis.

Extender su interpretación a estos últimos, supone abrir la clásica discusión competencial en materia de cajas, pero no extender la no necesidad de autorización administrativa ulterior al ámbito autonómico, supondría permitir que las Comunidades Autónomas incidieran en los procesos de transformación derivados de la Ley; aunque dicha incidencia sería muy limitada, dada la previsión legal de que en caso de no transformarse en el plazo previsto, tiene lugar la transformación *ope legis*, y en ningún caso, puede suponer un auténtico veto a la transformación de las mismas. Así, podemos plantearnos si esta previsión legal implica la pérdida de virtualidad práctica de las normas autonómicas que exigen tal autorización, o si, con ello quedan obligadas a recoger una norma en idénticos términos que el artículo 35.5 Ley 26/2013, al regular los supuestos de transformación en fundación bancaria u ordinaria.

Las normas autonómicas, por su parte, adoptan diferentes soluciones al respecto. Así, las Comunidades Autónomas de Andalucía, Canarias, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Cataluña, Madrid, Murcia y País Vasco, que regulaban la necesidad de autorización autonómica para transformarse en fundación de carácter especial, mantienen esta regulación⁷³⁸. Existen también, Comunidades Autónomas que regulan la transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial, pero omiten la referencia a la autorización de los gobiernos autonómicos, situación en la que encontramos la Ley 2/2000, de 23 de junio, de Cajas de Ahorro de Asturias, o incluso declaran expresamente que, en este caso, no se exige autorización

⁷³⁸ Vid. art 16.5 ter Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Andalucía, art. 11.3 Ley 10/2011, de 10 de mayo, de Cajas de Ahorros de Canarias, Art. 21 bis nº 3 Decreto Legislativo 1/2005, de 21 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Cajas de Ahorro de Castilla y León, artículo 9 bis nº 4 Ley 4/1997, de 10 de julio, de Cajas de Ahorro de Castilla-La Mancha, art. 9 ter nº 4 Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de cajas de ahorros de Cataluña, Art. 14 quinquies nº 2 Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid, art. 16 bis nº 2, Ley 3/1998, de 1 de julio, de Cajas de Ahorros de la Región de Murcia, art. 14.5 Ley 11/2012, de 14 de junio, de Cajas de Ahorros de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

autonómica, como la Ley 4/2015, de 2 de abril, de la Generalitat Valenciana, de modificación del Texto Refundido de la Ley sobre Cajas de Ahorros⁷³⁹, y como la Ley 4/2014, de 26 de junio, de Fundaciones Bancarias de Aragón, en su artículo 6.2⁷⁴⁰. Finalmente, las demás Comunidades Autónomas regulan las cajas de ahorros, pero no contienen disposición sobre el régimen de autorizaciones en los casos de transformación.

A la vista de todo ello, debemos considerar que las autorizaciones autonómicas para las transformaciones de cajas de ahorros en fundaciones bancarias u ordinarias por aplicación de la Ley 26/2013, o no serán exigibles, o si se exigiesen por analogía con las normas que contemplan las transformaciones en fundación de carácter especial, nunca servirían para ejercer un derecho de veto a la transformación ordenada por la norma estatal, pues esta se establece con el carácter de básica en este punto, y tan sólo se podrían aplicar como control complementario a lo previsto en ella.

B) El plan de retorno.

El plan de retorno se prevé en el artículo 35.2 de la LCAFB, como mecanismo para evitar la transformación en fundación bancaria, pero tiene un escaso tratamiento legal, tan sólo el artículo 35.2 se refiere a la necesidad de su autorización por el Banco de España y, en su segundo párrafo se establece que «deberá contener una descripción de las acciones previstas para que la caja de ahorros retorne a una situación en la que no sea exigible su transformación en fundación bancaria u ordinaria, y una previsión de los plazos en que se adoptarán dichas acciones, que no podrá ser superior a tres meses».

De entrada, su existencia podría quedar justificada en la libertad de empresa del artículo 38 CE, de modo que si bien el legislador estatal impone la transformación como medida de protección de la inestabilidad sistémica, y queda amparado en ello en

⁷³⁹ Esta Ley 4/2015, en su Anexo, número cuatro, al modificar el apartado 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo 1/1997, de 23 de julio, del Gobierno Valenciano, lo redacta de la siguiente forma: «Adoptado el pertinente acuerdo por la asamblea general, corresponde a la persona titular de la conselleria competente en materia de hacienda autorizar cualquier fusión, escisión, transformación o cesión global del activo y del pasivo, en que intervenga alguna caja de ahorros con domicilio social en la Comunitat Valenciana. Asimismo, quedarán sujetos a autorización los acuerdos relativos a la integración en sistemas institucionales de protección. No requerirá de autorización la transformación obligatoria en fundaciones ordinarias o bancarias, en los términos establecidos en la legislación básica del Estado».

⁷⁴⁰ Esta norma en su artículo 6.2 dispone: «La transformación no requerirá autorización administrativa autonómica alguna, pero deberá comunicarse al protectorado a efectos de su inscripción en el Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Aragón».

sus competencias para mantener la estabilidad económica general, a su vez pone a disposición de la entidad un mecanismo para poder seguir siendo caja de ahorros, preservando su configuración jurídica y organización interna. El problema es que la aplicación de un plan de retorno va a ser muy difícil en la práctica por algunos motivos, y que además, la LCAFB es tremendamente imprecisa en la regulación del mismo. En consecuencia, las acciones para retornar a una situación en la que no sea exigible la transformación no se precisan ni concretan y, realmente dependerán de cada caso, debiendo ir dirigidas a que no se supere ninguno de los límites legales, siendo discutible que se puedan exigir medidas tendentes a conseguir otras finalidades, de modo que, con ello se objetiva, en parte, el resultado del plan, extendiéndose la discrecionalidad técnica del Banco de España sólo a la valoración de la idoneidad de las medidas propuestas para la consecución de ese fin, pero no al resultado que se pretende con el plan, ya que este se deduce de la ley. Utilizaríamos en este caso, como técnica de control de la discrecionalidad del Banco de España al aprobar el plan de retorno, en su caso, la de la desviación de poder⁷⁴¹, valorando si con la decisión del Banco de España se cumple la finalidad en que se fundamenta su potestad autorizatoria.

Para conseguir dotar a este mecanismo de mayor seguridad jurídica, se puede acudir a la posibilidad introducida por el Real Decreto- Ley 14/2013, de 29 de noviembre, que al incorporar la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras, aumentó las funciones del Banco de España al habilitarle, entre otras cosas, «para elaborar guías técnicas y contestar consultas vinculantes, dotándola de instrumentos para una adecuada interpretación y aplicación de la normativa de supervisión»⁷⁴². Así, para conseguir mayor seguridad jurídica en relación con la preparación del plan de retorno, con carácter previo, puede elevarse consulta al Banco de España, sobre la idoneidad del plan por la caja interesada, en los términos que recoge actualmente el artículo 7.5.g) de la Ley 13/1994

⁷⁴¹ En relación con la aplicación de la técnica de la desviación de poder como técnica de control de la discrecionalidad, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2011), ob. cit. *Democracia, ley...*, pág. 36. También, MARTIN-RETORTILLO S. (1957), “La desviación de poder en el Derecho español”, en *Revista de Administración Pública* nº 22, pág. 172.

⁷⁴² Vid. Preámbulo R.D.-ley 14/2013, de 29 de noviembre, nº II, párrafo 12.

(LABE)⁷⁴³, cuya *contestación tiene efectos vinculantes, desde su emisión, para los órganos del Banco de España, siempre que no se alteren las circunstancias, antecedentes y demás datos contenidos en la misma*⁷⁴⁴.

Del mismo modo, debemos estimar conveniente, dada la escasa regulación del plan de retorno que por aplicación del artículo 54.2.e) y f) LOSSEC –pues en ellos se establece que se elaborarán guías en relación con la instrumentación de mecanismos de reestructuración o resolución de entidades de crédito, y sobre cualquier otra materia incluida en el ámbito de competencias del Banco de España-, se deberían elaborar guías técnicas por parte del Banco de España sobre la confección del plan de retorno.

El plan deberá contener «una previsión de los plazos en que se adoptarán dichas acciones, que no podrá ser superior a tres meses» –ex artículo 35.2 de la LCAFB-, y aunque no se especifica, debería entenderse que comienza a contarse ese plazo desde la autorización del Banco de España al mismo –momento a partir del cual puede iniciarse su ejecución-, pero debe advertirse que su elaboración, su propuesta al Banco de España, su aprobación por este y su completa ejecución debe ocurrir dentro del plazo de seis meses desde que se verificó la causa legal de transformación, según la LCAFB. Podemos plantearnos por el juego de ambos plazos, si antes de que se cumplan estos seis meses se puede pedir prórroga para ejecutar el plan de retorno, o si se podría replantear el plan de retorno de forma parcial, y si en esos casos el plazo de seis meses podría verse suspendido hasta la resolución, puesto que la Ley no lo aclara, y un periodo de tiempo real mayor puede ser esencial para la viabilidad de que la entidad llegue a poder utilizar esta opción.

Finalmente, para poder utilizar esta opción, es necesario que con carácter previo exista un acuerdo de la caja de ahorros para evitar la transformación mediante la aplicación de un plan de retorno, y aunque no se especifica, en base al artículo 13. c) y DT1^a n^o6 de la LCAFB, que atribuyen a la asamblea general la función de aprobar los

⁷⁴³ Esta posibilidad se introdujo por la Disposición Final Primera del R.D.-Ley 14/2013.

⁷⁴⁴ *La consulta tiene carácter informativo para los interesados y por esto, no puede ser objeto de recurso, sin perjuicio de su modificación del plan y formulación de nueva consulta; Podrá ser recurrida, en su caso, la resolución del Banco de España en que se deniegue la autorización del plan, en los términos del artículo 2.2 y 2.3 de la Ley de Autonomía del Banco de España, pudiendo ser objeto de recurso de alzada en vía administrativa ante el Ministro de Economía y Hacienda, y, en su caso, en vía contencioso-administrativa, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.*

acuerdos de transformación, consideraremos que será el mismo órgano el que podrá acordar enervar la transformación mediante la ejecución de un plan de retorno, y deberíamos entender que para acordarlo sería necesaria la mayoría simple de votos de los concurrentes⁷⁴⁵.

C) Transformación por disposición de la ley.

En caso de que no se haya elaborado un plan de retorno, o no se haya cumplido el plan aprobado, y tampoco se produzca la transformación dentro del plazo legal, se producirá la disolución directa de todos los órganos de la caja de ahorros y la baja en el registro especial de entidades de crédito del Banco de España, quedando transformada *ope legis* en fundación bancaria u ordinaria, según proceda, considerándose la falta de transformación en fundación bancaria en el plazo previsto como infracción muy grave de conformidad con lo previsto en la LOSSEC –antes en la LDIEC-.

Llegado este caso, no indica la Ley a quien corresponde el acuerdo en ese sentido. Cuando se trata de fundaciones ordinarias, la transformación en un caso similar es acordada por el patronato bajo control del protectorado (artículo 36.4), tratándose de cajas de ahorros, debería acordarse por la asamblea general o directamente por resolución administrativa dictada de oficio por el Banco de España, bien a iniciativa propia o a petición razonada de la correspondiente Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias, puesto que a ambos se les debe informar semestralmente de la gestión económica y financiera de la entidad por su comisión de control –ex artículo 26.1.d) Ley 26/2013-, por lo que cualquiera de ellos está en posición de conocer la concurrencia de la causa que genera la obligación de transformarse. Tampoco se indica quien debe efectuar los trámites o gestiones siguientes para materializar el acuerdo, y dado que el artículo 35.3 prevé la disolución directa de todos los órganos de la caja de ahorros, no existiendo órganos habilitados para efectuar las gestiones necesarias de transformación, el protectorado de la fundación bancaria nombrará una comisión gestora, a los efectos de aprobar los estatutos, nombrar al patronato, determinar los bienes o derechos procedentes del

⁷⁴⁵ Así resulta si estamos en el supuesto de enervar la transformación sobrevenida de una caja de ahorros conforme a los artículos 34 y 35, dado que en este caso se aplicaría el régimen previsto en el artículo 14.2 de la Ley 26/2013 interpretándolo *a sensu contrario*, ya que no exige mayoría cualificada, y, particularmente, se contempla en la DT1ª, para todos los supuestos de transformación que regula (y que no son el supuesto básico), la remisión a la Ley 31/1985, que permite acogerlo a la regla general de acuerdos de la Asamblea General, que es la mayoría simple de votos de los concurrentes.

patrimonio de la caja de ahorros que se afectarán a la dotación fundacional y adoptar cuantos actos o acuerdos sean necesarios para materializar la transformación acaecida, en cumplimiento de la normativa aplicable. Al margen de esta previsión legal, esta tarea podría también corresponder a quienes sean designados como miembros del patronato por el protectorado, por aplicación combinada de los artículos 45 y 33 Ley 26/2013, y 8 y 14.1 Ley 50/2002, de fundaciones⁷⁴⁶.

D) Régimen sancionador en caso de no transformación a iniciativa de la entidad incurso en causa legal.

En caso de que no se produzca la transformación dentro del plazo indicado además de los efectos legales indicados en el apartado anterior, la entidad incurre en infracción administrativa muy grave de conformidad con lo previsto actualmente en la LOSSEC⁷⁴⁷. La LOSSEC no se había aprobado al redactarse la LCAFB, por ello esta se remitía a la LDIEC que a pesar de esta remisión, no se modificó, habiendo sido conveniente incluir expresamente como infracción muy grave en el catálogo del artículo 4 LDIEC, este supuesto de infracción, en aras a una mayor seguridad jurídica. Actualmente, el artículo 92 LOSSEC recoge el catálogo de infracciones muy graves, y tampoco se incluye expresamente la no transformación estando incurso la caja de ahorros en causa legal para ello, la asimilación a los supuestos que sí contempla no es posible dados los principios de tipicidad y legalidad.

Esto cobra especial importancia porque la tipificación como infracción de la no transformación a iniciativa de la entidad sólo se regula en el artículo 35.3 para este

⁷⁴⁶ Hacemos referencia a la Ley de fundaciones a pesar de que el Tribunal Constitucional tiene declarado que las especialidades como entidad de crédito de las cajas de ahorros, deben tener aplicación preferente sobre la regulación de las fundaciones. El anterior criterio hace referencia a la normativa especial de las cajas de ahorros, pero si lo que se está transformando es una fundación ordinaria de ejercicio indirecto de la actividad de crédito, la Ley de fundaciones debe aplicarse con carácter supletorio para integrar las posibles lagunas normativas de su régimen especial (como recoge el art. 33 LCAFB). Lo mismo ocurre si siendo caja de ahorros, no existe en su normativa especial regla al respecto. La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, está en proceso de reforma legislativa, habiendo ya un Anteproyecto de Ley de fundaciones aprobado por el Gobierno en fecha 29 de agosto de 2014. Las novedades más importantes de la nueva regulación introducen mecanismos de control que estaban siendo utilizados en otros países como, la obligación de contar con una página web en la que se publicarán los datos más relevantes acerca de su actividad, cuentas anuales y cargos del patronato; se establece el deber de impulsar la aprobación y difusión de códigos de buen gobierno por las propias fundaciones; se impone la obligación de auditar las cuentas anuales de aquellas fundaciones que reciban ayudas o subvenciones públicas en función de los límites y condiciones establecidos en la Ley de auditoría de cuentas y se modifica el procedimiento de presentación de cuentas anuales.

⁷⁴⁷ La LCAFB recoge la referencia a la en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que estaba vigente en el momento de entrada en vigor de aquella.

supuesto básico y en el artículo 36.5 para el mismo caso respecto de las fundaciones ordinarias. No se contempla para los demás supuestos de transformación que prevé la Ley, y dado que la LOSSEC tampoco lo hace con carácter general para todos los casos de no transformación, ni existe una norma general que se refiera a este hecho como supuesto de infracción⁷⁴⁸, la consecuencia de todo ello es que en los casos en los que no se ha previsto que la no transformación por la entidad en caso de estar incurso en causa legal, sea una infracción administrativa, no se pueden sancionar, por aplicación de los principios de legalidad y tipicidad, a pesar de que una diferencia de trato no está justificada, por no existir razones objetivas que la fundamenten, quedando afectado el principio de igualdad⁷⁴⁹.

4.3.1.2. La transformación de fundaciones ordinarias que superen el límite legal de participación en una entidad de crédito.

El segundo de los supuestos de transformación que se contemplan como posibilidad que tiene vocación de permanencia en la LCAFB, es el de las fundaciones ordinarias, que de acuerdo con el artículo 36 LCAFB, deberán transformarse en fundación bancaria, cuando adquieran una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración. La transformación deberá acordarse por el patronato, y será comunicado al protectorado, quien deberá ratificarlo en el plazo de dos meses y solo se podrá oponer por razones de legalidad.

En estos casos, el acuerdo de transformación en fundación bancaria deberá producirse dentro del plazo de seis meses a partir del momento en que se formalice la adquisición de la participación indicada, y dispone el artículo 36.4 que transcurrido el plazo de seis meses sin que se haya ejecutado la citada transformación, se producirá la extinción de la fundación y la apertura del procedimiento de liquidación, acordado por

⁷⁴⁸ El artículo 47 de la Ley 26/2013 sí contiene una regla general para las infracciones de las obligaciones impuestas a las fundaciones bancarias respecto a las obligaciones reguladas en los artículos 43 y ss., pero no afecta a los casos de no transformación a iniciativa de la entidad incurso en causa legal.

⁷⁴⁹ Los casos en los que no se puede aplicar son esencialmente los recogidos en las Disposiciones Transitorias y Adicionales de la LCAFB, es decir, a los aplicables inmediatamente a su entrada en vigor, y que dieron lugar a todas las transformaciones operadas en el año 2014. Esto nos plantea la duda de si realmente no se quiso prever la aplicación del régimen sancionador intencionadamente a estos casos o si fue un defecto de técnica legislativa.

el patronato bajo el control del protectorado. A la vista de todo ello, aunque inicialmente se conceden esos seis meses para acordar la transformación (art. 36.3), lo cierto es que en ese plazo no sólo deberá acordarse, sino también ejecutarse dicho acuerdo (como se deduce del art. 36.4 y 36.5), lo que implica la previa aprobación por el protectorado.

Respecto a este supuesto, cabe destacar que se consideró por la Asociación española de fundaciones que la extensión de la obligación de transformarse a aquellas fundaciones que nadan tienen que ver con la actividad de crédito y que sólo son titulares de participaciones en otras entidades que desarrollan esa actividad en los términos que admite el artículo 24.2 de la Ley 50/2002, de fundaciones, podría suponer una vulneración o limitación de ejercicio del derecho de fundación a que se refiere el art. 34 de la Constitución, considerando también que las limitaciones y régimen de control sobre las fundaciones bancarias sólo se justifican en el contexto de la crisis económica y el consiguiente proceso de reestructuración de las cajas de ahorro, «y ante la evidencia de las distintas disfuncionalidades del modelo de regulación y supervisión de las Cajas de Ahorro, que se ha puesto de manifiesto en los últimos años, pero que no deberían afectar a otro tipo de entidades y, en ningún caso, a la supervisión de otro tipo de fundaciones aunque tuvieran participación en entidades de crédito o en general, que no se hubieran creado como consecuencia del citado proceso de transformación de las cajas»⁷⁵⁰.

En este caso, transcurrido el plazo sin que se haya ejecutado la citada transformación, la previsión legal es que se producirá la extinción de la fundación y la apertura del procedimiento de liquidación, acordado por el patronato bajo el control del protectorado, de modo que no se prevé la transformación por disposición de la ley, sino la extinción y liquidación de la entidad, efectos que no quedan justificados en ningún caso, porque la diferencia de trato no se basa en razones objetivas, vulnerándose el principio de igualdad y pudiéndose vulnerar el derecho de fundación del artículo 34 CE. Debemos pensar que la obligación de transformarse, superada la

⁷⁵⁰ Vid. Informe y propuestas de la Asociación Española de Fundaciones sobre el Anteproyecto de Ley de cajas de ahorro y fundaciones bancarias, págs. 11-12. Disponible en: http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw518a34eda6f3d/PropuestasAEF.AnteproyectoLeyFundacionesBancarias.pdf Última entrada 11 de enero de 2014.

participación del 10% queda justificada por la relevancia sistémica que adquiere dicha participación en la actividad de crédito, pero la aplicación, como efecto de la no transformación, de la extinción y liquidación de la fundación podría considerarse como una afectación del derecho de fundación del artículo 34 CE.

Al margen de todo ello, en este supuesto se pueden dar algunos problemas de competencia en relación con el protectorado, ya que este supuesto viene referido a aquellas fundaciones –que no son, ni realizan por sí mismas, actividad de crédito-, que inicialmente tienen o adquieren en un momento posterior, una participación en una entidad de crédito; en esta situación, de entrada, el protectorado lo ostenta, de acuerdo con el artículo 34 de la Ley de fundaciones, la Administración General del Estado a través del Ministerio correspondiente a la actividad de la fundación –que puede no ser la actividad de crédito-, o su equivalente en la correspondiente Comunidad Autónoma, y según la Ley 26/2013, el Protectorado de las fundaciones bancarias corresponde al Ministerio de Economía y Competitividad, o la correspondiente Comunidad Autónoma, según el ámbito territorial de la fundación-. Conforme al artículo 36.3 LCAFB el acuerdo de transformación en fundación bancaria debe ser comunicado al protectorado, y el precepto no especifica si al protectorado de la fundación ordinaria, sea el que sea, o bien, siempre al protectorado de la futura fundación bancaria al que se refiere el artículo 45 de la Ley de cajas y de fundaciones bancarias, y al que le corresponde velar por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones bancarias. Ciertamente, por las facultades que se conceden en el artículo 45 LCAFB, de velar por la legalidad de la constitución de la fundación bancaria, también se podría entender que la función del protectorado de la futura fundación bancaria se extiende también a la transformación de la función ordinaria en bancaria, por ser un supuesto similar en cuanto al resultado, y por ser la legalidad objeto de control, la misma en ambos casos. Se hace necesario que, de *legge ferenda* se especifique expresamente la competencia en este supuesto tanto en el artículo 36, como en el artículo 45, y en su caso, que se incluya la posibilidad de que el protectorado de la fundación ordinaria, en caso de no ser el Ministerio de economía o su equivalente autonómico, pueda interesar a este que efectúe el control de la legalidad de la transformación.

Por otro lado, y precisamente, por lo mismo, tiene mal encaje y genera ciertos problemas de interpretación, la previsión del artículo 36.5 LCAFB, en el cual se considera que la falta de transformación en fundación bancaria en el plazo previsto constituirá infracción muy grave de acuerdo con lo previsto en la LOSSEC⁷⁵¹, ya que de las sanciones que se prevén por las infracciones que en el mismo se regulan son destinatarias las entidades de crédito, y la fundación ordinaria, en puridad no lo es, por lo que técnicamente encontramos un obstáculo para la imposición de la sanción en relación con el elemento subjetivo del tipo: por un lado la entidad de crédito participada no puede ser destinataria de la sanción, ya que la infracción la realiza la fundación ordinaria al no transformarse, no pudiéndose extender la responsabilidad a aquella dado el principio de culpabilidad o responsabilidad; por otro lado, la infractora sería, en este caso, la fundación ordinaria, tal y como se desprende del artículo 36.5 LCAFB, si bien la infracción se configura en relación con las mismas.

A pesar de todo ello, la autoridad a la que corresponde instruir el expediente será el Banco de España si admitimos la aplicación analógica de la Disposición Adicional Decimocuarta de la LOSSEC, en su número cuarto, conforme al cual corresponderá al Banco de España el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las entidades de crédito cuando se trate de infracciones de normas que afecten a la solvencia de las entidades y están conectadas con la finalidad de mantener la estabilidad del sistema financiero, de modo que se aconseje el ejercicio uniforme de dicha potestad.

A la vista de la fundamentación de todas las normas que han participado en el proceso de reestructuración del sector de las cajas de ahorros, desde la regulación de urgencia hasta la misma LCAFB, y a la vista también de la extensión de lo que se considera normativa prudencial, y que incluye la regulación de la estructura interna de las entidades y su forma jurídica, no podemos sino concluir que la competencia en estos casos será del Banco de España. También resultan aplicables por analogía el artículo 90 en relación con 68.1.a) ambos de la LOSSEC⁷⁵², y en concordancia con el artículo 46 de la LCAFB.

⁷⁵¹ Debemos entender que se refiere a la LOSSEC, ya que sustituye a la LDIEC, a la que la norma se remite realmente.

⁷⁵² Pues en ellos se establece que corresponde al Banco de España la competencia para la instrucción y resolución de los expedientes sancionadores por infracciones que regula la misma LOSSEC, y aunque no

Si no aceptamos la aplicación analógica de los preceptos anteriores antes de la transformación de una fundación ordinaria en bancaria, es difícil de encajar el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de entidades que no están bajo su supervisión. Sería necesario en este caso que se contemplen mecanismos de coordinación administrativa cuando sea el protectorado de la fundación bancaria quien observe el incumplimiento en la transformación, pudiendo elevar al Banco de España petición razonada de incoación de expediente sancionador respecto de las fundaciones que deban transformarse y no lo hayan hecho⁷⁵³.

Debemos tener en cuenta que si lo que se hubiera previsto en caso de no realizarse la transformación a iniciativa de la entidad, en lugar de su extinción, hubiera sido su transformación *ope legis* en fundación bancaria, el problema se entendería superado por quedar estas sujetas a la supervisión del Banco de España, pudiendo imponerse la sanción a la entidad transformada como tal (en la misma resolución administrativa en que se acordase la transformación por disposición de la ley), y sin ser un obstáculo que antes no fuera una entidad vinculada con la actividad de crédito y que se encontraba absolutamente al margen de la supervisión del Banco de España, ya que la transformación no supone la extinción de la personalidad jurídica de la entidad originaria.

La sanción, por su parte, en este caso, debe quedar limitada a la multa prevista en el artículo 97.1.a) LOSSEC, o a las medidas accesorias del artículo 97.2 LOSSEC, sin que pueda imponerse la revocación de la autorización a la entidad de crédito participada, pues no es esta quien comete la infracción, sino la fundación ordinaria.

se incluye específicamente como infracción la no transformación, del artículo 68.1.a) resulta que el Banco de España es competente para exigir a las entidades de crédito o grupos consolidables de entidades de crédito que adopten inmediatamente las medidas necesarias para retornar al cumplimiento la normativa sobre adecuación de la estructura organizativa a su actividad, en relación con el control interno de los riesgos, sus recursos propios y liquidez.

⁷⁵³ Cierta cobertura legal podemos encontrar actualmente en el artículo 67.2 LOSSEC de acuerdo con el cual "Siempre que en un grupo consolidable de entidades de crédito existan entidades sujetas a supervisión en base individual por organismos distintos del Banco de España, éste, en el ejercicio de las competencias que esta Ley le atribuye, deberá actuar de forma coordinada con el organismo supervisor que en cada caso corresponda. El Ministro de Economía y Competitividad podrá dictar las normas necesarias para asegurar la adecuada coordinación". Y también en la Disposición adicional decimocuarta, número segundo, según el cual "Cuando una Comunidad Autónoma tenga conocimiento de hechos que, en virtud de lo previsto en la normativa básica de ordenación y disciplina, puedan ser constitutivos de infracciones que deban ser sancionadas por el Banco de España, deberá dar traslado de los mismos al Banco de España".

Finalmente, no se prevé la reconducción de la entidad a una situación en la que no esté obligada a transformarse, de forma similar a la aplicación del plan de retorno previsto para las cajas. Pero debería poderse aplicar como alternativa a la transformación, ya que nada lo impide legalmente, y en estos casos, estaría más justificado que en otros supuestos, dado que la entidad no realiza inicialmente la actividad de crédito, y ya tiene forma jurídica de fundación.

4.3.1.3. Los supuestos transitorios como última etapa de la reestructuración del sector de las cajas.

A continuación, recogemos una breve referencia los supuestos de transformación que han sido de aplicación inmediata a la entrada en vigor de la LCAFB y que ha supuesto la etapa final de reestructuración del sector. Respecto de ellos, nos limitaremos a exponerlos sin profundizar en sus posibles problemas interpretativos, dado que en la actualidad, las entidades afectadas en cada caso, ya se han transformado, por lo que la interpretación de los mismos carece de importancia práctica. En cualquier caso, los problemas interpretativos que podrían deducirse de los supuestos siguientes, pueden salvarse recurriendo a las soluciones de interpretación e integración normativa que se han expuesto en relación con el supuesto básico.

- A) La transformación de cajas de ahorro que a la entrada en vigor de la Ley 26/2013 no reunían los requisitos para continuar operando como tales.

Similar al supuesto básico de transformación, pero con la diferencia de que la causa de transformación no es sobrevenida sino que es preexistente a la entrada en vigor de la Ley 26/2013, según la Disposición Adicional Segunda, las cajas de ahorros que a la entrada en vigor de la ley no cumpliesen los requisitos para continuar operando como tales, según las reglas de los artículos 34 a 36, disponían de un plazo de seis meses, se entiende, desde la entrada en vigor de la Ley, para cumplir tales requisitos o, en caso contrario, para transformarse en fundación.

La referencia al cumplimiento en ese plazo para cumplir los requisitos para seguir operando como caja de ahorros, nos permitió plantearnos si en este caso era necesario el plan de retorno aprobado por el Banco de España. La norma se pronuncia al respecto, pero por analogía con el supuesto básico debería sujetarse a la misma regla. Ante la inexistencia de referencia expresa en relación con el plazo bien podíamos

entender que el cumplimiento de los requisitos para no tenerse que transformar era de seis meses -según recoge la DA 2ª-, o que era de tres meses -por ser este el previsto para el plan de retorno en general en el artículo 35.2, párrafo segundo LCAFB-.

La DA2ª, señala también que en caso de transformación, se traspasaría todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última, y se transformaría la caja de ahorros afectada en una fundación bancaria o, en su caso, ordinaria, perdiendo su condición de entidad de crédito. Nada se dice sobre la necesidad de autorización administrativa ulterior, existiendo cierta contradicción en ese momento entre la aplicación del artículo 35.5 LCAFB, que prevé la no necesidad de autorización administrativa ulterior en todos los casos de transformación en fundación, ya sea bancaria u ordinaria, con las normas reguladoras de las cajas de ahorros en las Comunidades Autónomas, que sí exigían en el momento de la aplicación de la DA2ª, autorizaciones de los gobiernos autonómicos -los legisladores autonómicos no podían haber comenzado la adaptación de sus normas a la LCAFB en el momento de aplicación de esta disposición-. En la práctica no se exigió ninguna autorización autonómica posterior por considerarse que la aplicación de la DA2ª obedecía a la finalidad de mantener la estabilidad del sistema bancario español, y por tanto siendo una norma básica, era de aplicación preferente a las normas autonómicas, con el resultado de que los gobiernos autonómicos no pudieron vetar la transformación prevista en la DA2ª.

Finalmente, no menciona la norma nada sobre el tipo de infracción administrativa en que se incurriría si no se produjese la transformación, cuando por similitud con el supuesto básico debería haberse considerado que la falta de transformación en fundación bancaria en el plazo previsto, era una infracción muy grave, pero, al no preverlo la norma, dado que no cabe la aplicación analógica de una infracción ni de su sanción, la falta de transformación no se hubiera podido sancionar.

- B) La transformación de cajas de ahorro que estuvieran ejerciendo la actividad financiera de forma indirecta a la entrada en vigor de la Ley 26/2013.

Por aplicación de la Disposición Transitoria Primera se transformaron las cajas que a la entrada en vigor de la Ley estaban ejerciendo la actividad de crédito de

forma indirecta, a través de un banco⁷⁵⁴, siendo este uno de los supuestos que ha tenido más aplicación. En este caso, la caja también debía perder su licencia bancaria, dado que «ya no ejerce actividad financiera alguna y centra sus funciones en la acción social, por entenderse que no tiene justificación que tenga licencia en este caso, y supone, en cierta medida una anomalía, que mantenga la licencia bancaria»⁷⁵⁵, y debía transformarse, en fundación bancaria u ordinaria, dependiendo de si su participación en la entidad de crédito superaba el 10 % o no, y disponiendo para ello del plazo de un año. Este plazo de un año es mayor que en los demás supuestos de transformación, en los que se concede un plazo de seis meses, como regla general sin que se justifique suficientemente en la misma Ley, por qué, en este caso, el plazo es mayor, cuando en realidad, para las mismas, la transformación ya se encontraba comenzada si tenemos en cuenta que, de acuerdo con el RD-Ley 11/2010, en estos casos, ya se había producido la segregación de sus actividades financiera y benéfico-social.

La DT1ª señala que para proceder a la transformación, las cajas de ahorros no necesitaban obtener ninguna autorización administrativa –conforme al artículo 35.5 LCAFB-, debiendo únicamente cumplir con los trámites correspondientes ante el protectorado, a quien correspondía velar por la legalidad de la constitución y funcionamiento de la fundación en que se transformasen –ex DT1ª, nº1, 2º párrafo-, siendo aquí aplicable lo indicado, al respecto, en los casos anteriores, en relación con las autorizaciones autonómicas.

También el nº 4 de la DT1ª preveía que en caso de no transformación voluntaria en plazo se produjese la transformación por disposición de la ley, pero no se regulaba esta conducta como supuesto de infracción administrativa, no siendo sancionable por analogía, por los mismos motivos que se han indicado en el caso anterior.

Tampoco se previó para estos casos la aplicación de un plan de retorno que, si bien, desde el punto de vista teórico no sería contrario al espíritu de la Ley 26/2013, en la práctica no podría aplicarse por dos razones: por un lado, los casos de ejercicio

⁷⁵⁴ En este sentido, la Disposición Transitoria Primera y el nº III del preámbulo de la Ley 26/2013, que explica que con ello “la norma da continuidad y completa el esquema de ejercicio indirecto de la actividad financiera por parte de las cajas de ahorros que previó el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros”.

⁷⁵⁵ Vid. Preámbulo Ley 26/2013 de 27 de diciembre, en el párrafo 8º de su número III.

indirecto de las cajas que operaban a través de un banco siendo totalmente propietarias del mismo o teniendo una participación mayoritaria en él, por el volumen de negocio y de participación en la actividad de crédito difícilmente podrían reducirse por debajo de los límites legales; y, por otro lado, las cajas que estaban integradas en un SIP, deberían previamente desvincularse del mismo para poder retornar a su situación y se ha considerado irreversible la integración en un SIP⁷⁵⁶, a pesar de que el RD-Ley 11/2010 parece que dejaba abierta esta posibilidad a largo plazo pues las entidades integradas no podrían desvincularse del plazo de un año previsto para la transformación, ya que en el número quinto del artículo 8.1 de la Ley 13/1985 tras la reforma introducida por el RD-Ley 11/2010 (ahora Disposición Adicional 5ª LOSSEC), impuso la asunción de un acuerdo contractual entre las entidades integradas por el que debían permanecer en el SIP un periodo mínimo de diez años, debiendo preavisar con dos años de antelación como mínimo, su deseo de abandonar el mismo transcurrido aquel período, siendo además necesaria la valoración previa por parte del Banco de España tanto de la viabilidad de dicha entidad como de todo el sistema⁷⁵⁷. Además, de estas limitaciones, se ha llegado a considerar, a pesar de que la ley no excluye totalmente la posibilidad de desvincularse de un SIP⁷⁵⁸, que las integraciones en los SIPs tienen carácter irrevocable⁷⁵⁹.

⁷⁵⁶ Se ha señalado que el traspaso de los negocios financieros a la entidad central deberá entenderse irreversible, porque lo es jurídicamente, perdiendo sentido la pretensión del legislador de dar estabilidad al SIP con una duración mínima de 10 años y penalizando la eventual desvinculación por las cajas. Producida la aportación de los negocios financieros a la entidad central, la única alternativa es la transformación forzosa en fundación y pérdida de la condición de entidad de crédito. En este sentido, CARRASCOSA MORALES A. Y ALONSO UREBA A. (2011), ob. cit. "El Nuevo Mapa de Cajas de Ahorros y la importancia del Buen...", págs. 46 y 47.

⁷⁵⁷ CALVO VERGEZ, J. (2011), *Los sistemas institucionales de protección (SIPs) en el ámbito de las Cajas de Ahorros*, Ed. Civitas (Navarra), pág. 205.

⁷⁵⁸ El artículo 8.3, párrafo 3 de la Ley 13/1985 de 25 de mayo, regulaba el abandono un sistema institucional de protección por cualquiera de las entidades integrantes del mismo, y la Ley 26/2013 no alteró esta teórica posibilidad. Sin embargo, debe notarse que la Ley 26/2013 no regula los SIPs, lo que deja patente que su introducción en el sistema financiero español mediante el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, y su aplicación mediante el RD-Ley 11/2010, fue transitoria en el proceso de reestructuración, aunque sí se regula en la Disposición adicional quinta de la LOSSEC el régimen jurídico de los sistemas institucionales de protección.

⁷⁵⁹ CARRASCOSA MORALES, A. y ALONSO UREBA A., (2011), "El Nuevo Mapa de Cajas de Ahorros y la importancia del Buen Gobierno Corporativo", *Investigaciones y publicaciones del Centro de Gobierno Corporativo del Instituto de Empresa*, págs. 19 y 46.

Disponible en: <http://centrogobiernocorporativo.ie.edu/files/Inv.Pub.%20CGC%202011AAMAAU.pdf>

C) La transformación de cajas de ahorro que a la entrada en vigor de la Ley 26/2013 estuvieran incursas en causa legal de transformación en fundación de carácter especial.

Por su parte, conforme a la DT 1ª, las cajas de ahorros que al tiempo de la entrada en vigor de la Ley 26/2013, estaban incursas en causa legal de transformación en fundación de carácter especial reguladas en el artículo 6 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, habiendo concurrido la causa de transformación en un plazo inferior a los seis meses anteriores a la entrada en vigor de la Ley, y que no hubieran iniciado la transformación, con independencia de que hubiesen solicitado la renuncia a la autorización para actuar como entidad de crédito, disponían del plazo que restase de los seis meses previstos en el artículo 35.2 LCAFB, contado desde que hubiesen incurrido en dicha causa para transformarse. En este caso la norma no precisaba si la transformación debía hacerse en fundación bancaria o en fundación ordinaria, pero de acuerdo con el espíritu de la Ley 26/2013, y teniendo en cuenta la solución dada en supuestos análogos, la transformación debía hacerse en fundación bancaria, pues las entidades que de conformidad con la regulación anterior debían transformarse en fundaciones de carácter especial, superaban el límite de participación del 10 % en la entidad de crédito en la que participaban⁷⁶⁰.

Aunque no se recoge expresamente, parece conveniente y coherente con el espíritu de la norma⁷⁶¹, extender los efectos previstos en caso de incumplimiento de la obligación de transformarse dentro del plazo indicado en este supuesto, de modo que también en el caso que estamos tratando, transcurrido el plazo sin que se hubiera completado la transformación en fundación, las cajas de ahorros deberían automáticamente quedar transformadas, con disolución de todos sus órganos y baja en el registro especial de entidades de crédito del Banco de España conforme al procedimiento previsto en el artículo 35.3 LCAFB.

⁷⁶⁰ Además, el Preámbulo Ley 26/2013 de 27 de diciembre, en el párrafo 6º de su número III recoge: “El título II de la Ley aborda la regulación básica sobre las fundaciones bancarias, inspirándose en la figura de las fundaciones de carácter especial recogidas en el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio”. Si la ley considera que las fundaciones bancarias son sucesoras de las fundaciones de carácter especial introducidas en 2010, la transformación debería hacerse en fundación bancaria, por estar incursas en causa legal de transformación en fundación de carácter especial

⁷⁶¹ El nº 4 de la DT1ª se refiere únicamente al caso de transformación que viene referido a las cajas de ahorros que estuvieran ejerciendo su actividad financiera de forma indirecta, a través de un banco, y a la fecha de entrada en vigor de la LCABF.

En este caso, no se hace referencia expresa tampoco al régimen sancionador en caso de no transformarse en plazo, pero este no lo podemos considerar aplicable por analogía, pues el principio de legalidad y el de tipicidad, exigen referencia expresa.

D) La transformación de cajas de ahorro que a la entrada en vigor de la Ley 26/2013 llevasen incursas en causa legal de transformación en fundación de carácter especial durante un periodo superior a seis meses.

La misma DT 1ª de la Ley 26/2013, se refiere a las de cajas de ahorros que al tiempo de la entrada en vigor de la LCAFB llevaran incursas en causa legal de transformación un periodo superior a los seis meses, de acuerdo con el artículo 6 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, y que debían continuar el procedimiento de transformación. En este caso, sí que se dice expresamente, que la transformación debía ser en fundación bancaria u ordinaria según su participación en la entidad de crédito, sin que el mismo pudiera extenderse más allá de tres meses desde la entrada en vigor de la Ley. En este caso, se reduce el plazo ante la pasividad de la entidad para transformarse. Ciertamente, debemos plantearnos la necesidad de incluir esta regla, si tenemos en cuenta que, en teoría, a la vista de lo previsto en el artículo el artículo 6.2 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, no debería quedar ninguna entidad en esta situación⁷⁶². En teoría la transformación tenía que haberse llevado a cabo antes de la entrada en vigor de la LCAFB para las entidades que incurrieron en la causa legal de transformación seis meses antes de este momento. Si a pesar de todo, no se hubiese completado la transformación, lo que debería haberse previsto es la automática disolución y baja en el registro especial de entidades de crédito, y la continuación de la transformación con las debidas adaptaciones según se tratase de fundación bancaria u ordinaria. No se explica que no se recogiera así, no sólo por coherencia con los demás supuestos previstos por la ley, sino también porque esta norma tiene como

⁷⁶² El artículo el artículo 6.2 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio concedió un plazo de cinco meses para que las entidades que tenían, conforme al mismo, obligación de transformarse en fundaciones de carácter especial, se transformasen, y en caso de no hacerlo, en el mismo precepto, se preveía que transcurrido el plazo de cinco meses sin que se hubiera ejecutado la citada transformación, se produciría la disolución directa de todos los órganos de la caja de ahorros y la baja en el registro especial de entidades de crédito del Banco de España, nombrando el protectorado correspondiente una comisión gestora de la fundación de carácter especial, a los efectos de aprobar los Estatutos, nombrar al patronato, fijar en su caso el régimen para la amortización inmediata de las cuotas participativas que carezcan de derecho de voto y adoptar cuantos actos o acuerdos fuesen necesarios para materializar la transformación acaecida, en cumplimiento de la normativa estatal y autonómica aplicable, de forma similar a la regla que contiene el actual artículo 35.3 de la Ley 26/2013.

antecedente la Disposición Transitoria Novena del Real Decreto-Ley 11/2010, relativa al régimen transitorio de la transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial, la cual en su número 1, segundo párrafo, estableció que las cajas de ahorros que al tiempo de su entrada en vigor, llevaran incursas en causa legal de transformación un periodo superior a los cinco meses concedidos para transformarse, quedarían automáticamente transformadas con disolución de todos sus órganos y baja en el registro especial de entidades de crédito del Banco de España, aplicándose esta regla tanto si se hubiese iniciado o no el proceso de transformación en fundación de carácter especial, conforme al procedimiento previsto en el artículo 35.3.

En este caso no se prevé ninguna sanción por el incumplimiento de la obligación de transformarse, y por tanto no se hubiera podido sancionar el incumplimiento, dados los principios de legalidad y de tipicidad, y tampoco a pesar de haberse ya incumplido la obligación de transformarse derivada de la regulación anterior del RD-Ley 11/2010, tampoco se podría extender ese supuesto de infracción específico al incumplimiento del plazo originario de cinco meses, por aplicación del principio de irretroactividad, pero se podría reconducir a otros supuestos de infracción si hubiese mediado requerimiento del Banco de España exigiendo la transformación⁷⁶³.

E) La transformación de cajas de ahorro que a la entrada en vigor de la Ley 26/2013 hubieran iniciado su transformación en fundación de carácter especial sin estar incursas en causa legal.

La DT 1ª nº3, se refiere al supuesto de las cajas de ahorros que hubieran iniciado el proceso de transformación en fundación de carácter especial bancaria, sin estar incursas en causa legal para ello⁷⁶⁴, para las que se previó que continuasen el procedimiento de transformación en fundación bancaria o fundación ordinaria según su participación en la entidad de crédito, sin que el procedimiento pudiera extenderse más allá de seis meses desde la entrada en vigor de la LCAFB. En este caso, no se

⁷⁶³ En este caso, hubiera podido aplicarse el supuesto de infracción del artículo 4.1.ñ) LDIEC, vigente a la entrada en vigor de la LCAFB, por aplicación del cual se consideraba infracción muy grave “el incumplimiento de las políticas específicas que, con carácter particular, hayan sido exigidas por el Banco de España a una entidad determinada en materia de provisiones, tratamiento de activos o reducción del riesgo inherente a sus actividades, productos o sistemas, cuando las referidas políticas no se hayan adoptado en el plazo y condiciones fijados al efecto por el Banco de España y el incumplimiento ponga en peligro la solvencia o viabilidad de la entidad”.

⁷⁶⁴ En esta situación se encontraría las cajas de ahorros que voluntariamente hubiesen renunciado a la autorización para actuar como entidad de crédito conforme al artículo 6.1.b) del Real Decreto-Ley 11/2010.

redujo el plazo, como en los casos anteriores, por ser la transformación voluntaria, pero se impone un plazo máximo de seis meses, debemos entender que por razones de seguridad jurídica, para conseguir que, en un plazo razonable, concretasen su régimen jurídico, y al ser la transformación voluntaria no se prevén sanciones pues no estarían justificadas, y tampoco cabe reconducir la voluntad de no transformarse a ninguno de los casos de infracción previstos en la LDIEC.

Sin embargo, las entidades que comenzaron su transformación voluntariamente al amparo del RD-Ley 11/2010, se vieron obligadas a concluir el proceso, sin que la norma previese cómo solucionar el caso en que no concluyese el proceso dentro del plazo de seis meses. Podría aplicarse por analogía lo previsto en el nº 4 de la DT1ª, ya que parece conveniente y coherente con el espíritu de la norma, que se produzca la transformación automática de la entidad con disolución de todos sus órganos y baja en el registro especial de entidades de crédito del Banco de España conforme al procedimiento previsto en el artículo 35.3, pero sin que su justificación la encontremos en la salvaguarda de la estabilidad del sistema. La justificación, en este caso, la podemos encontrar en razones de seguridad jurídica, pues con ello se define el régimen jurídico de la entidad y su supervisión, y su indeterminación no puede prorrogarse en el tiempo. Todo ello, sin perjuicio de que pudiera ser presentado y aprobado un plan de retorno, posibilidad que debería admitirse, aunque la Ley no lo prevé dado que en este caso la transformación era originariamente voluntaria.

F) La transformación de fundaciones de carácter especial.

Según la Disposición Adicional Primera, las fundaciones de carácter especial que se hubieran constituido de acuerdo con el art. 6 del RD-Ley 11/2010, también se debían transformar en fundaciones bancarias en el plazo de seis meses computados desde la fecha de entrada en vigor de la Ley 26/2013, siempre que cumpliesen los requisitos previstos en la misma, y su participación en una entidad de crédito alcanzase el 10 % del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración. En caso contrario se debían transformar en fundaciones ordinarias. Nada se indicó en relación con las consecuencias de no transformarse en el plazo legal. Si tenemos en cuenta que estas fundaciones de carácter especial devenían de una anterior transformación operada por aplicación del RD-Ley 11/2010, y que estas entidades habían sido cajas de ahorros,

podríamos plantearnos la transformación *ope legis*, solución menos agresiva que la extinción prevista para las fundaciones. Pero si consideramos solo su forma jurídica, la solución sería su extinción, por aplicación del artículo 36.4. La Ley 26/2013.

El nº 2 de la DA 1ª, tiene una redacción bastante desafortunada, al indicar que las fundaciones que a la entrada en vigor de la Ley «mantuviesen una participación en una entidad de crédito que *alcance* los niveles previstos en el artículo 32, solo se transformarán en fundaciones bancarias en el caso de que incrementen su participación en la entidad de crédito y en el plazo de seis meses computados desde la fecha en que se produzca este incremento». La LOSSEC en su Disposición Adicional 10.4 LOSSEC añadió que también debían transformarse «cuando tuviesen su origen en una caja de ahorros, en el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de esta Ley».

En el primer caso, caben dos interpretaciones. La primera, es entender que debe referirse a las fundaciones de carácter especial que a la entrada en vigor de la Ley *no alcanzasen* la participación en la entidad de crédito de ese 10 %, que «solo se transformarán en fundaciones bancarias» cuando incrementen su participación alcanzando el 10%, considerando que es una errata que diga “alcance”. Si lo interpretamos así, este párrafo parece innecesario teniendo en cuenta que el nº 1 de la misma DA1ª, prevé que cuando no se alcance ese 10% de participación procede la transformación en fundación ordinaria, y, en su caso, la transformación de la misma en fundación bancaria se prevé en el artículo 36. La segunda posibilidad es entender, que dado que la DA1ª se refiere a las fundaciones de carácter especial y a las fundaciones ordinarias, y el primer párrafo se refiere exclusivamente a las de carácter especial creadas al amparo del RD-Ley 11/2010, el segundo párrafo se está refiriendo exclusivamente a las fundaciones ordinarias, y en este caso, también es innecesario este párrafo porque se puede reconducir al supuesto del artículo 36.

4.3.1.4. El sector de las cajas de ahorros tras la reestructuración.

Con el proceso de reestructuración y reforma del sector de las cajas de ahorros, la mayor parte de las entidades que antes fueron cajas de ahorros se vieron obligadas a transformarse.

El plan de retorno no ha sido utilizado en ningún caso, y de hecho, en la mayoría de los casos no se hubiera podido aplicar, como se ha expuesto al tratar de los supuestos de transformación de entidades que ejercían la actividad de crédito indirectamente, sobre todo, si estaban integradas en un SIP.

La reestructuración se ha hecho sobre la base de modificaciones normativas del legislador estatal, fundamentándola en su finalidad de servir al mantenimiento de la estabilidad del sistema, que es considerada una cuestión básica de la ordenación del crédito.

Una vez finalizada la crisis económica, el carácter básico de las normas que imponen acogerse a la fórmula jurídica de la fundación bancaria, debe mantenerse por estar vinculada esta fórmula a un régimen de supervisión más estricto que se aplica a estas entidades, y que responde a la finalidad de control por el supervisor estatal de las normas prudenciales de solvencia, y a todas las demás cuestiones que se incluyen en ellas, aunque se refieran a la organización interna y gestión de las entidades.

El esquema que recoge los procesos de reestructuración y las entidades afectadas por los mismos, muestra la evolución de la transformación del sector entre los años 2009 y 2014, así como los diferentes mecanismos jurídicos utilizados en cada caso, y puede consultarse en nuestro Anexo I⁷⁶⁵.

4.3.2. El nuevo régimen jurídico de las cajas de ahorros. Principales modificaciones introducidas por la reforma.

La reforma normativa del régimen jurídico de las cajas de ahorros ha tenido como objetivo devolver a las cajas de ahorros el carácter originario de entidad que pretende potenciar las economías regionales y que tienen una dimensión benéfico-social⁷⁶⁶, pero sin olvidar que estamos ante una entidad que al mismo tiempo es una

⁷⁶⁵ Esquemas obtenidos del Informe de avances de 13 de febrero de 2015 sobre el Proceso de Reestructuración Sector de Cajas de Ahorros, Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA), disponible en <http://www.ceca.es/wp-content/uploads/2015/01/Reestructuraci%C3%B3n-13-2-2015.pdf>. Esquemas similares sobre el proceso de reestructuración se encuentran en BERNARDINO, PALOMO Y GUTIÉRREZ (2013), "El panorama actual del sistema financiero español", CAMPUZANO, CONLLEDO y PALOMO (Dir.), *Los mercados financieros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 65 y 66; y MARTÍNEZ MUÑOZ M. y CHAPA SÁNCHEZ DEL CORRAL A. (2014), "Una aproximación a la regulación de las fundaciones bancarias", *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 92 mayo-agosto 2014, Ed. ICADE, págs. 153 y 154.

⁷⁶⁶ El Preámbulo I de la Ley 26/2013, LCAFB, anuncia que la nueva ley pretende recuperar los valores clásicos de las cajas de ahorros, su carácter social y su arraigo territorial.

empresa peculiar, y como tal debe organizarse y ser controlada. De hecho, el carácter de empresa en el sentido mercantil, y específicamente, el de entidad de crédito, con todos los riesgos inherentes a su actividad, sigue estando presente en su configuración actual, y a efectos de su supervisión, la dedicación a la actividad de crédito, es una característica que prevalece sobre otros caracteres de estas entidades⁷⁶⁷.

El régimen jurídico anterior de las cajas de ahorros se veía desde la Unión Europea con desconfianza⁷⁶⁸, pues los problemas inherentes a su estructura y organización interna, y a las influencias políticas que condicionaban la actividad de las mismas, eran bien conocidos. Esto hizo que uno de los motivos de la reforma estructural que se ha llevado a cabo, fuese el cumplir con la UE los compromisos asumidos en el MOU, y la adaptación del sistema de supervisión de las mismas a las normas prudenciales del MUS.

Al margen de las influencias europeas, con la reforma de las cajas se han tratado de resolver aquellos problemas que desde la regulación introducida en 1977⁷⁶⁹, han ido agudizando el descontrol de su actividad y las influencias políticas en su gestión, ya que con el Decreto Fuentes Quintana y las normas que le siguieron, se aprecia el proceso de expansión de la actividad de crédito de las cajas de ahorros en competencia con la de los bancos, pero que no fue seguida por la necesaria regulación de su gestión, de su estructura orgánica, del acceso a fuentes externas de financiación para capitalizarlas, y de la supervisión pública de su actividad⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷ En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional para justificar la limitación de la libertad de empresa del artículo 38 CE, en las entidades de crédito a través de la regulación bancaria. En este sentido, STC 37/1981, de 16 de noviembre, y STC 49/1988, de 22 de marzo, en fundamento jurídico nº 12, esta última declara que “las Cajas son en la actualidad entidades de crédito y se dedican a una actividad de especial delicadeza y riesgo no sólo para quienes la realizan sino también para quienes operan con ellas y para la estabilidad económica en general”.

⁷⁶⁸ Vid. Dictamen del Banco Central Europeo de 23 de julio de 2013 sobre cajas de ahorros y fundaciones bancarias (CON/2013/52), pág. 3. El BCE al valorar la reforma de las cajas en España, considera que “La reforma aborda varias deficiencias del gobierno de las cajas de ahorros españolas que, entre muchos otros factores, contribuyeron en cierta medida de la crisis del sector financiero español, y por tanto constituye un pilar importante del esfuerzo general de reconstruir la estabilidad financiera en España”.

⁷⁶⁹ Solo mediante una valoración de la situación legislativa anterior se puede entender el fundamento de la actual reforma, pues se concluye a la vista de las medidas introducidas a través del RD 2290/1977, de 27 de agosto y de la Ley 31/1985, de 2 de agosto (LORCA), que la crisis de las cajas es una consecuencia de los defectos normativos contenidos en ellas. Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2014), ob. cit. “La crisis de las cajas...”, págs. 3 a 8.

⁷⁷⁰ Se ha puesto de relieve que el modelo de cajas de ahorros introducido en 1977 “que permitió a estas competir en pie de igualdad con la banca tradicional no ha funcionado o tomó una deriva que excedió

La reforma del régimen jurídico de las cajas de ahorros se centra en la reducción de la representación participativa del sector público en las mismas, y la sujeción del régimen de sus órganos internos a limitaciones consistentes en el endurecimiento de las normas reguladoras de incompatibilidades, prohibición de autocontratación, y control de las retribuciones de los miembros de los órganos de gobierno.

4.3.2.1. La reducción de la representación pública en los órganos de gobierno de las cajas de ahorros y su relación con la concreción de la naturaleza jurídica de la entidad.

Uno de los defectos más criticados de la regulación anterior fue la siempre conflictiva y excesiva participación pública en la composición de los órganos rectores de la entidad⁷⁷¹. De hecho, tanto es así que esta participación pública en representación de los intereses públicos territoriales, ha sido motivo de especial confusión incluso en relación con la identificación de su naturaleza jurídica como entidad pública o privada⁷⁷².

La participación pública en ellas se trató de controlar en el año 2002 para evitar la calificación de empresa pública que merecían recibir en virtud de la Directiva UE 2000/52, de 26 de julio⁷⁷³, porque la consecuencia hubiera sido la aplicación necesaria

con mucho la inicialmente prevista por el legislador". Vid. SÁNCHEZ CERBÁN, A. (2014), ob. cit. "Ley 26/2013, de 27 de diciembre de 2013, de cajas de ahorros...", pág. 66.

⁷⁷¹ UREÑA SALCEDO J.A. (2005), ob. cit. *La influencia pública en las Cajas...*, págs. 107 y ss.

⁷⁷² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1991), ob. cit., *Derecho Administrativo Económico...*, pág. 225 y ss. También, en SORIANO GARCÍA, J.E. (1987), "Cajas de ahorro", en MARTÍN-RETORTILLO S., *Estudios de Derecho Público Bancario*, Ed. Ceura, Madrid, págs. 414 y ss.

⁷⁷³ Conforme al artículo 2.1.b) de la Directiva 2000/52/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000, por la que se modificaba la Directiva 80/723/CEE relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, la consideración de empresa pública quedaba determinada por la influencia dominante, esto es, por la participación pública en la misma. Así, se consideraban "empresas públicas", cualquier empresa en la que los poderes públicos pudieran ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la regulasen. Se ha destacado también que la calificación de las cajas de ahorros españolas como entidades privadas a todos los efectos, era dudosa, a la vista de la anterior Directiva 80/723/CEE, de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas, ya que el concepto europeo de empresa pública que recoge esta Directiva, permite la identificación de las cajas españolas como empresas públicas en la medida en que se basa en la apreciación de la realidad del mercado y no de consideraciones puramente formales. Así el artículo 2.1 b) Directiva 80/723/CEE, considera pública a "cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen", recogiendo en su párrafo 2 la presunción de

de las limitaciones y prohibiciones que se contenían en el Tratado de Roma – actualmente contenidas en los artículos 123 y ss TFUE-. En ese momento, tanto la Comisión Europea como el FMI, consideraron que las cajas de ahorros españolas eran entidades financieras públicas⁷⁷⁴. Para evitar estas limitaciones, en España, la LORCA se reformó mediante la Ley 44/2002 reduciendo la presencia pública en las cajas de ahorros, modificación que dio lugar también a algunos conflictos positivos de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas⁷⁷⁵.

La indeterminación de su naturaleza jurídica no es exclusivamente un problema de las cajas de ahorros españolas, pues en otros países esta incertidumbre también ha existido en algún momento de su evolución, pero se ha tratado de solucionar bien privatizándolas, o bien “publicándolas”⁷⁷⁶.

En España, su incierta naturaleza ha conllevado dificultades para regularlas institucionalmente, para identificar la legitimación en la toma de decisiones, para impedir su politización a través de la representación pública en sus órganos de gobierno, para minimizar los conflictos de competencias de regulación entre Estado y

que existe este tipo de dominio cuando, en relación con una empresa, el Estado u otras Administraciones territoriales, directa o indirectamente posean la mayoría del capital suscrito de la empresa, dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, o puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa. Vid. CASARES MARCOS A. (2005), “Cuestiones actuales del régimen jurídico-administrativo de las cajas de ahorros españolas”, *Pecunia*, nº1 - 2005, págs. 49 y 50.

⁷⁷⁴ ARIÑO ORTIZ, G. y GARCÍA M. (2013), *Vindicación y reforma de las Cajas de Ahorro, juicio al Banco de España*, Ed. Civitas, Madrid pág. 57.

⁷⁷⁵ Por ejemplo, el resuelto en STC 139/2011, de 14 de septiembre de 2011 (Recurso de inconstitucionalidad 893-2003), interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con diversos preceptos de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, y que se pronunció sobre la distribución de competencias en materia de cajas de ahorro. También la STC 118/2011, sobre organización interna de las cajas de ahorro y redefinición de lo básico por el legislador estatal. También, la STC 160/2011, de 19 de octubre de 2011, sobre cuestión de inconstitucionalidad 1381-2004, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Córdoba en relación con, entre otras cosas, el artículo 8, apartado 15, de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, en lo referente a las competencias sobre cajas de ahorro y ordenación general de la economía.

⁷⁷⁶ ARIÑO ORTIZ, G. (2010), ob. cit. *La necesaria reforma de la Ley de Cajas...*, pág. 20. En otros países, encontramos una problemática similar en relación con entidades de este tipo, aunque hayan quedado, por el momento, fuera de la supervisión del BCE en el MUS. Por ejemplo, en Alemania, las cajas son entidades sin dueño, siendo el municipio su *träger*, que se podría interpretar como patrocinador, y no tienen posibilidad de utilizar mecanismos para obtener capital más allá de la retención de rendimientos anuales. Tienen una baja rentabilidad, una escasa eficiencia, y los miembros de sus órganos de gobierno están elegidos en dos tercios por el municipio y en un tercio por los trabajadores, con los problemas de gobernanza que ello comporta, pero sin embargo no parecen tener problemas de solvencia. Esto último parece resultar del hecho de que se han mantenido como entidades de tamaño reducido, orientadas al ahorro que al crédito y especializadas en la financiación de las pymes de su región. Vid. FERNÁNDEZ DE LIS, S., (2012), “Las cajas alemanas”, en *Análisis Económico*, BBVA Reseach.

Comunidades Autónomas que pugnaban por obtener el mayor control posible de la gestión de las cajas a través de los habituales conflictos de competencia formulados ante el Tribunal Constitucional, para capitalizarlas acudiendo a procesos que sí eran accesibles a otro tipo de entidades como los bancos por ser sociedades anónimas, y para exigir responsabilidad por su inadecuada gestión ante la ausencia de propietarios conocidos.

Estos problemas no se han solucionado por completo, pero se han reducido. El motivo principal es que se sigue sin concretar, en la regulación actual, si se trata de entidades privadas o públicas. De modo que las soluciones ofrecidas inciden en los problemas que son consecuencia de su imprecisa naturaleza jurídica, pero como la causa de tales problemas no se ha resuelto, las soluciones introducidas, aunque útiles, no terminan de ser definitivas.

Así, la nueva regulación, en relación con la composición de los órganos rectores sigue la estela iniciada por el RD-Ley 11/2010, y en relación a la composición de la asamblea general de las cajas, se recoge una reducción en el porcentaje de participación de las Administraciones públicas, de modo que el número de consejeros generales designados por las Administraciones públicas y entidades y corporaciones de derecho público no podrá superar en su conjunto el 25% -ex artículo 4.3.b) LCAFB-. Se pasa de un 40 % que establecía la LORCA en su última etapa, a un 25%⁷⁷⁷, que era la mitad cuando se acogía una fórmula de ejercicio indirecto por aplicación del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros⁷⁷⁸.

⁷⁷⁷ APARICIO GONZÁLEZ, M. (2014), "Aspectos novedosos en el régimen de los órganos de gobierno de cajas de ahorros y fundaciones bancarias", en *Análisis GA & P, Enero 2014*, pág. 2.

⁷⁷⁸ El Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, en su Preámbulo, explica que se prevé, de un lado, la limitación de la representación de las Administraciones Públicas al 40%, contado desde el 50% que se fijaba como límite máximo de incorporación a las cuotas de derechos políticos proporcionales al porcentaje que las mismas suponían sobre el patrimonio de la caja. Esta medida de reducción de la participación pública en los órganos representativos de la entidad no se considera contraria a la Constitución española desde el punto de vista de la afectación de las competencias autonómicas sobre las mismas. Así resulta de las SSTC 139/2011, de 14 de septiembre, 10/2005, y 49/1988, al entenderse que la medida no recorta indebidamente la competencia autonómica ya que aún existe un margen para que el legislador autonómico introduzca sus propias opciones de concreción de los diversos porcentajes de representación, respetando siempre el límite máximo de presencia pública.

4.3.2.2. Mejoras de gobierno corporativo para suplir la falta de transparencia en la gestión de las cajas de ahorros.

La introducción de mejoras de gobierno corporativo o *corporate governance*⁷⁷⁹ en las cajas de ahorros no es totalmente un método nuevo, ni siquiera es una herramienta únicamente aplicada a las cajas, sino a todas las entidades de crédito con independencia de su naturaleza jurídica. Su aplicación en el plano internacional viene siendo incentivada en los últimos años desde el Comité de Basilea y la misma Unión Europea⁷⁸⁰.

En España, con la reforma introducida por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero y por la Ley 26/2003, de 17 de julio, que reformó la Ley del Mercado de Valores de 1988 y la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, se comenzó a ver cierta influencia en su regulación, a pesar de la dificultad de relacionar la finalidad de tales normas con las cajas de ahorros desde un punto de vista teórico. Esta dificultad residía inicialmente en que si lo que conocemos como exigencias de un buen gobierno corporativo tiene por finalidad poner fin a la actuación negligente o desleal de los administradores de algunas sociedades, mediante la regulación de la relación entre accionistas y ejecutivos de las sociedades (*shareholders* y *stakeholders*), resultaba difícil trasladar su aplicación a las cajas⁷⁸¹, por la inexistencia

⁷⁷⁹ El Banco Mundial lo define como las estructuras y los procesos mediante los cuales se gestionan y controlan las empresas en su documento “Gobierno Corporativo América Latina y el Caribe”, pág. 1, disponible en

<http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/b3f9818047b722aab530f5299ede9589/CG+LAC+Program+Fact+Sheet+in+Spanish.pdf?MOD=AJPERES>

También considera que el gobierno promueve la equidad, la transparencia, y la responsabilidad de las empresas. Vid. ARAGÓN TARDÓN S., (2014), ob. cit. “El papel del *corporate governance* tras la crisis de las cajas...”, pág. 74. También, se identifica con una evolución regulatoria que trata de superar las situaciones generalizadas de mal funcionamiento de entidades y mercados. Vid. SÁNCHEZ-CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GULARTE J. (2011), “Novedades en el modelo de gobierno corporativo en las cajas de ahorros”, en Cajas de ahorros: nueva normativa, MÉNDEZ ALVAREZ-CEDRÓN J.M. (Coord.), Ed. Fundación de Cajas de Ahorros (FUNCAS), Madrid, pág.119. Ver también, la definición del *corporate governance* que ofrece la Comisión Europea en su Comunicación Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward, Com (2003) 284 final, 21 de mayo de 2003, pág. 10 y ss. Estas normas pretenden regular “tanto las relaciones internas como la proyección exterior de la empresa en sus contactos con las Administraciones públicas, con otras empresas, con los consumidores y usuarios, así como con la sociedad en general”. Vid. CASARES MARCOS A. (2005), ob. cit. “Cuestiones actuales del régimen jurídico-administrativo...”, págs. 57.

⁷⁸⁰ SPINDLER G. (2014), “Reforma de gobierno corporativo al nivel de los órganos de *risk management*”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra), págs. 235 y ss.

⁷⁸¹ SÁNCHEZ-CALERO GULARTE J. (2003), “El buen gobierno de las cajas de ahorros”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 607, Ed. Aranzadi, Navarra, pág. 6.

de propietarios identificables en las mismas, y porque las reglas de buen gobierno corporativo tienen su sentido en relación con entidades privadas, como garantía de buena conducta de los administradores desde un punto de vista ético. En el caso de que estuviéramos ante una entidad claramente pública, los mecanismos de control de la legalidad propios del Derecho administrativo deberían contener espiritualizada esa necesaria gestión ética por la exigencia de su adecuación objetiva a la ley, pero su aplicación no era posible desde el momento en que se evitaba la calificación de entidad pública en la concreción de la naturaleza jurídica de las cajas de ahorros.

Tras la crisis iniciada en los años 2007-2008, que ha evidenciado prácticas desleales y poco honorables en la gestión de entidades de crédito, se ha intensificado la necesidad de reforzar las buenas prácticas en este ámbito empresarial, con la novedad de que, deja de ser un instrumento de control empresarial propio del derecho privado para ser un instrumento de regulación bancaria a disposición de las autoridades reguladoras, que pretende garantizar una gestión sana y prudente de las entidades⁷⁸², recomendándose la introducción de las buenas prácticas de gobierno corporativo desde instancias internacionales⁷⁸³.

La respuesta normativa que incluye la incorporación de normas de buen gobierno corporativo en un sentido tanto empresarial (referidas a la entidad), como en un sentido individual (referidas a los miembros de los órganos de gobierno), tiene su explicación también en que tras ser testigos de que las malas prácticas de quienes ejercen la dirección de la actividad de crédito, han lesionado efectivamente un interés general, como es la estabilidad financiera, la regulación de las prácticas referidas a la gestión de las entidades se conciben ahora como un elemento esencial del Derecho público bancario⁷⁸⁴.

En España, tras iniciarse la crisis se refuerzan las obligaciones de buen gobierno corporativo de las cajas de ahorros con el RD-Ley 2/2011, especialmente para las

⁷⁸² SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. (2014), ob. cit. "Novedades en el régimen de control de las conductas...", págs. 310 a 313.

⁷⁸³ Así, el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria aprobó unas recomendaciones sobre gobierno corporativo de entidades bancarias en febrero de 2006, como "La mejora del gobierno corporativo en organizaciones bancarias", disponible en <http://www.bis.org/publ/bcbs122es.pdf>, y también la Comisión Europea publicó un Libro Verde sobre el gobierno corporativo y las políticas retributivas de las entidades financieras, Bruselas, 5.4.2011 COM(2011) 164 final, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2011-164_es.pdf

⁷⁸⁴ SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. (2014), ob. cit. "Novedades en el régimen de control de las conductas...", pág. 325.

entidades solicitantes de las ayudas del FROB⁷⁸⁵. Con carácter general se aprobó el RD 256/2013, de 12 de abril, que hacía especial referencia la profesionalización, honorabilidad comercial y profesional de los miembros de los órganos de gobierno de las entidades, y de otras figuras de dirección asimiladas, que ya exigía que los mismos estuvieran en disposición de ejercer un buen gobierno⁷⁸⁶. Si bien, esta norma se valora positivamente en general, se ha destacado que con ellas parece que la imperatividad normativa sea necesaria, a pesar de que realmente las buenas prácticas tienen un trasfondo ético, ética que por otro lado ha faltado en la gestación de la crisis iniciada en los años 2007-2008, más que el aspecto jurídico⁷⁸⁷.

Con la reforma introducida por la LCAFB se refuerza la exigencia de buenas prácticas en este sentido, siendo muestra de ello, la profesionalización de los miembros de los órganos rectores de las cajas, y las demás medidas cuya finalidad es despolitizarlas, destacando la regulación de un régimen de incompatibilidades más estricto, la prohibición de autocontratación, y las limitaciones impuestas a las retribuciones.

En primer lugar, con la regulación contenida en la LCAFB se produce un endurecimiento del régimen de incompatibilidades⁷⁸⁸ con el que pretende dotar a quienes asumen la gestión de la caja de mayor independencia política⁷⁸⁹. Así, el artículo 3 apartados 3 y 4 de la LCAFB disponen que el ejercicio del cargo de miembro de los órganos de gobierno de una caja de ahorros será incompatible con el de todo cargo político electo y con cualquier cargo ejecutivo en partido político, asociación empresarial o sindicato, también con el de alto cargo de la Administración General del Estado, la Administración de las Comunidades Autónomas y la Administración local, así como de las entidades del sector público, de derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquellas. Esta incompatibilidad se extenderá durante los dos años

⁷⁸⁵ CARRASCOSA MORALES A. Y ALONSO UREBA A. (2011), ob. cit. “El Nuevo Mapa de Cajas de Ahorros y la importancia del Buen...”, pág. 27.

⁷⁸⁶ Vid. en relación con la interpretación del requisito de “estar en disposición de ejercer un buen gobierno”: SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. (2014), ob. cit. “Novedades en el régimen de control de las conductas individuales...”, págs. 320 a 324.

⁷⁸⁷ FERNÁNDEZ-SORDO LLANEZA E. (2014), “El Gobierno corporativo de las entidades financieras ante la crisis económica”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra), pág. 296 y 305.

⁷⁸⁸ CONLLEDO LANTERO F. (2014), ob. cit. “La reforma de las cajas de ahorros...”, pág. 385.

⁷⁸⁹ ARAGÓN TARDÓN S., (2014), ob. cit. “El papel del *corporate governance* tras la crisis de las cajas...”, pág. 80.

siguientes a la fecha del cese de los altos cargos. Reforzando este criterio, el artículo 22 de la LCAFB, establece además, que el ejercicio del cargo de presidente ejecutivo del consejo de administración de una caja de ahorros requiere dedicación exclusiva y será incompatible con cualquier actividad retribuida tanto de carácter público como privado, y para los consejeros generales, el artículo 10.1.a) LCAFB excluye, además de a quienes se encuentren en otras situaciones, a las personas al servicio de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas que realicen funciones directamente relacionadas con las actividades propias de las cajas de ahorros.

En segundo lugar, acompañando el régimen de incompatibilidades, debemos también destacar la introducción de la prohibición de la autocontratación a quienes hayan ostentado la condición de miembro de un órgano de gobierno de la caja de ahorros, pues se les prohíbe en el artículo 12.2 LCAFB, celebrar con la misma contratos de obras, suministros, servicios o trabajos retribuidos durante un período mínimo de dos años, contados a partir del cese en el correspondiente órgano de gobierno⁷⁹⁰, de hecho se considera también, que la preexistencia de esta vinculación es causa de incompatibilidad para ser miembro consejero general de un órgano de gobierno de la caja de ahorros, conforme al artículo 10.b) LCAFB, y para ser vocal del consejo de administración conforme al artículo 18.a) LCAFB, alcanzando esta prohibición, en este último caso, no sólo a quien tenga la anterior vinculación por sí mismo, sino también cuando sea su cónyuge, ascendiente o descendiente y las sociedades en que dichas personas participen mayoritariamente en el capital, quienes hayan contratado con la caja de ahorros, salvo que obtengan autorización expresa del Banco de España y de la Comunidad Autónoma respectiva. También la prohibición se aplica, de acuerdo con el artículo 25 LCAFB, a los vocales de la comisión de control.

En tercer lugar, debemos referirnos al control especial de las retribuciones de los miembros de los órganos de gobierno, control necesario debido a que en ellas

⁷⁹⁰ La única excepción admitida al respecto es la posibilidad de la continuidad de la relación laboral, cuando se trata de los empleados de la caja designados por el grupo de representación al que se refiere el artículo 8 LCAFB, como es lógico.

existe un conflicto de interés entre la entidad y el retribuido⁷⁹¹. El artículo 29 de la LCAFB impone a las cajas la creación de una comisión de control de las retribuciones y nombramientos que establecerá una política sobre remuneraciones y vigilará su cumplimiento. Además, las cajas de ahorros elaborarán un informe anual de retribuciones que será objeto de publicidad junto con el informe de gobierno corporativo, conforme al artículo 31 LCAFB. La confección del informe se ajustará a las instrucciones dadas al respecto por el Ministro de Economía y Competitividad o, con su habilitación expresa, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, instrucciones que para las entidades que no emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores se ajustarán a las adaptaciones que para ello establezca el Banco de España. El informe anual sobre las remuneraciones de los miembros del consejo de administración y de la comisión de control, la política de remuneraciones de la sociedad aprobada para el año en curso, la prevista para años futuros, el resumen global de cómo se aplicó la política de retribuciones durante el ejercicio, así como el detalle de las retribuciones individuales devengadas por cada uno de los consejeros, se difundirá y someterá a votación, con carácter consultivo y como punto separado del orden del día, a la asamblea general de acuerdo con el artículo 31.3, segundo párrafo, LCAFB.

Finalmente, con el propósito de garantizar el cumplimiento de todas estas medidas de buen gobierno corporativo se exige mayor transparencia, que se traduce en la obligación prevista en el artículo 31 LCAFB que impone a las cajas de ahorros dar publicidad con carácter anual al informe de gobierno corporativo, junto al informe sobre remuneraciones. Además, es destacable que a diferencia de lo que ocurre con los principios de buen gobierno corporativo que se aplican a las entidades privadas⁷⁹², las normas de este carácter aplicables a las cajas de ahorros son obligatorias y su incumplimiento da lugar a infracción y sanción administrativa, de conformidad con los artículos 92 y ss. de la LOSSEC, siendo la competencia para ejercer la potestad

⁷⁹¹ GARCÍA ÁLVAREZ B. (2014), “La remuneración de los administradores de las entidades de crédito: últimas orientaciones”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra), págs. 268-269.

⁷⁹² ARAGÓN TARDÓN S., (2014), ob. cit. “El papel del *corporate governance* tras la crisis de las cajas...”, pág. 78.

sancionadora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y del Banco de España, cada uno de ellos en el ámbito de sus respectivas competencias.

4.3.2.3. Valoración de la reforma del régimen jurídico de las cajas de ahorros: los problemas no solucionados.

Iniciábamos el epígrafe sobre la reforma del régimen jurídico de las cajas de ahorros, haciendo referencia a los problemas clásicos que aquejaban a estas entidades de crédito, y a la vista de las principales modificaciones introducidas en los puntos analizados, se aprecia que algunas cuestiones se han resuelto. Sin embargo, mencionábamos que todos ellos partían de la indefinición sobre la naturaleza jurídica de este tipo de entidades y que conlleva que las sigamos considerando como una especie de entidad que participa de la naturaleza de las fundaciones, pero sin que termine estando claro con qué forma jurídica identificarlas por completo, y desde luego, sin que termine de aclararse si su naturaleza es pública o privada.

Su carácter fundacional se confirma por el artículo 1 LCAFB, aunque algún sector doctrinal, termina de concretar esta naturaleza asimilando las cajas de ahorros a la figura de la fundación-empresa, e incluso considerándolas el mejor ejemplo de esta figura, aunque prevaleciendo su implicación empresarial, como entidad de crédito, sobre el aspecto fundacional⁷⁹³.

La indeterminación de su naturaleza pública o privada ha subsistido hasta ahora, a pesar de que se ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones la dificultad para calificarlas como entidades privadas a la vista de la influencia explícita de las

⁷⁹³ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2014), ob, cit. “La crisis de las cajas y la respuesta...”, pág. 11. También, en relación con la figura de la fundación empresa y su implicación en actividades económicas, vid. EMBID IRUJO, J.M. (2010) “Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español”, en MUÑOZ MACHADO, S. y PIÑAR MAÑAS, J.L., (Dir.), *Anuario de Derecho de Fundaciones*, Madrid, Ed. Iustel, págs. 30 y ss. Y EMBID IRUJO, J.M., (2007), “El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones (fundación-empresa y fundación con empresa): su significado en el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros en España”, en *Perspectiva del Sistema Financiero* (núm. 91, 2007), págs. 29 y ss. Vid. también CASARES MARCOS A. (2005), ob. cit. “Cuestiones actuales del régimen jurídico-administrativo...”, pág. 44. En este último caso, se identifica plenamente a la caja de ahorros con la definición de fundación-empresa, que “supone, en cualquier caso, la constitución de una persona jurídica orientada a la satisfacción de un fin fundacional de interés general, empleando para ello una actividad y organización de naturaleza eminentemente empresarial, y aceptando también con ello, en principio, los riesgos y beneficios que puedan derivarse de su ejercicio”.

Administraciones públicas⁷⁹⁴, incluso por el mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁹⁵.

La indefinición al respecto sigue dificultando la imposición de controles de carácter estrictamente público, como la transparencia, a pesar de que se ha mejorado directamente su regulación al respecto acogiendo mejoras identificables con el control de gestión de entidades privadas, como las medidas de control sobre el gobierno corporativo. La introducción de medidas de control público, como el de la aplicación de todas las normas sobre transparencia de las Administraciones Públicas, terminaría de mejorar su régimen jurídico, pero para esto sería necesario que el legislador concretase la naturaleza jurídica de las mismas como entidad pública, o al menos, como fórmula de colaboración público-privada.

La reforma de 2013, sin embargo, ha optado por reconducir el régimen de las cajas a su fórmula tradicional, limitando su posible crecimiento y exigiendo la aplicación de otra forma legal cuando exceden de unos límites, lo que para muchos ofrece dudas sobre su futuro en un mercado globalizado y muy competitivo que tiende a la concentración empresarial⁷⁹⁶. Con ello se pretende devolver la configuración que las mismas tuvieron en el momento histórico en el que las cajas eran entidades saneadas que contribuyeron de forma gloriosa al desarrollo económico del país⁷⁹⁷. La reforma impone la forma jurídica de fundación bancaria a las cajas de ahorros que crezcan lo suficiente para poder entrañar un peligro sistémico, medida esta que lejos de resolver definitivamente el problema de las cajas de ahorros, es una solución provisional, al haber desaparecido la práctica totalidad de las cajas de ahorros existentes en ese momento, lo que indudablemente elimina la problemática desde un punto de vista práctico, pero manteniéndola en el plano teórico, hasta que puedan

⁷⁹⁴ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2014), ob. cit. "La crisis de las cajas y la respuesta...", pág. 11.

⁷⁹⁵ Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A., (2011), "De la " banca pública" a las entidades de crédito públicas: delimitación y tipología. El caso español", en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Año nº 30, nº 121, pág. 110 y ss. La autora hace referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2005 en el asunto T-88/01, en el caso de Sniace v. Comisión

⁷⁹⁶ SÁNCHEZ CERBÁN, A. (2014), ob. cit. "Ley 26/2013, de 27 de diciembre de 2013, de cajas de ahorros...", pág. 67. También algunos han mantenido que las cajas de ahorros no han sobrevivido institucionalmente a la nueva realidad financiera, iniciada con el RD-Ley 11/2010, MINGUEZ PRIETO R. (2013), "La incidencia de las normas prudenciales bancarias en estructuras de financiación mercantiles", en MUÑOZ MACHADO S. y VEGA SERRANO J.M., *Derecho de la regulación económica, Vol. X, Sistema Bancario*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 633.

⁷⁹⁷ Su importancia se ha puesto de relieve, entre otros, por ARIÑO ORTIZ, G. y GARCÍA M. (2013), *Vindicación y reforma de las Cajas de Ahorro, juicio al Banco de España*, Ed. Civitas, Madrid pág. 27.

llegar a existir más entidades con este carácter en el panorama español, lo que no es imposible, aunque sí difícil por la propia evolución y configuración de los mercados⁷⁹⁸.

Al margen de lo anterior, algunos de los problemas que anteriormente apreciábamos en las cajas de ahorros, seguirán subsistiendo en sus sucesoras, las fundaciones bancarias, como analizaremos más adelante. En ellas, en parte, se soluciona el problema de la identificación del supervisor, pues al tener que desarrollar su actividad indirectamente a través de un banco, se reducen considerablemente los problemas anteriores de dualidad de supervisores⁷⁹⁹, ya que el control de las mismas queda en manos del Banco de España en colaboración con el BCE.

Sin embargo, las fundaciones bancarias aún pueden entrañar la problemática de la indefinición de su naturaleza jurídica como entidad pública o privada, que en las mismas sigue sin resolverse, pues tanto pueden existir entidades de fundación pública, como privada, dependiendo del origen de la dotación inicial, lo que impide sujetarlas a otros controles a los que se someten las actividades públicas de modo generalizado, además de dificultar la imposición de responsabilidad por una mala gestión al no existir propietarios determinados, salvo lo previsto como normas de buen gobierno corporativo respecto de las mismas.

Teniendo en cuenta todo ello, en el derecho español, es necesaria una mejora del régimen jurídico de las fundaciones (ordinarias), pues su regulación se aplicará para integrar las lagunas de las fundaciones bancarias –ex artículo 33 LCAFB-, reforma que actualmente está en trámite⁸⁰⁰ y que incorpora algunos mecanismos de control de la gestión de estas entidades, que pretende elevar su control interno y externo, y la posibilidad de imponer responsabilidad a sus órganos de gobierno.

⁷⁹⁸ Algunos gobiernos autonómicos han analizado la posibilidad de crear entidades de crédito regionales en sustitución de las cajas de ahorros que han desaparecido como tales, convirtiéndose en fundaciones bancarias. En este sentido, SALVADOR ARMENDÁRIZ M.A. (2014), ob. cit. “Transformaciones en la regulación...”, pág. 137.

⁷⁹⁹ ARIÑO ORTIZ, G. (2011), *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 419.

⁸⁰⁰ Actualmente existe un Anteproyecto de la Ley de Fundaciones, aprobado el 29 de agosto de 2014, que se está tramitando con la intención de que sustituya a la actual Ley 50/2002. En el mismo, entre otras novedades, se puede destacar la introducción de mecanismos para evitar la utilización instrumental fraudulenta de las fundaciones, reforzando la obligación que ya establecía la Ley 50/2002 de destinar a fines fundaciones al menos el 70% de los rendimientos obtenidos por la fundación, y regulando la contratación de personas o entidades vinculadas a la fundación.

Resulta evidente que la finalidad que se pretende conseguir con la introducción de prácticas de buen gobierno corporativo en las cajas de ahorros y también en las fundaciones bancarias es el incremento de su transparencia⁸⁰¹, y desde ese punto de vista la valoración es positiva y resulta coherente con la reducción de la participación pública en este tipo de entidades, porque de no ser así, la solución técnica acertada hubiera sido aplicar el mismo régimen de transparencia que se predica de las entidades públicas (como empresas públicas), y no una adaptación.

La solución aplicada a las cajas se queda a mitad camino al adoptarse el criterio de que se imponen las prácticas de buen gobierno corporativo de forma obligatoria y sancionable, al quedar integradas en el régimen de disciplina de las entidades de crédito, tal vez el imponerse prácticas de Derecho privado en este caso pero de forma obligatoria, lo que nuevamente demuestra es que la naturaleza de la entidad, desde un punto de vista abstracto, sigue siendo indefinida, y que no se puede acoger por completo ni a un régimen puramente de Derecho privado, ni a un régimen de Derecho público.

Sin embargo, a pesar de la indefinición que resulta del concepto de caja de ahorros que da el artículo 1 de la LCAFB, implícitamente se acepta que puedan ser tanto públicas como privadas, como consecuencia del origen de la dotación de su fundación (en este sentido, al ser entidades de carácter fundacional expresamente reconocido por la LCAFB, seguirán el mismo carácter de su dotación inicial, como se deduce del artículo 8 de la Ley de Fundaciones). Así resulta si nos fijamos en el artículo 7 de la LCAFB que al regular el nombramiento de los consejeros generales representantes de las personas o entidades fundadoras de las cajas, recoge expresamente que estos serán nombrados directamente por la persona o entidad fundadora, sean los fundadores instituciones públicas o privadas. Esto nos permite plantearnos si cuando estemos ante una caja de ahorros constituida en base a una dotación inicial pública, y al poder darle carácter de entidad pública⁸⁰², sería posible sujetarla a otros mecanismos de control de la legalidad de su actividad, transparencia,

⁸⁰¹ ARAGÓN TARDÓN S., (2014), ob. cit. “El papel del *corporate governance* tras la crisis de las cajas...”, pág. 81.

⁸⁰² Sobre las diferencias ente las cajas de ahorros y la banca pública en sentido estricto, vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ M.A., (2000), *Banca pública y mercado. Implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*, Ed. INAP, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, págs. 223 y ss, y 261 y ss.

etc., a pesar de mantener para las de dotación privada un régimen de control corporativo basado en las entidades de Derecho privado, como son todas las medidas vinculadas al buen gobierno corporativo.

Ciertamente, nada impide la sujeción a estos controles públicos por tratarse, en el fondo, de una entidad asimilable a lo que se considera fundación-empresa, donde se ha destacado que el carácter de empresa prevalece sobre el de fundación a muchos efectos, por lo que, la consecuencia de ello debe ser la aplicación de los mismos mecanismos de control previstos para las empresas públicas. Esta distinción sería, en nuestra opinión, la más acertada desde el punto de vista técnico-jurídico, porque la naturaleza jurídica de las instituciones, en este caso de las formas jurídicas de las entidades, siempre va a traer consigo un régimen jurídico coherente con la naturaleza que les reconozcamos. Si no partimos del rasgo distintivo de la naturaleza jurídica de una institución jurídica, al configurar su régimen jurídico, este nunca será el apropiado, siendo esto lo que da lugar a un sinfín de incoherencias prácticas muy difíciles de resolver.

Finalmente, con la regulación actual, cuando estamos ante cajas de ahorros de dotación pública que deberían ser consideradas entidades públicas a todos los efectos, aún cabe resolver si no reconocerles este carácter y no aplicarles un régimen de control propio del Derecho administrativo, podría considerarse como una manifestación más del fenómeno de la huida del Derecho público hacia el privado⁸⁰³, lo que indudablemente, nos debe llevar a replantearnos su verdadera naturaleza jurídica.

Al margen de lo anterior, también se ha considerado que la aplicación de mecanismos de control procedentes del Derecho administrativo a entidades de crédito sin distinguir si son públicas o privadas, en ambos casos, porque se consideran prestadoras de servicios de interés económico general, queda justificada en la propia Constitución española (en sus artículos 1.1., 9.3, 103, y 105), y nos permite aplicar

⁸⁰³ No cabe duda de que en estos casos, tal indefinición conlleva la aplicación de normas de Derecho privado a entidades que deberían acogerse a un régimen de Derecho público administrativo, eludiendo las mayores garantías que este prevé en interés del ciudadano y de la colectividad, suponiendo una auténtica desvinculación de la gestión de entidades públicas de las normas administrativas. La huida del Derecho administrativo hacia el privado es entendida en este sentido por la generalidad de la doctrina, por todos, vid. MARTÍN-RETORTILLO S., (1996), "Reflexiones sobre la «huida» del derecho administrativo", en *Revista de Administración Pública* Núm. 140, mayo-agosto 1996, pág. 37.

normas que pretenden incrementar el buen gobierno de las entidades, especialmente de su transparencia⁸⁰⁴, para aproximarlas así a las entidades públicas, en su sujeción a este mecanismo de control⁸⁰⁵. Por todo cuanto antecede, la indefinición sobre su naturaleza jurídica, en realidad, no debería ser un obstáculo para poder aplicar un régimen jurídico más acorde con el interés que representan.

4.3.3. Reinterpretación de la doctrina constitucional sobre la delimitación de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en relación con las cajas de ahorros a la luz de la reforma.

A pesar de que hay opiniones que mantienen la desaparición de la problemática competencial entre Estado y Comunidades Autónomas tras la reforma⁸⁰⁶, no podemos aseverar que esto sea así por completo, al menos no lo es en el plano teórico. Ciertamente es que su importancia práctica en la actualidad es muy reducida, pues sólo dos cajas de ahorros han subsistido como tales, y no hay entidades de crédito de cierta relevancia que limiten su actuación a un ámbito regional. Pero nada impide que las haya en el futuro, y si esto ocurre, y los títulos competenciales respecto a la distribución de competencias permanecen inalterados, los clásicos conflictos competenciales se activarán.

En realidad, aunque los conflictos se han apaciguado, nunca han desaparecido por completo, ni siquiera durante la reforma. Basta ver las últimas Sentencias del Tribunal Constitucional: STC 182/2013, de 23 de octubre, STC 209/2014, de 18 de diciembre, STC 14/2015, de 5 de febrero, y STC 47/2015, de 5 de marzo de 2015. En todas ellas hay un elemento común al resolver estos conflictos con una clara tendencia hacia la expansión de las competencias estatales por la vía interpretativa, ya

⁸⁰⁴ Sobre la finalidad de elevar el grado de transparencia de la gestión de las cajas de ahorros mediante la publicación de los informes exigidos en relación con las prácticas de buen gobierno corporativo, vid. CASARES MARCOS A. (2005), ob. cit. "Cuestiones actuales del régimen jurídico-administrativo...", pág. 60.

⁸⁰⁵ PONCE SOLÉ J. (2014), ob. cit. "Crisis, bancos privados, obligaciones de servicio público...", págs. 662-667. También se ha valorado la aplicación de la Ley de Transparencia a la banca, en general, encontrando como dificultad actualmente la no identificación de la actividad bancaria como servicio público en GUITIERREZ ALONSO, J.J. y GUICHOT REINA, E. (2013), "La transparencia en la regulación bancaria", en MUÑOZ MACHADO S. y VEGA SERRANO J.M., *Derecho de la regulación económica, Vol. X, Sistema Bancario*, Ed. Iustel, Madrid, págs. 258-259.

⁸⁰⁶ SALVADOR ARMENDÁRIZ M.A. (2014), ob. cit. "Transformaciones en la regulación bancaria...", pág. 137.

que parten de una situación coyuntural de crisis económica. Finalizada la crisis económica, esa situación ya no podrá servir de fundamento para hacer una interpretación extensiva de las competencias estatales, y dado que la tendencia siempre ha sido la contraria en las Sentencias anteriores del Tribunal Constitucional, lo que debemos plantearnos es cómo reinterpretar la doctrina anterior sobre delimitación de competencias entre Estado y Autonomía para que conjugada con las medidas introducidas con la reforma, esta última tenga vocación de permanencia.

A nuestro modo de entender, la vía para dar estabilidad a la reforma es identificar lo que en el primer capítulo hemos considerado como regulación prudencial, con el contenido y extensión que debe tener el contenido de las normas básicas sobre ordenación del crédito, y especialmente, las que afectan a las cajas de ahorros. El motivo principal es que al estar ese contenido nuclear de la regulación prudencial determinado por la regulación europea, a respetarlo y aplicarlo están tan obligadas las Comunidades Autónomas como el Estado⁸⁰⁷, desapareciendo así, por fuerza, las posibles diferencias entre lo que se debe considerar básico o no. Es decir, las normas procedentes de la Unión Europea van a tener que cumplirse tanto por el Estado como por Comunidades Autónomas, si bien, a nivel interno, la incidencia del Derecho europeo debe realizarse tomando en consideración la distribución interna de competencias en base al principio de autonomía institucional en la ejecución del Derecho Comunitario⁸⁰⁸.

En este sentido, el Tribunal Constitucional tiene declarado que, en España, las reglas internas de delimitación de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas han de ser consideradas en la recepción del Derecho Comunitario a nivel interno, sin que pueda resolverse esto último sólo aplicando el Derecho europeo⁸⁰⁹. De

⁸⁰⁷ Aunque esto es así, se destaca el papel de los Estados como firmante de los correspondientes Tratados, como responsable del cumplimiento en su territorio del Derecho de la Unión Europea, pero para un estudio más extenso de todos los matices que afectan a las relaciones entre Comunidades Autónomas-Estado español y Unión Europea, vid. MUÑOZ MACHADO S. (Coord.), (2013), *Las Comunidades Autónomas y la Unión Europea*, Ed. Academia Europea de Ciencias y Artes, Salzburgo.

⁸⁰⁸ FERNÁNDEZ FARRERES G. (2005), *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 463 y ss. También, PAREJO ALFONSO, L. (2000), "Los principios generales del Derecho Administrativo Comunitario", en PAREJO ALFONSO y OTROS, *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, pág. 57.

⁸⁰⁹ En este sentido, las Sentencias STC 252/1988, STC 76/1991, STC 236/1991, STC 79/1992, STC 141/1993, STC 213/1994, STC 313/1994, STC 112/1995, entre otras. Vid. MORENO MOLINA A.M. (2000), "La Administración pública de los Estados miembros como Administración comunitaria. Referencia a la

todos los principios sentados al respecto en la doctrina constitucional, nos interesa destacar que el cumplimiento de obligaciones derivadas de la normativa europea no supone modificación alguna del reparto interno de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas a nivel teórico⁸¹⁰, y que la ejecución del Derecho europeo corresponde internamente a aquella Administración que en este plano tenga atribuida la competencia⁸¹¹. Por este motivo, la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en lo referente a la ordenación del crédito, y especialmente, en relación con las cajas de ahorros, cuya delimitación debe ser trasladada a las fundaciones bancarias en cierta medida, es una cuestión que a pesar de la reforma, sigue vigente, porque depende de la organización constitucional interna de España como Estado miembro⁸¹².

La reinterpretación de la doctrina constitucional anterior sobre delimitación de competencias es, por tanto, necesaria, y será útil para resolver posibles conflictos futuros, para evitarlos, o al menos para reducir su número. La novedad a tener en cuenta es que, por un lado, el concepto de lo que es básico debe entenderse ampliado por la expansión de la normativa prudencial, y por otro lado, los gobiernos autonómicos en el ámbito de sus competencias, deben entenderse integrados también como Autoridades Nacionales Competentes en el MUS⁸¹³, aunque sus competencias sean residuales, junto al Banco de España, al Ministerio de Economía, el FROB, y la CNMV, y siempre partiendo de la primacía y efecto directo del Derecho europeo⁸¹⁴.

situación española”, en PAREJO ALFONSO y OTROS, *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, págs. 172 y ss.

⁸¹⁰ Vid. STC 172/1992, de 29 de octubre, en su fundamento jurídico 3. Tras la reforma, en la práctica sí se pierden competencias para los supervisores autonómicos como consecuencia de la reestructuración del sector de las cajas, pero sigue existiendo un sistema de supervisión dual. En este sentido, MELÉNDEZ HUELIN O. (2013), “La supervisión, inspección, y sanción de las entidades de crédito”, CAMPUZANO, CONLLEDO y PALOMO (Dirs.), *Los mercados financieros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 263.

⁸¹¹ Vid. STC 146/1996, de 19 de septiembre, en su fundamento jurídico nº 2.

⁸¹² Vid. STJUE de 15 de diciembre de 1971, en el caso de la International Fruit Company. Vid. también, ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES A. (2006), “El federalismo alemán ante la integración europea”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Nº 6, pág. 196.

⁸¹³ La Administración estatal no puede ver ampliadas sus funciones como consecuencia de la normativa europea, pues esta no afecta a la relación entre Estado y Comunidades Autónomas, sino a las relaciones de ambas con la Unión Europea. FERNÁNDEZ FARRERES G. (2005), ob. cit. *La contribución del Tribunal...*, págs. 464 y 465.

⁸¹⁴ Vid. ORÓN MORATAL G. (2013), “Poder financiero, Constitución y Unión Europea”, en ORDOÑEZ SOLÍS, D. (Coord.), *La recepción del Derecho de la Unión Europea en España*, Ed. La Ley, Madrid, págs. 457 a 463. También, ALONSO GARCÍA, R. (2012), *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Ed. Civitas (Navarra), págs. 304 y ss.

Las competencias internas no se alteran a efectos de ejecución del Derecho europeo porque no existe en nuestra Constitución un título competencial que atribuya la ejecución del Derecho Europeo sólo a una de las Administraciones (que lógicamente sería la estatal a la vista de la articulación del sistema general de competencias de los artículos 148 y 149 CE), no sirviendo a estos efectos, ni el artículo 93 CE que hace al Estado responsable del cumplimiento del Derecho europeo en el plano internacional, ni la cláusula de la supletoriedad del artículo 149.1.3 CE⁸¹⁵.

La importancia de la determinación de la Administración competente radica en que la atribución de la competencia lleva consigo la asunción de la responsabilidad por defectos en el ejercicio de cualquiera de las facultades de supervisión, cuestión esta que al igual que ocurría en las relaciones entre el Banco de España y el BCE en el MUS, también requiere de una ardua tarea de deslinde competencial en el plano interno entre las autoridades estatales y autonómicas.

En las relaciones entre estas últimas ocurre, como particularidad, que frente a la Unión Europea, será el Estado el responsable del incumplimiento de las Comunidades Autónomas, por aplicación del principio de responsabilidad única de Estado ante la Unión Europea⁸¹⁶. La asunción de tal responsabilidad externa por el Estado, debe ir acompañada del poder suficiente para exigir el debido cumplimiento, estando discutido en la doctrina si podría el Estado aplicar el artículo 155 CE⁸¹⁷ para garantizar eficazmente la ejecución autonómica de las normas europeas, pero admitiéndose por el Tribunal Constitucional como medio extraordinario de coerción⁸¹⁸.

Aunque la responsabilidad del Estado frente a la Unión europea puede ser política o de diversa índole, también al Estado, como legislador, incumbe la

⁸¹⁵ Vid. STC 45/2001, fundamento jurídico nº 7.

⁸¹⁶ FERNÁNDEZ FARRERES G. (2005), ob. cit. *La contribución del Tribunal Constitucional...*, pág. 467.

⁸¹⁷ El artículo 155.1 CE permite que ante el incumplimiento de una Comunidad Autónoma de las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o ante una actuación de la misma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno pueda, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general. En relación con las distintas posiciones doctrinales sobre su admisión en estos casos, vid. MORENO MOLINA A.M. (2000), "La Administración pública de los Estados miembros como Administración comunitaria. Referencia a la situación española", en PAREJO ALFONSO y OTROS, ob. cit. *Manual de Derecho Administrativo...*, págs. 177 y 178.

⁸¹⁸ Vid. STC 49/1988, de 22 de marzo, en Fundamento Jurídico nº 31, precisamente en lo referente a la determinación de lo básico para la ordenación del crédito.

responsabilidad patrimonial que se pudiera derivar por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea respecto a particulares, en el supuesto regulado en el artículo 32.3.b) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

En este punto la responsabilidad de esta última clase en materia de regulación bancaria será sólo estatal si admitimos que lo básico en la regulación del crédito se identifica totalmente con la regulación prudencial, pues sólo al Estado le incumbe regularla, en las competencias que ostente como ANC. Por este motivo, no será posible que las Comunidades Autónomas puedan legislar en el ámbito de sus competencias materia prudencial, por lo que no sería posible que incurriesen en este tipo de responsabilidad por el supuesto de inadecuación de las normas autonómicas al Derecho de la Unión europea, pues les faltará virtualidad en ese ámbito prudencial.

Todo ello se entiende sin perjuicio, de que en materia de ejecución de las competencias autonómicas de carácter residual que pudiera ostentar, incurran en responsabilidad patrimonial de conformidad con las reglas generales. En este caso, sí podría ser responsable una Comunidad Autónoma del resarcimiento que corresponda, o incluso concurrir a esa responsabilidad con el Banco de España u otras autoridades nacionales, por aplicación del artículo 33 de la Ley 40/2015, de 2 de octubre que regula la concurrencia de la responsabilidad patrimonial en que pudiesen incurrir las Administraciones Públicas, y que a nivel interno quedaría delimitada atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención.

4.3.3.1. Las bases de la ordenación del crédito tras la reforma.

En el plano interno, los artículos 148 y 149 CE, establecen el sistema general de reparto de competencias, caracterizado sobre todo por su imprecisión y por la ambigüedad que encierra en la mayor parte de sus enunciados⁸¹⁹. Esta imprecisión es mayor cuando se trata de identificar las bases de la ordenación del crédito que se atribuye en exclusividad al Estado, porque siempre se ha configurado como un concepto flexible, variable, coyuntural, y no uniforme respecto a las relaciones entre Estado y cada Comunidad Autónoma⁸²⁰. Tras la reforma, su carácter flexible, variable y

⁸¹⁹ PEÑAS MOYANO, M.J., (2005) "La evolución de la normativa sobre cajas de ahorros en la comunidad autónoma de Castilla y León", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº de 6 de mayo de 2005, pág. 175.

⁸²⁰ A pesar de todo, el Tribunal Constitucional ha tratado de concretar la extensión de lo básico dentro de la función de ordenación bancaria, y así la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/1984, de 9 de

coyuntural no va a desaparecer, tanto por el grado de discrecionalidad técnica que se requiere en ciertos casos, que queda en manos del Banco de España, y que dependerá de las circunstancias de la economía general del momento, como por la variedad de conflictos que pueden suscitarse, y por la diferente posición de cada Comunidad Autónoma, dependiendo de las competencias asumidas por sus respectivos Estatutos de Autonomía⁸²¹

Sin embargo, la incidencia del MUS va a permitir cierta uniformidad en lo que deben ser bases del crédito, siendo común y con carácter de normativa básica, para todas las Comunidades Autónomas las normas de supervisión prudencial que proceden de la Unión Europea, y que con este carácter se han integrado en el Ordenamiento jurídico español, a través de la legislación estatal. A estos efectos, las normas de la LOSSEC que recogen la supervisión prudencial derivada de la Directiva UE 2013/36, concordantes con el Reglamento UE 575/2013, deben ser consideradas básicas, bajo el fundamento de que su finalidad es preservar la estabilidad financiera general, y que esta es una competencia estatal⁸²². En su caso, aquellas competencias de ejecución que puedan corresponder a las Comunidades Autónomas respecto de las normas procedentes de la Unión Europea, tanto si son directamente aplicables como si han sido objeto de trasposición a través de la legislación estatal, deberán ser ejecutadas por los gobiernos autonómicos, en cuanto tengan competencias de ejecución en la

octubre, afirma que “entre la regulación de los aspectos básicos de la actividad de los distintos tipos de intermediarios financieros hay que insertar las normas que imponen determinadas obligaciones a las Entidades financieras privadas (Bancos y Cajas de Ahorros), hallándose entre ellas las disposiciones encaminadas a fijar determinados porcentajes o coeficientes obligatorios sobre los recursos ajenos depositados en las Cajas que éstas deben invertir en ciertas adquisiciones, así como el orden de prioridades de esas inversiones obligatorias, debiendo respetar las Comunidades Autónomas, como normas básicas de la ordenación del crédito, no sólo los porcentajes como cantidad, sino también el régimen jurídico estatal de cada uno de los coeficientes legales de inversión y, en concreto, del de préstamos de regulación especial”.

⁸²¹ A pesar de la diferente extensión de las competencias autonómicas asumida en los distintos Estatutos de Autonomía, todas las Comunidades Autónomas tienen asumidas competencias sobre ordenación de las Cajas de Ahorros, y algunos estatutos, como el catalán y el vasco, también tienen asumidas competencias sobre ordenación del crédito en general. Los estatutos de Autonomía de segunda generación reconocieron expresamente tanto competencias normativas como ejecutivas (exclusivas o compartidas con el Estado). Vid. UREÑA SALCEDO, J.A., (2013), “La crisis del sistema financiero y la transformación de las Cajas de Ahorros en España”, en MUÑOZ MACHADO S. y VEGA SERRANO J.M. (2013), *Derecho de la regulación económica, Vol. X, Sistema Bancario*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 372.

⁸²² En este sentido, la STC 182/2013, de 23 de octubre, declaró respecto a las medidas introducidas por el RD-Ley 9/2009, que las mismas tendían a salvaguardar, no ya la solvencia de una sola entidad, sino del sistema en su conjunto, actuando frente a un “potencial riesgo sistémico”, y por tanto debían ser consideradas básicas.

materia, del mismo modo que si se tratase de las competencias de ejecución de aquellas materias en las que la competencia legislativa correspondiese al Estado, habiéndose establecido un férreo paralelismo entre el binomio legislación estatal-ejecución autonómica, legislación comunitaria-ejecución autonómica⁸²³.

Tras la reforma, se aprecia que frente a la tradicional tendencia expansiva de las competencias autonómicas, ahora existe una tendencia inversa que queda implícita, al declarar el Tribunal Constitucional que «no puede pretenderse que el previo ejercicio de una competencia autonómica en una materia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, impida o limite al Estado el pleno ejercicio de sus competencias, y que siempre debe ser la legislación autonómica la que debe acomodarse a la legislación básica estatal, sin que la variabilidad de las bases estatales, o la anticipación de la normativa autonómica invalide el carácter básico de la normativa aprobada con posterioridad por el Estado, ya que el ejercicio previo de una competencia autonómica no puede conllevar un efecto preclusivo que impida al Estado el ejercicio de sus propias competencias»⁸²⁴.

El ejercicio de competencias por las autoridades internas también debe llevarse a cabo de forma coordinada y en cooperación, como ocurre en el MUS⁸²⁵. Estos mecanismos de coordinación y cooperación ya se preveían antes de la reforma, sin embargo, no han sido eficaces, por la politización de las cajas de ahorros, y en relación con ello, porque las Comunidades Autónomas siempre han dado más importancia al ejercicio autónomo de sus competencias que a la finalidad de control perseguida con ellas. Los mecanismos de colaboración y cooperación a nivel interno deberían seguir un modelo semejante al expuesto en el MUS en las relaciones entre BCE y ANC, pues a pesar de sus defectos, en la mayoría de facultades de supervisión se aprecia la atribución de competencias al BCE que actúa como eje del MUS.

⁸²³ MORENO MOLINA A.M. (2000), ob. cit. “La Administración pública de los Estados miembros como Administración comunitaria...”, pág. 175.

⁸²⁴ Vid. Fundamento Jurídico 8 de la STC de 23 de octubre de 2013, en referencia a STC 146/2013, de 11 de julio, y SSTC 99/2012, de 8 de mayo, FJ 2, y 207/2012, de 14 de noviembre, FJ 5 (FJ 4), con cita de la doctrina recogida en la STC 69/2013, que 14 de marzo.

⁸²⁵ En este caso, así resulta del artículo 7.6 de la Ley de Autonomía del Banco de España, que se refiere a la coordinación entre Estado, actuando a través del Banco de España en estos casos, y Comunidades Autónomas en materia de supervisión.

En los epígrafes siguientes se analiza cómo deben quedar distribuidas las competencias a nivel interno en relación con la regulación de los órganos rectores y organización interna de las cajas de ahorros, y en relación con las funciones de disciplina, inspección y sanción sobre las mismas.

4.3.3.2. Las competencias en materia de regulación de órganos rectores y organización interna de las cajas de ahorros.

El reparto clásico de competencias sobre la regulación de órganos rectores y organización interna de las cajas de ahorros debe ser reformulada, no sólo teniendo en cuenta el marco de supervisión prudencial de la LOSSEC y de las correlativas normas del MUS en que se configura su contenido, sino más concretamente, a la luz de la Ley 26/2013.

Inicialmente, se había discutido incluso si la organización de las entidades de crédito y más concretamente de las cajas de ahorros debía regularse. En la STC 49/1988 se justificaba el control de la configuración de la estructura interna de la entidad, en el riesgo implícito en la misma actividad de crédito, por encima de la libertad de empresa⁸²⁶. Principalmente la cuestión discutida para determinar en qué medida se debían regular los órganos de las cajas de ahorros derivaba de las dudas sobre su naturaleza jurídica, especialmente en si su carácter benéfico desplazaba el carácter de empresa privada con ánimo de lucro⁸²⁷. Con independencia de su

⁸²⁶ En la STC 49/1988 se dio preferencia al riesgo de la actividad para justificar su control sobre los órganos de gobierno y organización interna, a pesar del voto particular contenido en la Sentencia, que consideraba debía darse más importancia a la libertad de empresa –artículo 38 CE- en relación con la regulación de esta materia. El Tribunal Constitucional tenía declarado que en relación con la banca privada (en general), “que en ella, la ley restringe la libertad de organización que tienen otras empresas al imponerles la forma de sociedad anónima y establecer otros requisitos constitutivos y de gestión, sin duda atendiendo a la ya señalada trascendencia económica y especiales riesgos de su gestión”. Vid. STC 49/1988, de 22 de marzo, en Fundamento Jurídico nº 12 *in fine*. Sin embargo, el voto particular fue emitido por DIEZ PICAZO, que disiente al considerar que “la libertad de empresa no es sólo la libertad de fundación de la empresa, sino también la titularidad del poder de auto-organización y de decisión”.

⁸²⁷ Desde el punto de vista normativo, inicialmente se negó que las cajas de ahorros tuvieran ánimo de lucro. En este sentido, el artículo 2 del Decreto de 14 de marzo de 1933, Gaceta del 17 de marzo, de las Cajas Generales de Ahorro Popular (anterior denominación de las cajas de ahorros), las definía como “instituciones de Patronato oficial o privado exentas de lucro mercantil”. Al respecto cabe aclarar que, a pesar de ello, la afirmación de que no tuvieran carácter empresarial alguno fue muy criticada vid. CARRASCO CANALS, C. (1991), ob. cit. “Competencias sobre Cajas de Ahorro...”, pág. 499.

naturaleza benéfica o empresarial, no es admisible, por ineficiente, que su carácter fundacional y benéfico llegue a justificar que las cajas de ahorros puedan comprometer la estabilidad de sus estados financieros en ejecución de su actividad. Esa tesis resulta superada si se sigue el criterio de considerarlas como figura asimilada a la fundación-empresa⁸²⁸. Consideramos acertada esta solución, pero la justificación de su control va mucho más allá, porque con independencia de su naturaleza jurídica, la actividad de crédito debe ser desarrollada de forma eficiente⁸²⁹, incluso con más motivo si considerásemos que los fines son benéficos, de interés general y de apoyo económico regional, y en su gestión existe participación pública.

En la actualidad la regulación de los órganos de gobierno es materia de supervisión prudencial en el MUS, y esto conlleva que algunas normas que antes no lo eran, sean consideradas básicas.

Así, la determinación del porcentaje de participación pública en la composición de los órganos de gobierno de las entidades se ha considerado una cuestión básica, por ser prudencial, al haberse demostrado que una excesiva politización incide negativamente en su gestión, y ha quedado reducida al 25% como máximo en el actual artículo 4.3.b) de la LCAFB. Anteriormente la participación pública más elevada⁸³⁰, se justificaba en la Exposición de Motivos de la LORCA de 1985 porque se consideraba que esa representación la ostentaban «en su calidad de representantes electos de los intereses de las colectividades locales». Así, la STC 49/88 concluyó que la participación

⁸²⁸ Vid. ROS PÉREZ, F. (1996), ob. cit. *Las cajas de ahorros en España...*, págs. 175 a 177. También en este sentido, CASARES MARCOS A. (2012), “La naturaleza jurídica de las cajas de ahorros españolas”, en REBOLLO PUIG, M., *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 591.

⁸²⁹ La eficiencia es un principio que debe informar el ejercicio de las actividades públicas, como resulta del artículo 3.1.j) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y no puede estar ausente ni siquiera en actividades consideradas de beneficencia si existe una participación pública en su gestión.

⁸³⁰ La LORCA, Ley 31/1985, atribuyó a la Corporación municipal en la que tenía abierta oficina, una participación en los órganos de gobierno de la misma de un 40 por 100, que conforme a su art. 2.3, en el caso de las cajas de ahorro fundadas por corporaciones locales, las entidades fundadoras acumulaban a su participación la atribuida a las Corporaciones municipales en cuyo término tenía abierta oficina la caja de ahorros. Ello suponía que cuando la entidad fundadora fuese una Diputación, un Ayuntamiento u otra entidad local, tenía no sólo la representación que le corresponde como fundadora (un 11 por 100), sino también toda la correspondiente a todas las demás corporaciones municipales con derecho a ella, es decir, el 40 por 100, desapareciendo las otras representaciones locales.

municipal junto con la de otros intereses⁸³¹ tenía carácter básico, pero no en cuanto a la fijación de porcentajes rígidos de representación para cada uno de esos grupos, sino sólo en su reconocimiento. Con la LCAFB, los porcentajes se consideran norma básica en su Disposición Final Décima, a pesar de la doctrina anterior del Tribunal Constitucional⁸³².

Por otro lado, la Ley 26/2013 en su DF 10ª considera básica toda la regulación referida al sistema de selección de los órganos de gobierno, salvo la previsión del artículo 8.1, de acuerdo con la cual los consejeros generales representantes de los empleados serán elegidos, en su caso, mediante sistema proporcional por los representantes legales de los mismos, norma que se considera no básica y que anteriormente se había considerado también no básica por el Tribunal Constitucional (anterior artículo 6 LORCA), en relación con el mecanismo de elección de los consejeros representantes del personal⁸³³. La STC 49/88 se refirió también al procedimiento de designación de los representantes de las Corporaciones municipales que la LORCA remitía a un desarrollo reglamentario, y que entendió referida a la potestad reglamentaria del Gobierno, haciendo un tratamiento pormenorizado del carácter básico o no básico de las normas reguladoras de la designación de dichos

⁸³¹ La STC 239/1992, de 17 de diciembre, trata la participación de diversos intereses sociales en las cajas, destacando que la misma Constitución reconoce con amplitud el principio participativo -así en los arts. 27.5, 27.7, 105 a), 129.2- “y nada hay que oponer a que se extienda a la organización de las Cajas”, como destacó la STC 49/1988 -fundamento jurídico 13-. La STC 239/1992, declaró que “el art. 9.2 CE puede servir de cobertura a la legislación básica del Estado y a la legislación de desarrollo de la Comunidad Autónoma, pero de este precepto constitucional no puede extraerse el derecho a una determinada y concreta participación de los ciudadanos o de los grupos sociales afectados en los órganos de las Cajas de Ahorro, puesto que esta participación, auspiciada por la Constitución, es de configuración legal (STC 163/1991)”. Será por tanto la Ley de Cajas de Ahorros (antes la Ley 31/1985, y ahora la Ley 26/2013), o en su caso, las normas reguladoras de esta materia en el ámbito de sus respectivas competencias que dicten las Comunidades Autónomas, las que deben dar cobertura al deber de los poderes públicos de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social que recoge el art. 9.2 C.E., como participación íntimamente ligada al pluralismo político consagrado como uno de los valores supremos de nuestro ordenamiento jurídico en el art. 1 CE.

⁸³² Tan solo no se considera básico en lo referente a la configuración de la asamblea general el artículo 4.2 LCAFB en relación con la fijación el número mínimo y máximo de miembros de la asamblea general.

⁸³³ En general, el Tribunal Constitucional, no consideraba básico anteriormente, el sistema de selección de los órganos de gobierno de la caja, recogido en el artículo 4 LORCA, por entender que caben otros sistemas posibles siempre que garanticen una verdadera representatividad y libertad del mecanismo de selección. La STC 48/1988, declaró que las Comunidades Autónomas competentes sobre ella podían prever la existencia de procedimientos de elección de los consejeros generales de la Cajas distintos de los fijados en la Ley estatal 31/1985, de Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros, por no tener el procedimiento en ella fijado carácter básico. Lo único que la legislación autonómica no podía hacer, según la STC 49/1988, era mediatizar o condicionar la elección directa de los representantes de las entidades fundadoras.

representantes. De un análisis comparativo de la actual LCAFB de 2013 y los criterios recogidos por la STC 49/1988 en relación con las normas de la LORCA y su desarrollo reglamentario, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- En primer lugar, el art. 3.2 de la LORCA (ahora contiene la misma regla el artículo 6 de la LCAFB), que prohibía a las Corporaciones locales fundadoras de las cajas nombrar representantes en otras cajas que actuaran total o parcialmente en su mismo ámbito, tenía como finalidad garantizar la independencia de las cajas, evitando posibles conflictos de intereses y eventuales concentraciones excesivas de poderes de determinadas Corporaciones locales, y, en este sentido, entendió justificado considerarlo como básico, y lo sigue siendo en la regulación actual.
- El Tribunal Constitucional consideró básico el párrafo segundo del artículo 6 LORCA, que contenía la prohibición de que los empleados de las cajas pudieran figurar como representantes de otros grupos, considerando que esta regla servía para garantizar la autonomía de cada uno de esos grupos y, en último término, la autenticidad de su representación, y aunque actualmente no existe previsión legal en relación con esta situación, deberíamos aplicar el mismo criterio⁸³⁴.
- La LCAFB de 2013 considera normas básicas todo lo referente a la designación de los miembros de los órganos de gobierno de las cajas, mientras que del sistema regulado en la Ley 31/1985, el TC consideró básico sólo el nombramiento directo de los representantes de las personas o entidades fundadoras (ex art. 5 LORCA).
- El art. 7.1 LORCA, fijaba los requisitos para ser consejeros y compromisarios, considerándose por el Tribunal Constitucional que ello no impedía que las

⁸³⁴ El inciso final del mismo precepto permitía, sin embargo, que tales empleados de las cajas “excepcionalmente” pudieran acceder a la asamblea general por el grupo de representantes de las Corporaciones locales. Debiendo interpretarse, como indicó el TC en STC 49/1988 que “excepcionalmente” significa “en casos excepcionales” y no supone, por tanto, una salvedad que permita, sin más, a los empleados ser designados consejeros por los Ayuntamientos. Así interpretado y teniendo en cuenta que la fijación de esos casos excepcionales correspondía a la legislación autonómica, se concluía que la regla general era norma básica y no recortaba indebidamente la competencia de las Comunidades, pues se limitaba a permitir que éstas, en ciertos casos concretos, pudieran autorizar esa representación, aunque, con carácter excepcional y sin que pueda quedar afectado al principio de la autonomía de cada grupo.

Comunidades Autónomas exigiesen requisitos adicionales, siempre que se respetase lo establecido en la legislación estatal, en la que se consideraba que se preveían unos requisitos generales para todo el Estado, de forma no exhaustiva, pues se trataba de condiciones que aseguraban la vinculación a las cajas de los consejeros generales y la eficacia de su labor, considerando este mínimo que fijaba la legislación del Estado, debía queda justificado, de ese modo, como básico. Del art. 7.2 LORCA, cuya norma contiene el segundo párrafo del artículo 9 LCAFB, sólo se consideró básico, con arreglo a una interpretación razonable del mismo, exigiéndose ahora que para ser elegido en representación del grupo de los impositores, los consejeros deban tener la condición de impositor de la caja de ahorros a que se refiera la designación, con una antigüedad superior a dos años en el momento de la elección, y un saldo medio en cuentas no inferior a lo que se determine en las normas que desarrollen la Ley⁸³⁵ –siendo la cuantía del movimiento o saldo medio una cuestión no básica, según la doctrina anterior del Tribunal Constitucional-.

- Respecto a los motivos de incapacidad o incompatibilidad de los consejeros generales (antes regulados en el art. 8 LORCA, ahora art. 10 LCAFB), se consideraron como básicos en cuanto a las causas de incapacidad o incompatibilidad reguladas, admitiendo el TC que las legislaciones autonómicas pudiesen añadir otros motivos o precisiones razonables o desarrollar con más detalles los establecidos en la Ley. El mismo criterio debemos aplicar en la actualidad.
- El artículo 9 LORCA fijaba en cuatro años la duración del cargo, y ahora el artículo 11 LCAFB establece un plazo mínimo de duración de 4 años y máximo de 6 con posibilidad de reelección. Consideró el TC que la fijación de un plazo

⁸³⁵ Originariamente lo era en el periodo semestral anterior al sorteo o elección, mientras que, actualmente, tras la reforma introducida por el *artículo 3 del RD-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros, para el caso de ser elegido en representación del grupo de los impositores*, los consejeros deberán tener la condición de impositor de la caja de ahorros a que se refiera la designación con una antigüedad superior a dos años en el momento de la elección –norma que se considera básica atendiendo a la doctrina constitucional-, y deberán tener un movimiento o un saldo medio en cuentas no inferior a lo que se determine en las normas que desarrollen la ley.

de duración del cargo es una norma plenamente congruente con el propósito democratizador de la ley, y su fijación debe considerarse norma básica.

- Respecto a la norma que impone que la renovación de los consejeros no sea total, respetando la proporcionalidad de las representaciones que componen la asamblea –ahora recogida en el artículo 11.2 LCAFB-, se consideró por el Tribunal Constitucional en referencia con su antecedente en la LORCA, que es básica en cuanto exige la renovación parcial, ya que tiende a garantizar la continuidad del órgano, evitando cambios radicales en su composición en aras de la eficacia, pero no lo es en que la renovación se tenga que hacer en determinada proporción, pues otras alternativas garantizarían también el fin que persigue la norma. Sin embargo, actualmente, la DF 10ª LCAFB considera que toda ella no es básica.
- El art. 10 LORCA que se refería a los supuestos de cese de los consejeros generales en sus cargos, se consideró básica por el Tribunal Constitucional, en cuanto que son de general aplicación, pudiendo las Comunidades Autónomas ampliar los referidos supuestos. Actualmente, a los supuestos de cese de los consejeros se refiere el artículo 12 LCAFB, por lo que el mismo carácter tiene este.
- El art. 12 LORCA –ahora su contenido se regula en el art. 14 LCAFB - que se refería a clases, número, convocatorias y otros extremos de las asambleas generales, se consideró básico, aunque con algunas matizaciones⁸³⁶. De acuerdo con la DF 10ª LCAFB, se considera básico lo mismo que indicó el Tribunal Constitucional en referencia con la norma anterior.
- El párrafo primero del apartado 2º del artículo 12 LORCA, actualmente recogido en el artículo 14 LCAFB, relativo al quórum de asistencia y de voto, se consideró también básico, por garantizar la eficacia del funcionamiento de

⁸³⁶ Puesto que no se reconoció carácter básico a su apartado primero, salvo los párrafos 1.º y 4.º: El párrafo primero, se refería a que las asambleas generales podrían ser ordinarias y extraordinarias, siendo esta una distinción generalmente admitida para las reuniones de esta clase de órganos y que puede considerarse como una regla necesaria y, por ello básica, de organización. El párrafo cuarto contenía normas de publicidad de las convocatorias, y se consideró también básico, porque tiende a garantizar que dicha convocatoria sea conocida no sólo dentro, sino también fuera de la Comunidad, ya que no todos los consejeros generales tienen que residir en su territorio, y el requisito de la residencia habitual en la región o zona de actividad de la caja, que impone la Ley para ser nombrado consejero ha de entenderse referido a cualquier lugar donde actúe, aunque sea fuera de la Comunidad en que tiene su sede social.

la Asamblea, al exigir un quórum reforzado para la adopción de ciertos acuerdos de especial importancia. No ha de entenderse, sin embargo, de conformidad con la doctrina constitucional, que su carácter básico suponga que la legislación autonómica no puede reforzar esos quórum siempre que respete los fijados en la norma indicada, que han de considerarse como mínimos y no como rígidamente obligatorios.

- Los artículos 13, 14, 17 y 20 LORCA, referentes al consejo de administración, no se consideraron básicos en cuanto a la fijación de un número máximo y mínimo de vocales del consejo de administración, ni en cuanto a lo relativo a la sustitución de los vocales que cesen durante su mandato y al nombramiento de vocales suplentes, puesto que este no es el único mecanismo de sustitución posible, considerándose que la norma no estaba justificada por razones de eficacia en la gestión, ni en representatividad de los órganos rectores. Sin embargo, la LCAFB considera básica toda la regulación del consejo de administración a excepción de artículo 15.2, referente al número de vocales del consejo de administración, que no podrá, de acuerdo con un principio de proporcionalidad en función de la dimensión económica de la caja de ahorros, ser inferior a cinco ni superior a quince.
- El art. 22.5 LORCA se refería a que el director general asistiría a las reuniones de la comisión de control cuando ésta lo requiriese, con voz pero sin voto, actualmente el artículo 24.3 LCAFB contiene la misma regla referida al presidente del consejo de administración. El Tribunal Constitucional justificó esta regla entendiendo que es un órgano representativo y no preferentemente técnico, lo que justifica su carencia de voto, ya que a él le afecta, sin duda, el control que ha de ejercer esta Comisión, y se consideró esta norma como básica. Actualmente se le da por la LCAFB en su DF 10ª el mismo carácter, y a todos los miembros del consejo de administración, tras la reforma, se les exigen los requisitos de honorabilidad, experiencia y buen gobierno de conformidad con la legislación aplicable a los miembros del órgano de administración y cargos equivalentes de los bancos con el carácter de norma básica, siéndole aplicable la regla contenida en la DF 10ª por al que las «obligaciones de gobierno corporativo y régimen especial y supletorio de

la normativa societaria se dicta de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.6.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia sobre legislación mercantil».

- El art. 24, apartado 1º, nº 4, 5 y 6, LORCA –actualmente, artículo 26 ap.1º, letras d, e, f LCAFB- en cuanto incluyen entre las funciones de la comisión de control diversos informes al supervisor, se consideró por el Tribunal Constitucional norma básica y sigue siéndolo de conformidad con la DF 10ª.
- Finalmente, el art. 27 LORCA que contenía normas sobre incompatibilidades del director general y del presidente del consejo de administración, se consideró básico por el Tribunal Constitucional, por ser una norma que contenía medidas encaminadas a garantizar su independencia y plena dedicación y, por tanto, la eficacia de su gestión, si bien han de ser consideradas como no excluyentes de otras que pudieran fijar con la misma finalidad las Comunidades Autónomas. Es decir tienen carácter mínimo. Lo mismo puede afirmarse de los actuales artículos 10 y 18 LCAFB.

4.3.3.3. Las competencias en materia de disciplina, inspección y sanción en relación con las cajas de ahorros.

Es en este ámbito donde se aprecia más claramente que en España ha existido, y sigue existiendo un sistema de supervisión dual, ya que las facultades de disciplina, inspección y sanción, tradicionalmente han estado repartidas entre Estado y Comunidades Autónomas. De entrada, cabe señalar que las competencias autonómicas, aunque existen, siempre han sido residuales⁸³⁷, y actualmente son mínimas como consecuencia de la ampliación del contenido de la supervisión prudencial en relación con la importancia de la solvencia de las entidades para la estabilidad sistémica⁸³⁸.

⁸³⁷ Algunos afirman incluso que las competencias autonómicas en materia de inspección son más teóricas que reales. En este sentido, IZQUIERDO CARRASCO, M. (2013), “La inspección del Banco de España sobre las entidades de crédito”, en MUÑOZ MACHADO S. y VEGA SERRANO J.M. (2013), *Derecho de la regulación económica, Vol. X, Sistema Bancario*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 477.

⁸³⁸ En relación con las medidas tendentes a mantener esa solvencia, GÓMEZ DE MIGUEL J.M. (2013), “La solvencia de los bancos”, en MUÑOZ MACHADO S. y VEGA SERRANO J.M. (2013), *Derecho de la regulación económica, Vol. X, Sistema Bancario*, Ed. Iustel, Madrid, págs. 523 a 597.

Tras la reforma, la LOSSEC, que contiene muy pocas referencias a las competencias autonómicas, en su Disposición Adicional Decimocuarta reconoce implícitamente la subsistencia de las competencias sancionadoras de las Comunidades Autónomas a pesar de la incorporación de España al MUS, en el que, también BCE y Banco de España ostentan competencias. Concretamente, la disposición se refiere a la colaboración entre Estado y Comunidades Autónomas en lo referente al ejercicio de esta potestad⁸³⁹.

Se prevé, además, en el apartado tercero de la DA 14ª LOSSEC que cuando las Comunidades Autónomas incoen expedientes por infracciones muy graves o graves a entidades de crédito, la propuesta de resolución deberá ser informada preceptivamente por el Banco de España. En la regulación contenida en la LDIEC también se preveía la intervención estatal en el expediente instruido y tramitado por una Comunidad Autónoma⁸⁴⁰, regla que fue objeto de recurso ante el Tribunal

⁸³⁹ En relación con las posibles fórmulas de colaboración que se han estado estudiando durante años, vid. POMED SÁNCHEZ, L.A. (1996), ob. cit. *Régimen jurídico del Banco...*, pág. 200 y ss. De este modo, cuando el Banco de España tenga conocimiento de hechos que puedan ser constitutivos de infracciones distintas de las establecidas en la normativa básica de ordenación y disciplina que pudieran estar tipificadas por las Comunidades Autónomas, dará traslado de los mismos a la Comunidad Autónoma correspondiente, y cuando una Comunidad Autónoma tenga conocimiento de hechos que, en virtud de lo previsto en la normativa básica de ordenación y disciplina, puedan ser constitutivos de infracciones que deban ser sancionadas por el Banco de España, deberá dar traslado de los mismos al Banco de España. El apartado cuarto de la misma DA 14ª LOSSEC atribuye al Banco de España el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las entidades de crédito cuando se trate de infracciones de normas de carácter monetario o que afecten a la solvencia de las entidades, en la medida en que el adecuado funcionamiento de la política monetaria dentro del Sistema europeo de bancos centrales o la estabilidad del sistema financiero aconseje el ejercicio uniforme de dicha potestad. Esta actividad coordinada y de colaboración, no sólo es acertada para salvaguardar la estabilidad del sistema, sino que también es plenamente constitucional, puesto que, como declaró el Tribunal Constitucional en relación con una norma similar contenida en la LDIEC, “El cauce de comunicación que establece es perfectamente conforme con la Constitución; forma un complemento indispensable del sistema, que reposa en unos principios de colaboración y de información recíproca entre las autoridades estatales y autonómicas que se encuentran implícitos en la esencia del Estado de las Autonomías”. Vid. STC 18/1982, Fundamento Jurídico 14, y STC 104/1988, Fundamento Jurídico 5.

⁸⁴⁰ Posteriormente el Tribunal Constitucional en ST 66/1998, de 18 de marzo, (conflicto positivo de competencia núm. 380/89) -Fundamento Jurídico 13- aplicó el mismo criterio en relación con el Reglamento de Planes y Fondos de pensiones (RD 1307/1988): “Más en concreto, hemos afirmado que el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de conductas que guardan una evidente relación con la estabilidad y garantía del sistema instaurado en la Ley es de clara competencia estatal en virtud del art. 149.1.11.a C.E., en cuanto las infracciones sancionadas inciden sobre aspectos básicos en la materia (STC 96/1996, fundamentos jurídicos 7 y 9). Se concluía, a partir de lo anterior, que el art. 26.3 de la Ley no invade competencias autonómicas «siempre que se entienda que la competencia en favor de los órganos del Estado que menciona para el ejercicio de la potestad sancionadora lo es respecto de las infracciones vinculadas a la solvencia y estabilidad del sistema instaurado (en la misma). Vale decir, de las infracciones que se refieren a aspectos esenciales y básicos del régimen jurídico de los planes y fondos de pensiones». Por tanto, a la misma conclusión ha de llegarse en relación con el art. 54 del

Constitucional por considerar que se estaban invadiendo las competencias autonómicas, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que esto no era así, siendo este un informe no vinculante⁸⁴¹. De este modo, podemos mantener igualmente que el informe del Banco de España previsto en el apartado tercero de la DA 14ª LOSSEC, será con la regulación actual, preceptivo no vinculante.

La DA 14ª tiene carácter general respecto de cualquier tipo de entidad de crédito. Tratándose de la supervisión de cajas de ahorros, antes de la reforma, la Disposición Adicional Primera de la LORCA contenía normas delimitadoras de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas estableciéndose particularmente para ellas, un sistema de supervisión dual con arreglo a la siguiente distribución competencial: al Estado correspondía, en todo el territorio nacional, las materias de su competencia, y en especial las relativas a la política monetaria, financiera y de solvencia y seguridad, y sobre las actividades de las cajas de ahorros, el control de las actividades realizadas fuera del ámbito territorial de la Comunidad donde tuvieran su domicilio social; mientras que a las Comunidades Autónomas, les correspondían las competencias en las materias que fuesen de su competencia, con extensión diversa según Comunidades, ya que esto dependía de lo previsto en los respectivos Estatutos de Autonomía. La STC 49/1988 interpretando esta norma consideró que no era posible entender que la atribución de competencia al Estado por razón de la materia abarcase todo lo relativo a las funciones de disciplina, inspección y sanción. Y, además, señaló el TC en ST 49/88 que tales funciones no tienen la misma extensión, y que las funciones de inspección y sanción comprenden actos de ejecución, mientras que la de disciplina, es una potestad normativa, de modo que por disciplina hay que entender, conforme a la legislación monetaria y crediticia general, la regulación de los deberes de las entidades de crédito impuestas por normas de

Reglamento –Se refiere al Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones; actividad en la que también actúan como intermediarios las entidades de crédito–”.

⁸⁴¹ Vid. STC 96/1996, de 30 de mayo, Fundamento Jurídico Décimo, en la que el TC fundamentaba la emisión del informe por el Banco de España en “la posición institucional que ocupa esta institución en la ordenación y disciplina del crédito, que, como ya hemos destacado en otras ocasiones (SSTC 135/1992, fundamento jurídico 3º, o 178/1992 fundamento jurídico 2.º), asume las funciones de información, disciplina e inspección sobre la totalidad del sistema financiero (art. 7 de la Ley de Autonomía del Banco de España, Ley 13/1994, de 1 junio. y antes el art. 3 de la Ley 30/1980, de 21 junio, entre otras”.

obligatorio cumplimiento⁸⁴². El problema que con ellas se plantea, en relación con el concepto de bases, no es el que suscitan los actos de ejecución, sino el de precisar el grado de detalle al que pueden descender. Y este grado es diferente en cada Comunidad Autónoma porque depende de las competencias asumidas y desarrolladas en cada una, que son diferentes, aunque todas ellas han asumido competencias en sus respectivos Estatutos.

Anteriormente se le había reconocido carácter básico a las normas contenidas en el Título III de la LDIEC sobre medidas de intervención y de sustitución, lo que implicaba que el Estado no solamente determinase las normas correspondientes, sino que tuviese atribuida la ejecución de esas medidas, en los supuestos en que una entidad de crédito se encontrase en una situación de excepcional gravedad que pusiese en peligro la efectividad de sus recursos propios, su estabilidad, liquidez o solvencia⁸⁴³. Actualmente, debe mantenerse el carácter básico y la competencia estatal de las medidas de intervención y sustitución de órganos a la vista de la regulación de la LOSSEC y de la Ley 11/2015, en relación con el FROB, pues el fundamento de tales normas, en ambos casos, se basa por completo en razones de estabilidad del sistema. En relación con el aspecto de la resolución bancaria el artículo 76.1 de la Ley 11/2015 considera que la competencia es estatal, y será ejercida, según los casos, por el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el FROB.

En relación con potestades de ordenación y disciplina, en la LDIEC se atribuía al Banco de España la competencia para autorizar la creación de entidades de crédito, así como el establecimiento en España de sucursales de entidades de crédito no autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea y la inscripción en los registros

⁸⁴² El Preámbulo de la LDIEC de 1988 declaró que las competencias en materia de ordenación y disciplina estaban compartidas entre Estado y Comunidades Autónomas, reconociendo a todas ellas la competencia material dentro del ámbito de sus competencias tanto en cuestiones de ordenación como de disciplina, y correspondiéndoles, en consecuencia, las competencias de inspección y sanción en las mismas materias en las que sean competentes, como competencias de carácter ejecutivo derivadas de ellas.

⁸⁴³ Las competencias de intervención de entidades de crédito eran estatales, correspondiendo al Banco de España las más importantes, antes de la reforma, y siguen siendo estatales en la actualidad, actuando ahora el Banco de España a través del FROB, como instrumento específico de intervención. Vid. CARRILLO DONAIRE, J.A. (2013), "Intervención de las entidades de crédito en crisis: alcance y límites", en MUÑOZ MACHADO S. y VEGA SERRANO J.M., *Derecho de la regulación económica, Vol. X, Sistema Bancario*, Ed. Iustel, Madrid, págs. 784-785.

correspondientes, así como la gestión de estos. Actualmente, la autorización de la creación de entidades de crédito es competencia del BCE, colaborando en el proceso el Banco de España, quien conserva en el MUS la competencia para el establecimiento en España de sucursales de entidades de crédito no autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea y la inscripción en los registros correspondientes, y su gestión. En relación con la inscripción en el Registro del Banco de España, el Tribunal Constitucional tenía declarado en base a la regulación de la LDIEC que no se invadía las competencias autonómicas porque dicha inscripción no surtía efectos constitutivos sobre las cajas de ahorro domiciliadas en las Comunidades Autónomas⁸⁴⁴. El TC consideró que realmente, lo importante a efectos de autorización, no era la inscripción, sino la autorización para ejercer la actividad⁸⁴⁵, que se configuraba, y también ahora, como un acto reglado sujeto a control jurisdiccional⁸⁴⁶, sin que el Banco de España pudiese denegar discrecionalmente la inscripción de las cajas de ahorro que hubieran sido autorizadas por la Comunidad Autónoma competente, e inscritas en sus propios registros⁸⁴⁷. Lo mismo puede entenderse en la actualidad, aunque de la LOSSEC y de la normativa europea resulte que el Banco de España ahora sólo emite una propuesta de autorización, que en su caso, concede el BCE.

Durante la vigencia de la LDIEC la inscripción en el registro estatal, sólo podría ser denegada si la caja de ahorros incumplía una norma estatal, cuya ejecución correspondiese a la Administración General del Estado, a tenor del orden constitucional de competencias, y la denegación, mediante resolución motivada, sería

⁸⁴⁴ La STC 235/1999, de 16 de diciembre, Fundamento Jurídico 5º, consideró que la atribución de autorización respecto a la inscripción previa al Banco de España venía relacionada con la especialidad del juicio técnico, y con la necesidad de que el mismo se unificase para todo el territorio, quedando en manos de un único órgano, como garantía de aplicar un único criterio. También, en STC 133/1997, fundamento jurídico 9º c), se declaró que “debe estimarse razonable y coherente que la realización de ese juicio técnico se encomiende a un órgano único, el Banco de España”. Todo ello no sólo porque redunde en beneficio del tratamiento uniforme de las entidades de crédito, sino también, y fundamentalmente, porque los bienes jurídicos protegidos son la estabilidad y liquidez del sistema financiero, intereses supracomunitarios, que trascienden la concreta situación analizada, y porque su atribución se efectúa a la institución que tiene la específica consideración de garante del sistema en su doble faceta de estructura-función (vid. STC 155/1996, fundamento jurídico 5º).

⁸⁴⁵ STC 42/1983, Fundamento Jurídico 6º y STC 48/1988, Fundamento Jurídico 10º in fine.

⁸⁴⁶ En relación con la interpretación como no discrecional de la expresión “podrá autorizar” utilizada en la normativa reguladora de la autorización de entidades de crédito en momentos anteriores (p.ej., en el Decreto 2246/1974), vid. FRANCH I SAGUER M. (1992), ob. cit., *Intervención administrativa sobre...*, pág. 231.

⁸⁴⁷ Vid. STC 96/1996, de 30 de mayo, Fundamento Jurídico 13.

susceptible siempre de control jurisdiccional⁸⁴⁸. Siendo esto lógico para cumplir las finalidades del común denominador normativo estatal con carácter básico, y para atender al cumplimiento de las funciones legítimamente asignadas al Banco de España⁸⁴⁹. Este mismo criterio debe actualmente ser reinterpretado, de modo que no se podrá denegar la inscripción en el registro estatal de una caja de ahorros o de una fundación bancaria si la misma cumple con los requerimientos exigidos para su autorización en la normativa estatal y europea.

Respecto a la potestad de inspección, el artículo 43 bis LDIEC, atribuyó al Banco de España el control e inspección de las entidades de crédito en toda su extensión⁸⁵⁰. Esta potestad se consideró como una función accesorias para el adecuado ejercicio de las funciones de supervisión del Banco de España, que le permitía recabar de las entidades y personas sujetas a su supervisión conforme a la normativa aplicable cuantas informaciones fuesen necesarias para comprobar el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina a que aquellas estén obligadas⁸⁵¹. Dado que las Comunidades Autónomas tenían antes y también ahora competencias de disciplina y ordenación, como potestad accesorias a estas, también podrán realizar su función inspectora, que se admite implícitamente en la DA 14ª de la LOSSEC. Además ahora, también el BCE en el ámbito del MUS tiene esta potestad en el ámbito de sus propias competencias.

La concreción de qué se consideraba básico en relación con la potestad sancionadora, como materia de competencia estatal sobre la base de la regulación de la LDIEC, se realizó en algunas Sentencias del Tribunal Constitucional. A pesar del cambio en la legislación estatal y de qué es básico por ser prudencial, algunas de las conclusiones a las que se llegó sobre la normativa anterior aún son aplicables:

⁸⁴⁸ Vid. STC 1/1982, Fundamento Jurídico 7º 100/1991, Fundamento Jurídico 5º d), y 149/1991, Fundamento Jurídico 7 A) y C)].

⁸⁴⁹ Vid. STC 1/1982, de 28 de enero, Fundamento Jurídico 10, y STC 48/1988, Fundamento Jurídico 10.

⁸⁵⁰ En este sentido, la STC 235/1999, de 16 de diciembre, Fundamento Jurídico 11º, recogiendo lo ya declarado en STC 134/1992 -fundamento jurídico 3º-, señaló que la atribución al Banco de España de “la potestad de controlar o verificar si se cumplen las disposiciones vigentes es inherente a la competencia de ejecución, y que no vulnera el bloque de la constitucionalidad si su ejercicio no impide o dificulta el ejercicio de sus competencias por parte del otro poder público”.

⁸⁵¹ En relación con su concepto y extensión de las facultades de inspección del Banco de España, vid. CHINCHILLA MARÍN, C. (2015), “El régimen de supervisión, inspección y sanción del Banco de España en la Ley 10/2014”, en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 102. Mayo-Agosto 2015, págs. 52 y ss.

- En los artículos 42 y ss de la LDIEC de 1988 se regulaba como básico todo el régimen sancionador de las entidades de crédito con excepción de algunas normas sobre procedimiento sancionador, pudiéndose concluir que realmente las competencias autonómicas en materia sancionadora eran, en gran medida, más bien ejecutivas o de carácter formal, correspondiendo al Estado las competencias materiales. Las Comunidades Autónomas podían también ejercer ciertas competencias materiales pero de carácter residual, pudiendo llevar a cabo un desarrollo normativo que respetase el mínimo establecido por el Estado en lo referente al régimen sancionador y, particularmente, en la tipificación básica de infracciones. La STC 96/96 se refirió a la posibilidad de que las Comunidades Autónomas con competencia legislativa en materia de cajas de ahorro y cooperativas de crédito pudieran tipificar infracciones distintas a las enumeradas en la Ley estatal, considerándolo como garantía del cumplimiento de sus propias normas de ordenación y disciplina, y matizando el carácter básico de las normas estatales⁸⁵².
- Además también se atribuyó al Banco de España y al Ministerio de Economía el ejercicio de la potestad sancionadora en caso de infracciones de normas de carácter monetario o que afectasen a la solvencia de las entidades, en la medida en que el adecuado funcionamiento del sistema monetario o crediticio nacional aconseja el ejercicio uniforme de dicha potestad. Actualmente esta competencia debemos entenderla únicamente referida al Banco de España, ya que el Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y disolución de entidades de crédito, atribuyó al mismo por completo y con efecto desde el 1 de enero de 2013, las competencias

⁸⁵² Vid. STC 96/1996 de 30 de mayo, Fundamento Jurídico Quinto, del que resulta que el reconocimiento de las competencias básicas del Estado "...no afecta a la cuestión, bien distinta, de si las Comunidades Autónomas han de atenerse a la literalidad de las infracciones y sanciones establecidas por la misma Ley 26/1988, o pueden modularlas, según las exigencias de prudencia u oportunidad presentes en los distintos ámbitos territoriales, y con respeto a las exigencias de reserva de ley y de claridad normativa que emana del art. 25 C.E., y de la prohibición de divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio que se asienta en el art. 149.1.1 C.E. (SSTC 87/1985, fundamento jurídico 8º y 48/1988, fundamento jurídico 25)''

sancionadoras estatales⁸⁵³, en cumplimiento de los compromisos de España asumidos en el MoU⁸⁵⁴.

- Recogía la LDIEC que correspondía al Banco de España o al Ministerio de Economía, el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las cajas de ahorro y las cooperativas de crédito cuando se tratase de una serie de infracciones⁸⁵⁵, que actualmente se contemplan de forma similar en la LOSSEC, entendiendo que son funciones en ejecución de competencias básicas, únicamente atribuidas al Banco de España, tras la reforma del art. 18 LDIEC por el Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y disolución de entidades de crédito, y que guardan relación directa con la

⁸⁵³ Antes de esta reforma, el artículo 18 LDIEC atribuía al Ministro de Economía la competencia para imponer las sanciones muy graves, salvo la de revocación, que correspondía al Consejo de Ministros, y la competencia para imponer las graves y leves y para instruir todos los expedientes al Banco de España.

⁸⁵⁴ Así, el Memorando de entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera de 20 de julio de 2012, en su apartado 24, comprometió a España a realizar un refuerzo de la independencia operativa del Banco de España, de modo que antes del 31 de diciembre de 2012, las autoridades españolas debían transferir las competencias sancionadoras del Ministerio de Economía al Banco de España.

⁸⁵⁵ Las comprendidas en las letras b), c) y f) del artículo 4 y en las letras g), h), i), k), y p), del artículo 5 de la LDIEC, ahora derogados. Estas infracciones eran las siguientes: Mantener durante un período de seis meses unos recursos propios inferiores a los exigidos para obtener la autorización correspondiente al tipo de entidad de crédito de que se trate; Incurrir las entidades de crédito o el grupo consolidado o el conglomerado financiero a que pertenezcan en insuficiente cobertura de los requerimientos de recursos propios mínimos, cuando estos se sitúen por debajo del porcentaje mínimo establecido reglamentariamente en función de los riesgos asumidos, o por debajo del mismo porcentaje de los requerimientos de recursos propios exigidos, en su caso, por el Banco de España a una entidad determinada, permaneciendo en tal situación por un periodo de, al menos, seis meses; Carecer de la contabilidad exigida legalmente o llevarla con irregularidades esenciales que impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad o del grupo consolidable o conglomerado financiero al que pertenezcan. También se consideró de competencia estatal el ejercicio de la potestad sancionadora cuando se tratase de infracciones graves en los casos de incurrir las entidades de crédito o el grupo consolidable o conglomerado financiero a que pertenecieran en insuficiente cobertura de los requerimientos de recursos propios mínimos establecidos reglamentariamente o exigidos, en su caso, por el Banco de España a una entidad determinada, permaneciendo en tal situación por un periodo de, al menos, seis meses, siempre que ello no constituyera infracción muy grave. La realización de actos u operaciones sin autorización cuando ésta sea preceptiva, sin observar las condiciones básicas de la misma, u obtenerla por medio de declaraciones falsas o por otro medio irregular, salvo en los casos en que ello suponga la comisión de una infracción muy grave; El incumplimiento de las normas vigentes en materia de límites de riesgos o de cualquiera otras que impongan limitaciones cuantitativas, absolutas o relativas, al volumen de determinadas operaciones activas o pasivas; La dotación insuficiente de las reservas obligatorias y de las previsiones para insolvencias; El incumplimiento de las normas vigentes sobre contabilización de operaciones y sobre formulación de balances, cuentas de pérdidas y ganancias y estados financieros de obligatoria comunicación al órgano administrativo competente. Finalmente, se consideraba también competencia de los órganos estatales el ejercicio de la potestad sancionadora, cuando se tratase de infracciones leves análogas, el otorgamiento de las autorizaciones o la recepción de las comunicaciones, datos o documentos incumbe a los mismos o la resistencia, negativa u obstrucción se produzca en relación con su actividad inspectora.

solvencia de las entidades de crédito y la estabilidad del sistema financiero⁸⁵⁶.

- Durante la vigencia de la LDIEC se consideró de competencia estatal sancionar las infracciones que consistiesen en el incumplimiento de los límites de riesgos u otras limitaciones cuantitativas al volumen de determinadas operaciones, y en el incumplimiento de las normas sobre información contable y financiera de obligatoria comunicación al órgano administrativo competente, declarándose por el Tribunal Constitucional que esta última competencia no debía entenderse «en sentido absoluto y excluyente, dado el carácter instrumental que posee la potestad sancionadora respecto del ejercicio de las competencias sustantivas»⁸⁵⁷. En consecuencia, cuando el órgano administrativo competente para recibir las cuentas y otras informaciones fuera el de una Comunidad Autónoma, sería ésta la competente para sancionar las infracciones graves tipificadas por el art. 5 p) LDIEC, en garantía de sus potestades de obtener información. Actualmente, dado que las informaciones que deben comunicarse a los reguladores vienen exigidas por la LOSSEC al recoger la normativa prudencial europea, en la práctica ocurrirá que la competencia será de los órganos estatales, o incluso del BCE. Pero nada impide que las regulaciones autonómicas pudieran exigir informaciones complementarias, siendo competentes las autoridades autonómicas para requerirlas, inspeccionarlas y, en su caso, sancionarlas.

⁸⁵⁶ Precisamente, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de tratar el carácter básico de algunas de ellas, y reafirmar la competencia estatal en la materia haciendo referencia a este fundamento: “El ejercicio de la potestad sancionadora, respecto a estas conductas guarda una evidente relación con la solvencia de las entidades de crédito y la estabilidad del sistema financiero. Por ello, es clara la competencia estatal resultante del art. 149.1.11 C.E., tal y como hemos sostenido en la Sentencia sobre recursos propios de las entidades de depósito (STC 178/1992), en consonancia con la jurisprudencia iniciada en la Sentencia sobre el coeficiente de fondos públicos (STC 1/1982, fundamento jurídico 1º)”, y además, concretamente, en cuanto a la infracción de carecer de la contabilidad exigida legalmente o llevarla con irregularidades esenciales que impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad, dice la STC 96/1996 que “no es menos evidente, (...) que el supuesto tipificado guarda asimismo, estricta relación con la transparencia y con la solvencia de las entidades crediticias”, y añade en general con todas las infracciones que se consideran de competencia estatal que “Es inequívoca la relación directa que existe entre las infracciones previstas y la preservación de la solvencia de las entidades de crédito. El incumplimiento de los coeficientes de caja, del coeficiente de recursos propios, o de las reservas obligatorias, y previsiones para insolvencias (...) no requieren de mayor comentario.

⁸⁵⁷ En este sentido, las SSTC 48/1988, fundamento jurídico 25, y 227/1988, fundamento jurídico 29.

- Los supuestos nuevos, introducidos por la reforma de las cajas de ahorros, no siguen las tendencias generales de concentración de la supervisión en el Banco de España, puesto que en materia de elaboración y remisión al regulador del informe de gobierno corporativo y anual sobre remuneraciones de los miembros del consejo de administración y de la comisión de control, de acuerdo con en el artículo 31 LCAFB, está previsto que concurren varios reguladores nacionales. Si se trata de cajas de ahorros que emiten valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores se prevé su remisión para su publicación a la CNMV, la cual, a su vez, remitirá copia de los mismos al Banco de España y a las Comunidades Autónomas. Si no emiten valores, los informes se deben comunicar al Banco de España para que sea éste el que remita copia a la CNMV y a las Comunidades Autónomas⁸⁵⁸.

5. LA NUEVA FIGURA DE LAS FUNDACIONES BANCARIAS: ESPECIALIDADES DE SU SUPERVISIÓN.

El modelo de ejercicio indirecto de la actividad de crédito cristaliza con la LCAFB, en la figura de las fundaciones bancarias. Realmente, las fundaciones bancarias se introducen en nuestro ordenamiento jurídico como solución a un crecimiento desproporcionado de las cajas de ahorros y para separar la actividad financiera y la obra social⁸⁵⁹, a la vista de los muchos conflictos de intereses que derivan de una naturaleza jurídica híbrida, por no ser posible conciliar en la práctica una gestión prudente, que es exigible en cualquier empresa, con la inversión en obra social manteniendo un talante benéfico, para favorecer las economías regionales.

De este modo, se controla la prudencia de la gestión de la parte empresarial bancaria, como corresponde respecto de cualquier entidad de crédito, y se supervisa la gestión fundacional de inversión en obra social, de acuerdo con las reglas generales de las fundaciones, añadiendo un régimen especial de control además, por su carácter especial como fundación bancaria, y por la posibilidad de que esa participación en la

⁸⁵⁸ APARICIO GONZÁLEZ, M. (2014), ob. cit. “Aspectos novedosos en el régimen de los órganos de gobierno...”, pág. 2.

⁸⁵⁹ MARTÍNEZ MUÑOZ M. y CHAPA SÁNCHEZ DEL CORRAL A. (2014), “Una aproximación a la regulación de las fundaciones bancarias”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 92 mayo-agosto 2014, Ed. ICADE, pág. 149.

titularidad de una entidad de crédito pueda incidir en la estabilidad financiera general⁸⁶⁰.

La figura de las fundaciones bancarias sigue implicando el ejercicio indirecto de la actividad de crédito, pues con esta construcción jurídica, la fundación bancaria tan sólo es la propietaria de todo o parte de la entidad de crédito, siendo esta última la que desarrolla la actividad y es supervisada de acuerdo con las reglas generales. Además, se impone otro régimen de supervisión para la fundación bancaria en cuanto a entidad titular de la de crédito. Para someter a este régimen de supervisión especial previsto para las fundaciones bancarias, las anteriores cajas de ahorros se han tenido que transformar cuando su volumen de negocio o su ámbito de actuación son superiores a los límites legales, tal y como se ha expuesto anteriormente en este trabajo.

La necesidad de reforzar la supervisión de las antiguas cajas de ahorros se había evidenciado en los últimos años, y el mayor peligro que entrañaban las mismas y que tenía relación con la dificultad de supervisar los riesgos asumidos por ellas, estaba estrechamente vinculado con el desarrollo del volumen de negocio y extensión territorial de algunas cajas de ahorros producido en las últimas décadas, que las alejó de su configuración tradicional⁸⁶¹, y este hecho, unido a los defectos de supervisión de las mismas, que derivaban, entre otros motivos, de los criterios de supervisión de solvencia introducidos por Basilea I y II⁸⁶², y de su politización, unida a los conflictos

⁸⁶⁰ APARICIO GONZÁLEZ, M. (2014), ob. cit. "Aspectos novedosos en el régimen de los órganos de gobierno...", pág. 2.

⁸⁶¹ Tanto se alejaron de su modelo originario que la reforma introducida por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero y la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, las aproximó a otras entidades de crédito al extender la aplicación a las mismas de normas sobre transparencia y buen gobierno corporativo. Vid. SANCHEZ-CALERO GUILARTE J. (2003), "El buen gobierno de las cajas de ahorros", en *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 607 (23 de noviembre de 2003), págs. 1 a 6.

⁸⁶² Vid. Informe de Larosièrre (The High-level Group on financial supervision in the UE Report), de 25 de febrero de 2009, p. 20. Recuperado el 3 de diciembre de 2013 en http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf

En el mismo se hace referencia a las reglas vigentes del Comité de Basilea y su incidencia en la crisis, como defectos de supervisión: "*Culpar a las reglas de Basilea II de ser per se una de las principales causas de la crisis es un grave error. Estas reglas entraron en vigor en la UE el 1 de enero de 2008, mientras que en los Estados Unidos sólo serán de aplicación a partir del 1 de abril de 2010. Además, el marco de Basilea II incluye numerosas mejoras que habrían contribuido a aliviar en cierta medida la crisis en caso de haberse aplicado íntegramente a lo largo de los años precedentes.(...) No obstante, el marco de Basilea II debe ser objeto de una revisión fundamental. Dicho marco subestimó una serie de riesgos importantes, al tiempo que sobrestimó la capacidad de los bancos para gestionar dichos riesgos*".

competenciales entre supervisores estatal y autonómicos en España, conllevaba que fuese difícil detectar y afrontar los riesgos sistémicos engendrados por las cajas, dando lugar a problemas estructurales de estabilidad financiera. Estos problemas de supervisión, lo fueron en gran medida del control de los riesgos asumidos, puesto que, las funciones supervisoras son esencialmente funciones de control de riesgos⁸⁶³, de ahí que tan solo se permita que sigan operando como cajas de ahorros a aquellas entidades que teniendo esta forma jurídica no superen los límites anteriormente referidos, y en consecuencia, no alcancen importancia sistémica.

La LCAFB pretende devolver al concepto de caja de ahorros su sentido tradicional como entidad de crédito más cercana, y de reducido tamaño, y resolver algunos problemas de supervisión de las entidades que conserven esta forma jurídica⁸⁶⁴, pero imponiendo una supervisión estatal cuando su desarrollo las haya convertido en entidades de importancia sistémica, que ya no se identifiquen estrictamente con las necesidades de un territorio reducido –local o autonómico-⁸⁶⁵, imponiendo en estos casos su transformación en fundación bancaria.

En esencia y simplificando, la LCAFB hace un tratamiento diferenciado del régimen jurídico de ambos tipos de entidades, de modo que, de acuerdo con la Ley, de un lado, las cajas de ahorro son aquellas entidades de crédito de carácter fundacional y finalidad benéfico-social, en las que, por su reducido tamaño, no cabe apreciar riesgo sistémico, y de otro lado, las fundaciones bancarias, coinciden con las anteriores en tener una forma jurídica fundacional, y por consiguiente, finalidad benéfico-social y en compartir la actividad de crédito desde el punto de vista operativo, aunque en este caso, ejerciéndolo de forma indirecta, como se desprende de su propio régimen

⁸⁶³ JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., (2013), ob. cit. *Regulación bancaria y...*, pág. 70.

⁸⁶⁴ La corrección de los defectos de supervisión de las cajas venía impuesta desde la UE, pues fue uno de los compromisos asumidos en el MoU por España, y desde Europa se han considerado cumplidos con esta reforma. El Dictamen del Banco Central Europeo de 23 de julio de 2013 sobre el Proyecto de Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (CON/2013/52) valoró positivamente la reforma en relación con el cumplimiento de los objetivos del MoU, indicando: “El BCE apoya la iniciativa del Gobierno de España de volver al modelo tradicional de cajas de ahorros mediante la limitación del alcance territorial y el tamaño de las cajas de ahorros, puesto que también contribuye a evitar que puedan hacerse sistémicas. En este sentido, el BCE observa que la actividad financiera de las cajas se orientará principalmente a la captación de fondos reembolsables y a la prestación de servicios bancarios y de inversión para clientes minoristas y pequeñas y medianas empresas. (...) El BCE apoya también el nuevo concepto jurídico de la “fundación bancaria” y su regulación por el proyecto de ley, que es congruente con las condiciones para el sector financiero acordadas en 2012 con los socios europeos y con el FMI”.

⁸⁶⁵ ARIÑO ORTIZ, G., (2010), ob. cit. *La necesaria reforma de las Cajas...*, pág. 105.

jurídico. Precisamente por concurrir en estas últimas, la característica de mayor tamaño de importancia sistémica, se les imponen mayores controles de solvencia y en general, de supervisión que va en aumento de forma escalonada, según su grado de participación en la entidad que realiza la actividad de crédito.

5.1. Mecanismos de control de los órganos de gobierno de la fundación bancaria y de su gestión.

5.1.1. Organización interna y límites a la distribución de beneficios.

De entrada, los artículos 37 y ss de la LCAFB, recogen para las fundaciones bancarias, una organización interna semejante al de las fundaciones ordinarias, ya que se regulan como órganos de estas: el patronato, las comisiones delegadas de éste que prevean los estatutos, el director general (que sería el equivalente al presidente de las fundaciones ordinarias) y los demás órganos delegados o apoderados del patronato que, en su caso, prevean sus estatutos de acuerdo con la normativa general de fundaciones. Pero su configuración está muy influida por la regulación de los órganos de las cajas de ahorros ya que el artículo 39 hace referencia a la composición en relación con los grupos representativos de intereses en la entidad⁸⁶⁶.

Al patronato, que será el máximo órgano de gobierno y representación de las fundaciones bancarias, y a quien le incumbe cumplir los fines fundacionales y administrar el patrimonio de la fundación, se le atribuye la responsabilidad del control, supervisión e informe al Banco de España. No se establece regla alguna en relación con el cumplimiento de las obligaciones que deben corresponderle respecto al Protectorado, y que se refieren a la supervisión de la legalidad de su constitución y funcionamiento, pero teniendo en cuenta que el artículo 35 de la Ley de fundaciones de 2002 le otorga competencias en este sentido, y que esta se aplica como supletoria

⁸⁶⁶ Estos son, las personas o entidades fundadoras, entidades representativas de intereses colectivos en el ámbito de actuación de la fundación bancaria o de reconocido arraigo en el mismo, personas privadas, físicas o jurídicas, que hayan aportado de manera significativa recursos a la fundación bancaria o, en su caso, a la caja de ahorros de procedencia, personas independientes de reconocido prestigio profesional en las materias relacionadas con el cumplimiento de los fines sociales de la fundación bancaria, o en los sectores, distintos del financiero, en los que la fundación bancaria tenga inversiones relevantes, personas que posean conocimientos y experiencia específicos en materia financiera.

de la regulación de las fundaciones bancarias, el patronato queda también bajo la supervisión del Protectorado en ciertos aspectos⁸⁶⁷.

En relación con los mecanismos de control de los órganos de gobierno y, al igual que ocurre en las cajas de ahorros, para evitar la politización de la entidad se limita el número de patronos representantes de Administraciones públicas y entidades y corporaciones de Derecho público, de modo que los mismos no podrán superar el 25 % del total. Esta limitación aunque aproxima su régimen jurídico al de las cajas de ahorros –la misma regla contiene para estas el artículo 4.3.b) de la LCAFB-, a simple vista, parece tener menos razón de ser en relación con las fundaciones bancarias que en las cajas de ahorros, si se tiene en cuenta que la fundación bancaria ya no realiza directamente la actividad de crédito, y que realmente, en gran medida, se va a limitar a decidir cómo aplicar los beneficios obtenidos por su participación en la entidad bancaria que realiza esa actividad de crédito, destinándolos a su función social⁸⁶⁸, aunque profundizando veremos, que sigue siendo necesaria, porque subsiste la posibilidad de cierta comunicación patrimonial.

El reparto de beneficios también se limita de acuerdo con la Disposición Adicional Décima, en relación con artículo 44.3, ambos de la LCAFB. De modo que, los acuerdos de reparto de dividendos en las entidades de crédito controladas por una fundación bancaria⁸⁶⁹ deberán adoptarse por mayoría de, al menos, dos tercios del

⁸⁶⁷ El artículo 35 de la Ley 50/2002, de Fundaciones regula las funciones del Protectorado que se centran en la observancia de la legalidad en la constitución y funcionamiento de la entidad (en términos similares a lo previsto en el artículo 45 LCAFB), y entre ellas, por afectar a su labor de supervisión de la actividad de la fundación bancaria, debemos destacar: velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, de acuerdo con la voluntad del fundador, y teniendo en cuenta la consecución del interés general (artículo 35.1.e), verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales, pudiendo solicitar del Patronato la información que a tal efecto resulte necesaria, previo informe pericial realizado en las condiciones que reglamentariamente se determine (artículo 35.1.e), ejercitar, en su caso, la acción de responsabilidad por los actos relacionados en el artículo 17.2 y para instar el cese de los patronos en el supuesto contemplado en el párrafo d) del artículo 18.2 e impugnar los actos y acuerdos del Patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la fundación (artículo 35.2). Además cuando el Protectorado encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de una fundación, dictará resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, comunicando esta circunstancia a la fundación interesada (artículo 35.3).

⁸⁶⁸ La actividad de crédito se ha separado de la filantrópica que era la actividad que inspiraba inicialmente la actividad de las cajas de ahorros originarias, siguiendo el modelo italiano. En relación con la reforma italiana, cuyo modelo estamos siguiendo, vid. CORSETTI G., (2013), *Fondazioni bancarie: origine, evoluzione e il loro intervento nella cassa depositi e prestiti*, Ed. Università' Di Pisa.

⁸⁶⁹ A estos efectos, serán entidades de crédito controladas por una fundación bancaria, aquellas en las que la participación de la fundación sea igual o superior al 50 % o que les permita el control de la misma en los términos del artículo 42 del Código de Comercio.

capital presente o representado en la junta, pudiendo, además, los estatutos de la entidad participada, elevar esta mayoría, estando además sujetos para adoptar estos acuerdos, al quórum de constitución reforzado establecido en el artículo 194 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio).

En el plano individual de los miembros de los órganos de gobierno, es destacable la exigencia de ciertas condiciones que garanticen la profesionalidad de los mismos, mediante la exigencia de unas condiciones de honorabilidad y experiencia específicos en materia financiera que recogen la normativa europea ya introducida por el RD 256/2013, de 12 de abril, mediante el cual se incorporaron al Derecho español los criterios de la Autoridad Bancaria Europea de 22 de noviembre de 2012 en relación con los miembros de los órganos de gobierno de las entidades de crédito, y que, como novedad, introducía también la posibilidad de evaluación de la idoneidad del consejo de administración en conjunto, a la vista de los perfiles individuales diferentes de sus miembros⁸⁷⁰.

También en el plano individual y con la finalidad de garantizar la independencia de los patronos se recogen límites a la duración del cargo de patrono, no pudiendo estos ser nombrado más de dos mandatos consecutivos con el límite de 12 años –ex artículo 40.5, segundo párrafo, de la LCAFB-, recogiendo así, las recomendaciones contenidas en el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, en su recomendación nº 29⁸⁷¹.

5.1.2. *Régimen de incompatibilidades y autocontratación: principales defectos.*

Uno de los mecanismos de control de los órganos de gobierno que reviste mayor importancia, al igual que ocurre en las cajas de ahorros, es la observancia del

⁸⁷⁰ IRACULIS ARREGUI N., (2014), “Gobierno de la fundación bancaria: La importancia relativa de la figura del patrono con conocimientos y experiencia específicos en materia financiera” en COLINO MEDIAVILLA y GONZÁLEZ VÁZQUEZ (Dirs.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada, pág. 96.

⁸⁷¹ VIÑUELAS SANZ M., (2014), “Aproximación al buen gobierno de las fundaciones bancarias. Proyecto de Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, de 7 de junio de 2013”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra), pág. 425.

régimen de incompatibilidades previsto por la ley⁸⁷². Hay que destacar que, a la vista de los problemas puestos de manifiesto en los últimos años en relación con la gestión de las cajas de ahorros, el establecimiento de un régimen de incompatibilidades reforzado tanto para estas como para las fundaciones bancarias, a cuyo régimen jurídico se aproximan, trata de conseguir mayor transparencia en su gestión.

El régimen de incompatibilidades previsto por la LCAFB, aunque a simple vista es muy completo, tiene algunas fisuras que pueden frustrar esa finalidad de transparencia respecto a las fundaciones bancarias.

De entrada, se establece en el artículo 40.3 en sus párrafos segundo y tercero LCAFB, que «la condición de patrono será incompatible con el desempeño de cargos equivalentes en la entidad bancaria de la cual la fundación bancaria sea accionista, o en otras entidades controladas por el grupo bancario. Los estatutos podrán determinar otros requisitos e incompatibilidades aplicables a los patronos, así como normas que regulen los posibles conflictos de interés». Esta incompatibilidad, que alcanza por remisión del artículo 42.1 LCAFB al Director General, pone fin a las prácticas consistentes en replicar la estructura de cargos en los órganos de gobierno de las anteriores cajas de ahorros y sus bancos participados, rompiendo toda conexión entre fundación bancaria y entidad de crédito participada, y se incluye como garantía de independencia de los órganos de gobierno de estas últimas, siendo favorable a la despolitización de estas últimas. Todo ello a pesar de que se ha valorado positivamente, también ha recibido críticas porque, con ello, se limitan considerablemente los derechos de las fundaciones en cuanto socios de control o referencia de las entidades de crédito en las que participan⁸⁷³, y que se desaprovecha el efecto de la transferencia de la honorabilidad comercial y profesional y la experiencia exigida a los patronos⁸⁷⁴.

Las fisuras, sin embargo, se aprecian en otro lugar. Para entenderlo, debemos partir de la idea de que la especialidad de los órganos de gobierno en las fundaciones

⁸⁷² Se ha considerado riguroso y justificado en la finalidad de mejorar los sistemas de gobernanza de las fundaciones bancarias y de sus bancos participados. En este sentido, HIDALGO ROMERO R. y PIAZZA DOBARGANES L., (2013), "Consideraciones preliminares sobre la regulación proyectada de las fundaciones bancarias", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11/2013 (marzo), Ed. Aranzadi (Navarra), pág. 6.

⁸⁷³ HIDALGO ROMERO R. y PIAZZA DOBARGANES L., (2013), ob.cit. "Consideraciones preliminares sobre...", pág. 7.

⁸⁷⁴ IRACULIS ARREGUI N., (2014) ob. cit. "Gobierno de la fundación bancaria...", pág. 99.

bancarias respecto a las fundaciones ordinarias radica en las particulares obligaciones que se imponen a los mismos respecto a sus supervisores, tanto Banco de España como Protectorado, y algunas particularidades de su régimen jurídico que pretenden dotarles de más transparencia en pro de un mejorado gobierno corporativo.

De modo similar a lo que ocurre con las cajas de ahorros, a los patronos se les exige que reúnan los requisitos de honorabilidad comercial y profesional, y que posean conocimientos y experiencia específicos para el ejercicio de sus funciones –que cuando se trate de patronos expertos en materia financiera deberán tener la misma experiencia y conocimientos que se exige en el artículo 17.2 de la LCAFB para los vocales del consejo de administración de las cajas de ahorros, ex artículo 40 de la misma ley-, y del mismo modo que ocurre con los miembros del consejo de administración de las cajas de ahorros, afectarán a los patronos las mismas causas de incompatibilidad, por la remisión al artículo 3, apartados 3 y 4 de la LCAFB, por lo que la condición de patrono será incompatible con el de todo cargo político electo y con cualquier cargo ejecutivo en partido político, asociación empresarial o sindicato, y con el de alto cargo de la Administración General del Estado, la Administración de las Comunidades Autónomas y la Administración local, así como de las entidades del sector público, de derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquellas. Tal incompatibilidad se extenderá durante los dos años siguientes a la fecha del cese de los altos cargos –tratándose de limitar, en cierto modo, el “efecto de puerta giratoria” (*revolving door*)-. Igualmente, la condición de patrono será incompatible con el desempeño de cargos equivalentes en la entidad bancaria de la cual la fundación bancaria sea accionista, o en otras entidades controladas por el grupo bancario. Se prevé también que en los estatutos se incluyan otros requisitos e incompatibilidades que traten de evitar los posibles conflictos de interés.

Sin embargo, comparando el régimen de incompatibilidades establecido para las cajas de ahorros y el establecido para las fundaciones bancarias, resulta llamativo el hecho de que no se regule expresamente para estas últimas, ni por remisión a su régimen jurídico, la limitación de autocontratación que regula la LCAFB en sede de cajas de ahorros en el artículo 12.2, al prescribir que quienes hayan ostentado la condición de miembro de un órgano de gobierno de la caja no podrán celebrar con la misma contratos de obras, suministros, servicios o trabajos retribuidos durante un

período mínimo de dos años, contados a partir del cese en el correspondiente órgano de gobierno, sin perjuicio de la continuidad de la relación laboral en el caso de los empleados de la caja designados por el grupo de representación al que se refiere el artículo 8 LCAFB.

Esta prohibición de autocontratación, que se prevé para los miembros de los órganos de las cajas de ahorros (concretamente aplicable a quienes sean consejero general, vocal del consejo de administración, y sus cónyuges, ascendientes o descendientes y las sociedades en que dichas personas participen mayoritariamente en el capital, y vocales de la comisión de control –ex 10.b), 18.a), 25 LCAFB-), no se prevé para las fundaciones bancarias, y resulta llamativo porque por aplicación de la misma LCAFB, de las cajas existentes cuando la misma entró en vigor el 28 de diciembre de 2013, tan sólo dos cajas de ahorros han podido continuar operando como tales (Caixa Ontinyent y Caixa Pollença), debiendo todas las demás transformarse en fundaciones bancarias en un plazo de entre seis meses o un año (según el supuesto de transformación en el que se encontraban)⁸⁷⁵. De este modo, parece que carece de sentido establecer una regla más reforzada de incompatibilidad para que sea aplicable tan sólo a un porcentaje mínimo de entidades (las cajas de ahorros que subsistirán a la reforma), y que además, no entrañan peligro sistémico alguno, si no se establece la misma regla para las fundaciones bancarias, ya que, de no contemplarse respecto de las mismas como medida que incrementa la transparencia y el buen gobierno⁸⁷⁶, los objetivos de la reforma no quedan enteramente cumplidos.

⁸⁷⁵ El plazo de seis meses (o lo que reste de esos seis meses desde la concurrencia de la causa de transformación) es el plazo que recoge la LCAFB con carácter genérico, y por tanto aplicable a los siguientes supuestos de transformación: La transformación de cajas de ahorro que a la entrada en vigor de la Ley 26/2013 no reúnan los requisitos para continuar operando como tales (DA2ª); La transformación de cajas de ahorro que a la entrada en vigor de la Ley 26/2013 estuvieran incursas en causa legal de transformación en fundación de carácter especial (DT1ª.2, primer párrafo); La transformación de cajas de ahorro que a la entrada en vigor de la Ley 26/2013 estuvieran incursas en causa legal de transformación en fundación de carácter especial durante un periodo superior a seis meses (DT1ª.2, segundo párrafo); La transformación de cajas de ahorro que a la entrada en vigor de la Ley 26/2013 hubieran iniciado su transformación en fundación de carácter especial sin estar incursas en causa legal (DT1ª.3); La transformación de fundaciones ordinarias que superen el límite legal de participación en una entidad de crédito (Artículo 36); La transformación de fundaciones de carácter especial (DA1ª). Mientras que el plazo de un año, se contempla tan sólo para las cajas de ahorros que estuvieran ejerciendo la actividad de crédito de forma indirecta, en el número 1 de la Disposición Transitoria Primera LCAFB, que aunque tan sólo sea un supuesto, es el caso en que se encuentran más número de entidades obligadas a transformarse.

⁸⁷⁶ El incremento de la transparencia como objetivo de un mejorado gobierno corporativo no sólo es uno de los compromisos del MoU, sino que, además, es uno de los principios que garantizan el buen

Así, frente a la prohibición absoluta de autocontratación que se aplica a las cajas de ahorros, tratándose de fundaciones bancarias, ante la inexistencia de normas en la LCAFB, y por la remisión que recoge el artículo 33 de la LCAFB, deberíamos acudir al artículo 28 de la Ley 50/2002 de Fundaciones que permite que los patronos puedan contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado (esta regla es también aplicable a las personas físicas que actúen en representación de los patronos). No existe limitación en la Ley de Fundaciones de 2002, en relación con la contratación entre la fundación y los cónyuges, ascendientes o descendientes de los patronos, y las sociedades en que dichas personas participen mayoritariamente en el capital. El anteproyecto de Ley de Fundaciones de 2014, aunque sigue admitiendo la autocontratación con autorización del Protectorado, por un lado, introduce un mínimo cuantitativo en la operación para exigir esta autorización –no es necesaria si no excede de 18.000€ o del 25% del volumen anual de ingresos totales de la fundación-, y por otro lado, establece una regulación más extensa que sí alcanza a las personas vinculadas con el patrono⁸⁷⁷. Esta norma, es totalmente criticable porque está eliminando todavía más el control público

gobierno corporativo. Esta idea referida a los Bancos Centrales se recoge en el Informe “El buen gobierno en los bancos centrales” elaborado por el Central Bank Governance Group en mayo de 2009, publicado por el Banco de Pagos Internacionales, pp.140 y ss. En cuanto a la importancia del principio en relación con los operadores del mercado financiero, vid. OLCENSE SANTONJA, A. (2005), *Teoría y práctica del buen gobierno corporativo*, pp. 30, 62, 75, 106 y 131. Madrid, Ed. Marcial Pons.

⁸⁷⁷ El artículo 26 del anteproyecto de la Ley de Fundaciones de 2014, prevé que la fundación pueda celebrar contratos con personas o entidades vinculadas siendo necesaria la autorización del Protectorado cuando la cuantía correspondiente al conjunto de las contrataciones que anualmente se pretendan llevar a cabo con todas las personas o entidades vinculadas sea superior a 18.000 euros o al 25 por 100 del volumen anual de ingresos totales de la fundación que figuren en las cuentas anuales aprobadas correspondientes al último ejercicio que tengan obligación de presentar, o respecto de los ingresos previstos en el primer plan de actuación si la solicitud de autorización se realiza en el primer ejercicio de funcionamiento de la fundación. Está previsto que se deniegue la autorización cuando: a) El negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio el cargo de patrono; b) El valor de la contraprestación que deba recibir la fundación no resulte equilibrado; c) La cuantía correspondiente al conjunto de las contrataciones que se pretendan llevar a cabo en cada ejercicio sea superior al 50 por 100 del volumen anual de ingresos de la fundación que figuren en las cuentas correspondientes al último ejercicio que tengan obligación de presentar, o respecto de los ingresos previstos en el primer plan de actuación si la solicitud de autorización se realiza en el primer ejercicio de funcionamiento de la fundación; d) En otros supuestos que se concreten reglamentariamente. Y en esta norma se considerarán personas o entidades vinculadas a la fundación: a) Los fundadores, los patronos, los miembros de otros órganos de la fundación, las personas físicas que actúen como representantes de los patronos y las personas que actúen en virtud de poderes otorgados por el Patronato; b) Los cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad y las personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, de las personas citadas en la letra a); c) Las entidades en las que las personas citadas en las letras a) y b) sean socios o partícipes o formen parte de sus órganos de gobierno; d) Las entidades en las que la fundación sea socio o partícipe.

del Protectorado, sobre posibles negocios entre los patronos y demás personas vinculadas, y la fundación.

Si lo que la LCAFB pretende es limitar la posibilidad de que los patronos realicen operaciones que pongan en peligro la buena gestión de la entidad garantizada con mayor transparencia de su actividad, que ya no es la actividad de crédito pero está vinculada con la misma en cuanto a la aplicación del resultado, y es aquí donde cobra importancia la función social y de beneficio regional de estas entidades, ciertamente debería haberse acogido una regla similar a la de la incompatibilidad de los artículos 10, 18 y 25, pero respecto de los patronos, o en su caso remitirse la regulación de las incompatibilidades de los órganos de las fundaciones bancarias al artículo 28 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, pero exigiendo autorización del Banco de España, al igual que se prevé en casos excepcionales para las cajas de ahorros. Esto debería introducirse en la LCAFB que es su normativa específica, pero también replantearse en la tramitación del anteproyecto de la Ley de Fundaciones de 2014 respecto a todas las fundaciones.

Respecto a las fundaciones bancarias se indica en el artículo 40.3 de la LCAFB que los estatutos pueden determinar otros requisitos e incompatibilidades aplicables a los patronos, así como normas que regulen los posibles conflictos de interés, por lo que, realmente, se está dejando en manos de las propias entidades la decisión de regular o no una limitación o prohibición de la autocontratación de los patronos con la fundación bancaria, prohibición que debería recoger la ley, y que además debería imponerse, no sólo respecto de la fundación bancaria, sino también respecto de la entidad de crédito de la que esta es, en todo o parte, propietaria. Al no recogerse esta prohibición de forma expresa no se garantiza debidamente la inexistencia de conflictos de intereses y transparencia en la gestión de estas entidades respecto a las vinculaciones contractuales que puedan existir entre los patronos (y personas vinculadas a ellos) y la entidad de crédito o la propia fundación bancaria, y por no establecerse como prohibición impuesta en el marco de la regulación del buen gobierno corporativo de la entidad, su incumplimiento no puede ser objeto de supervisión directa por el Banco de España.

Teniendo en cuenta que, de momento, y mientras no se establezcan otras reglas sobre prohibición de autocontratación en los estatutos, en la actualidad la

fundación bancaria puede contratar con los patronos si cuenta con la autorización del protectorado, y que este, puede ser la correspondiente Comunidad Autónoma (cuando su ámbito quede circunscrito a su ámbito territorial), no queda en este caso eliminado el posible conflicto de intereses cuando el patrono o patronos con los que se autocontrata son representantes en la entidad, de los intereses de la misma Comunidad Autónoma, subsistiendo de esta forma, en parte, el problema de la politización de estas entidades que anteriormente fueron cajas.

Para obtener un mayor grado de transparencia en el funcionamiento tanto de cajas de ahorros, como de fundaciones bancarias, la regla del régimen de incompatibilidades debería ser el mismo en estas últimas que en las primeras, a pesar de que en las fundaciones bancarias queda limitada la incidencia de los intereses políticos en la gestión de la entidad de crédito, por ser indirecta y haberse limitado el porcentaje de representación de sus intereses.

Al respecto, cobra aquí importancia la discusión sobre la naturaleza pública o privada de estas entidades, discusión que se puede heredar, en parte, de las cajas de ahorros, y que a la vista de la Ley de Fundaciones se resuelve por el origen de la dotación inicial, con la consecuencia de poder aplicar las normas generales sobre transparencia de las Administraciones públicas a las fundaciones bancarias que se calificasen como públicas, pudiendo predicar este carácter de aquellas que están mayoritariamente participadas por el FROB, mientras lo estén (Bankia -63,64% participada por el FROB a través de BFA tenedora de acciones⁸⁷⁸-, y BMN –participado por el FROB en un 65,03%⁸⁷⁹-). Todo ello aunque se les atribuya un carácter de fundación-empresa al ser propietarias de una entidad mercantil.

5.1.3. Obligaciones de buen gobierno corporativo y el control de la influencia de la fundación bancaria sobre la gestión sana y prudente de la entidad de crédito participada.

Con la finalidad de dotar de mayor transparencia la gestión de estas entidades, e igual que ocurre con las cajas de ahorros, el artículo 48 de la LCAFB prevé que las fundaciones bancarias hagan público, con carácter anual, un informe de gobierno

⁸⁷⁸ Según el Informe Financiero Anual 2015 de Bankia, consultado el 23 de diciembre de 2016 en <https://www.cnmv.es/AUDITA/2015/16163.pdf>

⁸⁷⁹ Según el Informe Financiero Anual 2015 de Banco Mare Nostrum, consultado el 23 de diciembre de 2016 en <https://www.cnmv.es/AUDITA/2015/16169.pdf>

corporativo, cuyo contenido, estructura y requisitos de publicación se ajustarán a lo que disponga el Ministro de Economía y Competitividad.

La competencia para determinar el contenido y pormenores del informe de gobierno corporativo se atribuye a este órgano por ser este a quien se le adjudica la condición de protectorado de las fundaciones bancarias de competencia estatal en el artículo 45.2 LCAFB, siendo esta norma criticable por dos motivos: por un lado, el mismo artículo 45.2 LCAFB da cabida a que en relación con las fundaciones de ámbito territorial regional sean los gobiernos autonómicos quienes ejerzan el Protectorado, por lo que, no dar cabida a las mismas en relación con esta función podría dar lugar a conflictos competenciales; por otro lado, en realidad debería ser el Banco de España quien asumiera esta función, pues, aunque las fundaciones bancarias no son entidades de crédito, sí están bajo su supervisión de conformidad con el artículo 46 LCAFB, las cuestiones relativas al control de un buen gobierno corporativo se consideran ahora por la regulación bancaria como una faceta de la supervisión prudencial, y es el Banco de España quien controla el cumplimiento de las obligaciones de buen gobierno corporativo respecto de las entidades de crédito, según lo previsto en la LOSSEC.

El informe de gobierno corporativo tendrá el contenido mínimo previsto por la LCAFB, debiendo incluir, además de otras menciones⁸⁸⁰, conforme al artículo 48.e) y f), informe de las operaciones vinculadas, es decir, explicación de las operaciones llevadas a cabo con la entidad bancaria y otras entidades vinculadas, y de la política de conflictos de interés. Siendo esta una de las razones por las que la fijación de su contenido debería ser determinado por el Banco de España, y no por el mismo órgano que ejerce de Protectorado y que es competente para autorizar las operaciones que impliquen una autocontratación.

La competencia para conocer del informe anual de gobierno corporativo y, en su caso, la instrucción de expedientes y adopción de sanciones por infracciones en

⁸⁸⁰ El contenido mínimo del Informe previsto por la norma incluye los órganos de gobierno: estructura, composición y funcionamiento; y determinación de la política de nombramientos, la política de inversión en la entidad bancaria con descripción del ejercicio de los derechos correspondientes a la participación accionarial durante el ejercicio, mención de otras inversiones: actuaciones y política seguida, política de remuneraciones y mecanismos para evitar que la política de remuneraciones implique la asunción de riesgos excesivos; y remuneraciones percibidas por el patronato, individual o colectivamente, y la dirección general, en su caso, operaciones vinculadas: explicación de las operaciones llevadas a cabo con la entidad bancaria y otras entidades vinculadas, política de conflictos de interés, e informe de la actividad de la obra social desarrollada.

relación con el mismo, corresponde al Protectorado (Gobierno autonómico o Ministerio de Economía, según los casos), de acuerdo con el artículo 48.1 segundo párrafo, y 48.4 LCAFB. Por los mismos motivos expuestos antes, también en este caso debería ser competente el Banco de España y no el Protectorado.

Se consideran infracciones en relación con el informe anual de gobierno corporativo, tanto la falta de elaboración o de publicación, como la existencia en dicho informe de omisiones o datos falsos o engañosos, conforme al artículo 48.3 LCAFB.

A la vista de todo lo indicado, se aprecia la insuficiencia del control sobre el contenido del informe corporativo en el sistema actual, pues el contenido del mismo si se ha elaborado y publicado conforme a la ley, y no contiene omisiones o datos falsos o engañosos, no será controlado por el Protectorado. Es decir, si a la vista de su contenido lo que se apreciase fuesen, ya no defectos de contenido, sino operaciones que revelaran una mala gestión apreciándose operaciones que implicaran excesiva asunción de riesgos, o remuneraciones u operaciones vinculadas en las que se apreciase conflicto de intereses, el Protectorado no ostenta competencias para actuar al respecto, puesto que no se le otorgan en el artículo 48 LCAFB en relación con el informe de gobierno corporativo, y además, acudiendo a su régimen de supervisión general, el artículo 45 LCAFB tan sólo considera al Protectorado el carácter de supervisor de la legalidad en la constitución y funcionamiento de la entidad. A ello hay que añadir que el cumplimiento de las obligaciones de buen gobierno corporativo se considera una de las facetas incluidas en la supervisión prudencial de entidades de crédito, y aunque las fundaciones bancarias no lo son, el hecho de no haberse limitado la posibilidad de autocontratación de la fundación con los patronos, y de reconocerse competencia en el Banco de España para supervisar otras facetas de las mismas, podría garantizar mayor transparencia en su gestión.

En la situación actual, si bien en cierto modo, la obligación de informar al supervisor de las operaciones vinculadas y de la política de conflictos de interés puede servir para controlar supuestos de autocontratación no prohibidos, no se considerará que su realización sea contraria a la legalidad, porque la Ley no los prohíbe si se han realizado con la autorización del Protectorado. En relación con esto consideramos un defecto importante de supervisión que no se haya previsto el control directo de dichas operaciones por parte del Banco de España.

Precisamente, el artículo 46 LCAFB considera al Banco de España autoridad responsable de la supervisión de la entidad de crédito participada y, en particular, esa supervisión se debe realizar, valorando la influencia de la fundación bancaria sobre la gestión sana y prudente de la citada entidad, de conformidad con los criterios establecidos en el régimen de participaciones significativas previsto actualmente en la LOSSEC. En consecuencia, lo que sí podría hacer el Banco de España son inspecciones y comprobaciones sobre la incidencia de la fundación bancaria en la entidad de crédito, pero esta función de control sólo se ejerce a requerimiento de información e iniciativa por parte del Banco de España.

Por este motivo, es difícil que sin indicios de que se pone en peligro la gestión sana y prudente de la entidad de crédito se efectúen comprobaciones, salvo que dentro del Banco de España se elabore un protocolo rutinario de comprobación de todas las fundaciones bancarias. Se debería haber previsto que del informe anual de gobierno corporativo se trasladara una copia al Banco de España, para que este pudiera ejercitar las funciones de supervisión que se prevén en el artículo 46 LCAFB, respecto de la influencia de la fundación bancaria sobre la gestión sana y prudente de la citada entidad, pues si en el Banco de España no se recibe copia de dicho informe, este no puede tener conocimiento de si es necesario efectuar mayores actuaciones de inspección o de comprobación, quedando incompletos, con la regulación actual los mecanismos previstos para que el Banco de España ejercite sus funciones.

Este es un defecto grave de supervisión de las fundaciones bancarias en la regulación actual, porque además, el organismo que recibe ese informe de gobierno corporativo, que es el Protectorado, a la vista de las facultades que le confiere el artículo 48 LCAFB, no es competente para actuar, fuera de los casos de incumplimiento en la elaboración del informe o de defectos u omisiones de contenido, pero no tiene competencias para apreciar si existe riesgo en la gestión de la entidad de crédito por la actuación de la fundación bancaria respecto de la misma, por lo que deberían también haberse establecido mecanismos para que, vía coordinación y colaboración administrativa, se debiera trasladar el informe al Banco de España por el Protectorado.

En cierto modo, lo que debería replantearse en la regulación actual es, como superar el defecto de que el Banco de España, como principal autoridad nacional competente de supervisión de la actividad de crédito, no tenga posibilidad de

controlar en todos los casos el contenido del informe anual de gobierno corporativo de la fundación bancaria, para salvaguardar la gestión sana y prudente de la entidad de crédito de la que aquella es propietaria, en todo o en parte, que es el ámbito en el que tiene competencias.

5.2. Mecanismos de control de la participación de la fundación bancaria en la actividad de la entidad de crédito.

La LCAFB establece un sistema de control escalonado, de modo que cuando la fundación bancaria tiene mayor participación en la entidad de crédito, mayores son las exigencias de control impuestas. La noción “participación significativa” tiene en relación con la regulación de las fundaciones bancarias unas consecuencias mucho más severas que cuando estamos hablando del mismo concepto referido a otro tipo de entidades de crédito⁸⁸¹. En general, el ejercicio de la labor de control de la participación significativa en otras entidades de crédito, por parte del Banco de España, debe ajustarse a lo previsto por la LOSSEC, que en sus artículos 16 y ss. las regula, entendiéndose por participaciones significativas las que alcancen, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad. También tendrá la consideración de participación significativa aquella que, sin llegar al porcentaje señalado, permita ejercer una influencia notable en la entidad.

Dicho régimen también es aplicable a las fundaciones bancarias en aquello que no esté regulado de otro modo en su ley especial, LCAFB, pues para las mismas se prevén medidas de control reforzadas en lo referente a la supervisión del protocolo de gestión y del plan financiero. Con carácter general, a todas las fundaciones bancarias les será de aplicación la normativa sobre gobierno corporativo, pero sólo a aquellas fundaciones que tengan una participación igual o superior al 30 por ciento en una entidad de crédito o de control en la misma se le impondrá la obligación de elaborar un protocolo de gestión en el que se expongan los elementos esenciales que definan las relaciones entre ambas entidades, así como un plan financiero en el que se defina

⁸⁸¹ MUÑOZ PÉREZ, A.F. (2014), “Fundaciones: Algunas consideraciones sobre el régimen de las participaciones significativas en las entidades de crédito” en COLINO MEDIIVILLA y GONZÁLEZ VÁZQUEZ (Dir.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada, pág. 103.

cómo podrá hacer frente la fundación bancaria a posibles necesidades de financiación que en una situación de dificultad pudiera requerir una entidad de crédito.

El mayor grado de intervención de la normativa estatal, finalmente, recaerá sobre aquellas fundaciones bancarias que ostenten posiciones de control sobre una entidad de crédito o tengan una participación superior al 50 por ciento. Estas entidades deberán elaborar un plan de diversificación de sus inversiones para minimizar riesgos y constituir un fondo de reserva para garantizar la financiación de la entidad de crédito participada en situación de dificultad, no podrán ejercer los derechos políticos cuando participen en incrementos de capital en determinadas condiciones, y la distribución de dividendos deberá ser aprobada por un quórum y una mayoría reforzados de la asamblea general⁸⁸².

El mismo Preámbulo de la LCAFB, parece que entiende que esta reforma es un paso más en la reestructuración del sistema financiero, pues recoge expresamente que con este conjunto de medidas se promueve que las fundaciones bancarias reduzcan paulatinamente su participación en las entidades de crédito, a fin de que el proceso de reestructuración del sistema financiero español concluya en un período de tiempo razonable. De este modo, las fuertes medidas de supervisión y control de estas entidades pretenden tener un carácter desincentivador de la existencia de tales entidades, o al menos, pretenden evitar que las mismas mantengan altas cuotas de participación en la entidad que realiza la actividad de crédito⁸⁸³.

⁸⁸² Preámbulo Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas y fundaciones bancarias, nº III.

⁸⁸³ El Dictamen del Banco Central Europeo de 23 de julio de 2013 sobre el Proyecto de Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (CON/2013/52) es consciente de que se persigue esta finalidad, y que la misma da cumplimiento a uno de los objetivos del MoU, al recoger: “Hará falta tiempo para confirmar, en particular, en qué medida es eficaz la estructura de incentivos establecida en el proyecto de ley para lograr a la larga la desinversión por las fundaciones bancarias de sus participaciones de control en entidades de crédito, o, en el caso de las fundaciones bancarias que opten por mantener sus participaciones de control, en qué medida son eficaces las obligaciones reforzadas que establece el proyecto de ley para velar por la gestión sana y prudente por las fundaciones bancarias de las entidades de crédito bajo su control”. Sobre el carácter desincentivador del crecimiento de estas entidades y de las cajas de ahorros, también, MARTINEZ ROSADO J. (2014), “El carácter sistémico de las cajas de ahorros tras la Ley 26/2013”, en COLINO MEDIAVILLA y GONZÁLEZ VÁZQUEZ (Dirs.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada, pág. 72.

5.2.1. *El protocolo de gestión de la participación financiera.*

El protocolo de gestión se concibe como un instrumento de mejora de la gobernanza de las antiguas cajas de ahorro y de la gestión indirecta de entidades de crédito en las que aquellas hubieran filializado la mayoría de su negocio⁸⁸⁴.

Las fundaciones bancarias que posean una participación igual o superior al 30 por ciento del capital en una entidad de crédito o que les permita el control de la misma por aplicar cualquiera de los criterios del artículo 42 del Código de Comercio, para considerar que existe un grupo de sociedades, elaborarán, de forma individual o conjunta, un protocolo de gestión de la participación financiera que regulará los criterios básicos de carácter estratégico que rigen la gestión, por parte de la fundación bancaria, de su participación en la entidad de crédito participada, las relaciones entre el patronato de la fundación bancaria y los órganos de gobierno de la entidad de crédito participada, refiriendo, entre otros, los criterios que rigen la elección de consejeros, quienes deberán respetar los principios de honorabilidad y profesionalidad, y los criterios generales para la realización de operaciones entre la fundación bancaria y la entidad participada, y los mecanismos previstos para evitar posibles conflictos de interés.

El protocolo de gestión se centra en las cuestiones, criterios y operaciones que pueden implicar comunicación patrimonial entre la fundación bancaria y la entidad participada. Si bien, de entrada, deben incluirse los criterios para efectuar inversiones y para distribuir dividendos, la misma ley contempla que se incluyan los criterios generales para la realización de operaciones entre la fundación bancaria y la entidad participada, siendo consciente el legislador de la posible existencia de conflictos de interés en la práctica, ya que prevé la inclusión de los mecanismos para controlarlos.

El protocolo de gestión será elaborado por el patronato de la fundación bancaria, en el plazo de dos meses desde su constitución, y remitido al Banco de España para su aprobación en el plazo de un mes, quien lo valorará en el marco de sus

⁸⁸⁴ ALCOCER J. y CALLES PRIETO A., (2013), "Cajas de Ahorros y Fundaciones bancarias: anteproyecto de Ley", en *PwC: Unidad de Regulación Financiera*, Ed. PwC, Madrid, pág. 5. Además, se ha definido como "una suerte de convenio entre el accionista (la fundación bancaria) y la sociedad participada (banco) con respecto al uso que se va a hacer de esa participación, a la presencia en los órganos de gobierno del banco de los representantes de la fundación y, finalmente, a los criterios de posibles operaciones entre ambos". En este sentido, SÁNCHEZ-CALERO, J., (2013), "Anteproyecto de Ley de cajas de ahorro y fundaciones bancarias", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 129, pág. 325.

competencias como autoridad responsable de la supervisión de la entidad de crédito participada y, en particular, valorando la influencia de la fundación bancaria en la gestión sana y prudente de la citada entidad, además, el Banco de España revisará, al menos anualmente, el contenido del protocolo de gestión.

La supervisión del Banco de España respecto al contenido del protocolo de gestión es genérica, porque sólo se efectúa supervisión de las reglas o protocolo por el que se rigen las operaciones entre la fundación bancaria y la entidad participada, no se controlan operaciones concretas, teniendo en cuenta que dentro del régimen jurídico de la fundación bancaria no se ha eliminado la posibilidad de autocontratación entre patronos y fundación, si el control entre las operaciones de transmisiones patrimoniales entre fundación bancaria y entidad de crédito no se realiza sobre operaciones concretas, existe cierto peligro en que la gestión de la participación en la entidad de crédito por parte de la fundación bancaria no sea todo lo sana y prudente que se pretende con la LCAFB, pues falta más transparencia para controlar esas posibles transmisiones patrimoniales, de modo que la tarea supervisora del Banco de España, en estos casos, distará mucho de ser efectiva en la práctica por falta de competencias, ya que sólo ostenta competencias de control en abstracto que podrían materializarse en casos concretos si se promueve una inspección u otra actuación de comprobación –por aplicación del artículo 46 LCAFB-, pero que, con la configuración actual de sus competencias de control del protocolo de actuación –ex artículo 43 LCAFB-, no se puede afirmar que tenga unas competencias supervisoras directas que garanticen el control de estas operaciones en el marco de supervisión de la gestión sana y prudente de la entidad de crédito.

Al margen de esto, la limitación impuesta en la Disposición Adicional Décima sobre el reparto de dividendos, se considera una medida complementaria que favorece la buena gestión, pues no pueden repartirse beneficios en detrimento de la solvencia de la entidad de crédito⁸⁸⁵.

5.2.2. *El Plan financiero.*

Las fundaciones bancarias que posean una participación igual o superior al 30 por ciento del capital en una entidad de crédito o que les permita el control de la

⁸⁸⁵ MUÑOZ PÉREZ, A.F. (2014), ob. cit. “Fundaciones: Algunas consideraciones...”, pág. 109.

misma por aplicar cualquiera de los criterios del artículo 42 del Código de Comercio, tendrán que presentar anualmente al Banco de España para su aprobación un plan financiero en el que determinen la manera en que harán frente a las posibles necesidades de capital en que pudiera incurrir la entidad en la que participan y los criterios básicos de su estrategia de inversión en entidades financieras. El plan financiero inicial deberá ser presentado al Banco de España en el plazo máximo de tres meses desde la constitución de la fundación bancaria. El Banco de España valorará el plan financiero en el marco de sus competencias como autoridad responsable de la supervisión de la entidad de crédito participada y, en particular, atendiendo a la posible influencia de la fundación bancaria sobre la gestión sana y prudente de la citada entidad, de conformidad con los criterios establecidos en el régimen de participaciones significativas previsto actualmente en la LOSSEC.

En el caso de fundaciones bancarias que posean una participación igual o superior al 50 por ciento en una entidad de crédito o que les permita el control de la misma en los términos del artículo 42 del Código de Comercio, el plan financiero deberá ir acompañado adicionalmente de un plan de diversificación de inversiones y de gestión de riesgos, y la dotación de un fondo de reserva para hacer frente a posibles necesidades de recursos propios de la entidad de crédito participada que no puedan ser cubiertas con otros recursos y que, a juicio del Banco de España, pudieran poner en peligro el cumplimiento de sus obligaciones en materia de solvencia.

El plan financiero de la fundación bancaria no requerirá la constitución del fondo de reserva siempre que se incorpore al plan de diversificación un programa de desinversión que incluya de manera detallada las medidas a implementar por la fundación para reducir su participación en la entidad de crédito por debajo del nivel señalado, en un plazo máximo de cinco años. En esta última regla es donde se aprecia la finalidad desincentivadora de la LCAFB⁸⁸⁶, pues las altas participaciones en entidades de crédito se fiscalizan más, exigiéndose la dotación de un fondo de reserva para

⁸⁸⁶ Del mismo Preámbulo de la LCAFB se deduce que esta reforma es un paso más en la reestructuración del sistema financiero, pues recoge expresamente la idea de que con este conjunto de medidas se promueve que las fundaciones bancarias reduzcan paulatinamente su participación en las entidades de crédito, a fin de que el proceso de reestructuración del sistema financiero español concluya en un período de tiempo razonable. De este modo, las fuertes medidas de supervisión y control de estas entidades pretenden tener un carácter desincentivador de la existencia de tales entidades, o al menos, de que las mismas mantengan altas cuotas de participación en la entidad que realiza la actividad de crédito.

garantizar el cumplimiento de obligaciones en materia de solvencia, y no se exige la formación de este fondo si se programa la desinversión en un periodo de cinco años. En caso de incumplimiento de este programa de desinversión, el Banco de España podrá exigir a la fundación bancaria la presentación en el plazo máximo de veinte días de una modificación del plan financiero que incluirá la constitución de un fondo de reserva. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de la aplicación, cuando proceda, del régimen sancionador que corresponda por aplicación del artículo 47 de la LCAFB, que considera infracción muy grave los incumplimientos de las obligaciones previstas sobre el plan financiero.

Además, se prevé que pueda incluirse cualquier otra medida que a juicio del Banco de España, se considere necesaria para garantizar la gestión sana y prudente de la entidad de crédito participada y la capacidad de ésta de cumplir de forma duradera con las normas de ordenación y disciplina que le sean aplicables, y que deberá ser indicado por el Banco de España, entendemos, de forma discrecional, según las circunstancias concurrentes. La discrecionalidad del supervisor en este punto, se entiende que es una discrecionalidad técnica, de suma importancia en la actividad de supervisión financiera y difícil de reducir⁸⁸⁷, pero que debe venir definida, en este caso, por la finalidad de «garantizar la gestión sana y prudente de la entidad de crédito participada y la capacidad de ésta de cumplir de forma duradera con las normas de ordenación y disciplina que le sean aplicables», prevista en la LCAFB, por lo que sólo las medidas aptas para conseguir esta finalidad serían admisibles.

Cuando la fundación bancaria no elabore el plan financiero o, a juicio del Banco de España, éste resulte insuficiente para garantizar la gestión sana y prudente de la entidad de crédito participada, y la capacidad de ésta de cumplir de forma duradera con las normas de ordenación y disciplina que le sean aplicables, el propio Banco de España requerirá a la fundación bancaria la presentación y puesta en marcha de un plan de desinversión en la entidad de crédito, e impondrá la obligación de no incrementar su participación a niveles de control.

⁸⁸⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1998), *Democracia, jueces y control de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid, pág. 245; ESTEVE PARDO J., (2009), “El encuadre de la regulación de la economía en el sistema de Derecho Público”, en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J., *Derecho de la regulación económica I, Fundamentos e Instituciones de la regulación*, Ed. Iustel, Madrid p. 397; y ARIÑO ORTIZ G. y GARCÍA M. (2013), ob. cit. *Vindicación y reforma de las Cajas...*, pág. 255.

5.3. La triple supervisión de las fundaciones bancarias: problemas prácticos.

Como se ha visto, la LCAFB recoge un régimen de supervisión escalonado, de modo que cuando la fundación bancaria tiene mayor participación en la entidad de crédito, mayores son las exigencias de control impuestas, pero dejando al margen el carácter progresivo de la supervisión según el nivel de participación en la entidad de crédito, lo cierto es que las fundaciones bancarias se sujetan a una triple supervisión: En primer lugar, la actividad de crédito desarrollada por la entidad bancaria en la que participa la fundación bancaria está supervisada de acuerdo con las reglas generales. En segundo lugar, también se somete, en ciertos aspectos, al régimen de control que se ejerce por el Protectorado, a quien corresponde, como antes se ha hecho referencia, velar por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las mismas, de modo que en el supuesto de fundaciones bancarias cuyo ámbito de actuación principal exceda de una Comunidad Autónoma, el Protectorado será ejercido por el Ministerio de Economía y Competitividad, en caso contrario, el Protectorado será ejercido por la correspondiente Comunidad Autónoma. En tercer lugar, la fundación bancaria se supervisa por el Banco de España de la forma que se acaba de exponer, y especialmente, a través del régimen de control de las participaciones significativas en entidades de crédito. De este modo, corresponderá al Banco de España el control del cumplimiento de las obligaciones referidas al protocolo de gestión y al plan financiero, precisamente, en lo relativo a valorar la influencia de la fundación bancaria sobre la gestión sana y prudente de la citada entidad.

Cuando existan razones fundadas y acreditadas para considerar que la influencia ejercida por las personas que posean una participación significativa en una entidad de crédito pueda resultar en detrimento de la gestión sana y prudente de la misma, que dañe gravemente su situación financiera, el Banco de España podrá acordar bien la suspensión del ejercicio de los derechos políticos, o bien, la intervención de la entidad, o la sustitución de sus administradores, y también, con carácter excepcional, la revocación de la autorización. Además se pueden imponer las sanciones previstas en la misma ley. Esto nos hace plantearnos el ámbito del sujeto pasivo de la actividad de supervisión, pues ya no se puede identificar con el concepto

de entidad de crédito en sentido estricto, ya que las fundaciones bancarias no lo son, y hay aspectos de las mismas que se controlan por el Banco de España.

Hay que tener en cuenta que el artículo 23 LOSSEC considera a la suspensión del ejercicio de los derechos políticos y la intervención de la entidad como “medidas”⁸⁸⁸, en el sentido de medidas de control del ejercicio de una actividad que puede afectar a la estabilidad del sistema financiero en su conjunto, es decir, como parte del ejercicio de una función de control por el Banco de España⁸⁸⁹. Así consideradas no se puede objetar nada, mientras que si estas “medidas” tuviesen carácter sancionador, encontraríamos como problema para su aplicación que el elemento subjetivo destinatario de la medida (entidad de crédito) no es aquel al que se debería sancionar, ya que la conducta la realiza otro sujeto (entidad que participa en la de crédito, en relación con el tema que nos ocupa, la fundación bancaria), y ello a pesar de que desde el punto de vista sancionador, pueden ser sujetos infractores no sólo las entidades supervisadas, sino también quienes sean titulares de participaciones significativas⁸⁹⁰, pero el problema aquí reside en identificar quien realiza la conducta infractora, y quien es el sancionado, pues por aplicación del principio de responsabilidad o culpabilidad deben coincidir ambos.

Este último problema sí que se da claramente en la redacción del artículo 47 LCAFB, que bajo el epígrafe de “régimen sancionador”, prevé que el incumplimiento de las obligaciones derivadas del capítulo IV de la LCAFB –las referentes al plan financiero y al protocolo de gestión- tenga la consideración de infracción muy grave, salvo que la actuación tenga carácter ocasional o aislado a criterio del Banco de España en cuyo caso podrá ser considerada infracción grave. Se entiende que quien incumple estas obligaciones es la fundación bancaria, pero las sanciones que se prevén por la remisión

⁸⁸⁸ La adopción de medidas de diferente tipo por parte de los poderes públicos para intervenir en la actividad de crédito no tienen carácter sancionador, con todo lo que ello implica. La STS de 14 de marzo de 2006 así lo indicaba al declarar que no se trata de medidas dirigidas a «reprobar una conducta supuestamente ilícita». Como consecuencia de esta idea, no son aplicables las garantías del procedimiento sancionador para su adopción, y son independientes de que existan o no responsabilidades disciplinarias. Vid. VEGA SERRANO, J.M. (2011), ob. cit., *La regulación bancaria...*, pág. 184.

⁸⁸⁹ En relación con el control de las participaciones significativas en entidades de crédito, el artículo 23 de la Ley 10/2014 ha aumentado la competencia del Banco de España respecto a la regulación anterior contenida en el artículo 62 de la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, ya que antes, las medidas referidas se imponían por el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta del Banco de España.

⁸⁹⁰ MELÉNDEZ HUELIN O. (2013), ob. cit. “La supervisión, inspección, y sanción...”, pág. 274.

a la LDIEC, ahora, LOSSEC que deroga aquella, lo son respecto de la entidad de crédito (salvo en el caso de ejercicio de los derechos políticos correspondientes a las participaciones adquiridas irregularmente), por lo que en algunos de los casos previstos como sanción, sí existe una dificultad práctica en aplicarla porque el sujeto al que se refiere la sanción, y que es la entidad bancaria que realiza directamente la actividad de crédito, no es el autor de la infracción, pues este es en realidad, la fundación bancaria que participa en aquella.

5.4. Valoración del sistema de supervisión de las fundaciones bancarias.

5.4.1. Defectos de supervisión subsistentes a la reforma, y sus posibles soluciones.

La LCAFB crea la figura de las fundaciones bancarias y regula el régimen jurídico de estas y de las cajas de ahorro, con dos finalidades claras: por un lado, solucionar ciertos problemas de supervisión que se habían manifestado con las cajas de ahorro y, por otro, dar cumplimiento a los compromisos que España asumió en el MoU respecto a la regulación de las mismas. Los compromisos asumidos con el MoU se puede decir que se han cumplido, a pesar de que se aprecia una fisura en cuanto al cumplimiento del compromiso de reforzar la incompatibilidad para los órganos rectores de las antiguas cajas de ahorros y bancos comerciales bajo su control, puesto que en el régimen jurídico de las fundaciones bancarias que son sucesoras de las antiguas cajas de ahorros, no se recoge como causa de incompatibilidad la vinculación contractual de los miembros del órgano de gobierno con la fundación, de modo que cabe la autocontratación con la autorización del Protectorado, y cabe también la posibilidad de que existan transmisiones patrimoniales entre la fundación bancaria y la entidad de crédito en la que participa, abriéndose la posibilidad de que existan supuestos en los que haya algún conflicto de interés. La existencia o posible concurrencia de estos últimos, sin embargo, son conocidos por el legislador, ya que se hace referencia a ello en los diversos mecanismos de control que se han adoptado, pero, no se ha eliminado su posible existencia, por no introducirse como prohibición de autocontratación del mismo modo que se recoge para las cajas de ahorros.

Por otro lado, este posible conflicto de interés podrá ser supervisado por el Banco de España (por entender que afecta a la gestión sana y prudente de la entidad) en el caso de que conociera las operaciones concretas llevadas a cabo por la fundación bancaria tanto respecto de los patronos como respecto de la entidad de crédito participada. Pero la LCAFB en este caso no garantiza suficientemente la transparencia necesaria para que el supervisor pueda aplicar la competencia prevista en el artículo 46 de la LCAFB, porque no recibe directamente informe de operaciones concretas, y el Protectorado que puede recibir informe de operaciones concretas como contenido del informe anual del gobierno corporativo, no es competente para actuar en caso de que las mismas impliquen detrimento de la gestión sana y prudente de la entidad de crédito, cuestión que ni siquiera entrará a valorar por no ser objeto de su competencia. Además el Protectorado asume, en este aspecto, el doble papel de supervisor y supervisado, con todo el peligro que ello encierra, pues este fue uno de los problemas de la supervisión de las cajas de ahorros en el sistema anterior a la reforma.

A la vista de todo ello, se puede concluir que no queda garantizada la deseable transparencia en las actuaciones de la fundación bancaria en la gestión de la participación que ostente en la entidad de crédito, todo ello a pesar de la gran reestructuración del sector financiero llevada a cabo desde el año 2009, y a pesar del estricto régimen de control impuesto a las fundaciones bancarias en cuanto a titulares de participaciones significativas en las entidades de crédito.

La mejora de la supervisión de las fundaciones bancarias, requiere para ser efectiva que de *lege ferenda*, se modifique el artículo 40 LCAFB, de modo que se apliquen a todos los miembros del órgano de gobierno de la fundación, todas las incompatibilidades previstas en el régimen jurídico de las cajas de ahorros, especialmente la prohibición de autocontratar -bastaría remitirse en este punto a la regla contenida para las cajas de ahorros en los artículos 10.b) y c), 12.2 LCAFB-, y que se modifique también el artículo 48 LCAFB para que al Banco de España se le debiera comunicar el informe anual de gobierno corporativo, en donde constan las operaciones concretas en las que puede existir conflicto de interés entre la fundación y los patronos, y en donde constarán también las operaciones que hayan supuesto alguna comunicación patrimonial entre la fundación bancaria y la entidad de crédito

en la que participa aquella, de modo que se gane en transparencia y, las competencias del Banco de España previstas en el artículo 46 de la LCAFB puedan ser efectivas en relación con estas cuestiones para verificar que realmente se está efectuando una gestión sana y prudente de la entidad participada, valorando negocios jurídicos concretos.

En caso contrario, no será fácil que en la práctica se ejerciten con eficacia las competencias que el Banco de España tiene atribuidas, para controlar que la gestión llevada a cabo por la fundación bancaria es sana y prudente, sin que sea suficiente la publicidad del informe anual de gobierno corporativo prevista en el artículo 48.1 LCAFB, pues no garantiza el control efectivo por parte del Banco de España de operaciones concretas que impliquen transferencia patrimonial.

Al margen de la propuesta anterior y que pertenece al ámbito de la regulación de la actividad de crédito, el control de las fundaciones bancarias puede conseguirse también por otra vía, que es la existencia de un adecuado control de su transparencia como entidad pública, lo que debería ser posible cuando la dotación inicial de la entidad sea pública en la mayoría de su participación, estando más discutido que el mismo régimen se pueda aplicar a las fundaciones bancarias con dotación inicial privada, pues en este caso técnicamente no estamos ante una entidad pública sino privada, de conformidad con el artículo 8 de la Ley de Fundaciones, que se refiere al momento de su constitución.

En relación con este punto, cabe destacar que en el Derecho italiano, encontramos una interesante previsión a efectos de clasificación de cuando estamos ante actividades o servicios públicos o privados, pues el artículo 43 de la Constitución italiana, recoge que la nacionalización o *pubblicación* de empresas prestadoras de determinados servicios, presupone que las mismas son prestadoras de servicios públicos, aunque también esos servicios puedan producirse en el sector privado. Este criterio permitiría extender la consideración de servicio público, con todas sus consecuencias, a la prestación de servicios de crédito por entidades nacionalizadas, y a pesar del origen inicial de su capital⁸⁹¹.

⁸⁹¹ CORSO G., (1999), *L'attività amministrativa*, Ed. Giappichelli Editore, Torino, pág. 228.

5.4.2. Cuestiones pendientes de la reforma en España sobre la base de la experiencia italiana.

La forma jurídica que sirve de sustrato a la figura de las cajas de ahorros ha generado ciertos problemas relativos a su supervisión también en otros países, en los que se ha optado bien por definir esa naturaleza incierta como entidad de crédito privada, o definirla como entidad pública, a través de procesos de transformación y reforma del sector, a pesar de que se puede afirmar en casi todos los casos, que en su origen, este tipo de instituciones se identificaban con un tipo de banco público⁸⁹². Por este motivo, no debemos ignorar las experiencias comparadas de regulación de estas entidades en Europa. Un elemento común en todas ellas es que se ha constatado que por muchas precauciones que se quieran adoptar para garantizar los rasgos originarios más característicos y propios de las cajas, éstos acaban por desaparecer, desembocando, inevitablemente, en la equiparación absoluta e identificación total entre cajas de ahorros y bancos comerciales⁸⁹³.

El proceso de reestructuración de estas entidades en España sigue el modelo de reforma que se acogió en Italia en el año 1990 y que fue consecuencia de la gran crisis sufrida en los años anteriores, que supuso la nacionalización de diversas entidades públicas vinculadas con la actividad de crédito, y en particular, la de las cajas de ahorros⁸⁹⁴. Con la Ley de 30 de julio de 1990 nº 218 (Legge Amato Carli)⁸⁹⁵, que estableció los procedimientos para la reforma de las instituciones de crédito de derecho público⁸⁹⁶, y reconoció que la actividad bancaria pública estaba perdiendo las características de servicio público y se estaba orientando hacia la actividad de empresa

⁸⁹² Entre otros, MARTÍN RETORTILLO S. (1970), *La disciplina publicista del crédito*, Ed. CEDAM, Padova, pág. 24 y ss. Y STEFANELLI S. (2005), *Problema e sistema delle Fondazioni bancarie*, Ed. Università degli Studi di Perugia y Fondazine Cassa di Risparmio di Perugia, pág. 14.

⁸⁹³ CASARES MARCOS A. B. (2005), ob. cit. “Cuestiones actuales del régimen jurídico-administrativo...”, pág.38.

⁸⁹⁴ BRESCIA MORRA C. y MARCUCCI M. (2014), “The reform of the “cajas de ahorro” a comparative analysis with the Italian experience of the restructuring of saving banks”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra), pág. 351.

⁸⁹⁵ Esta Ley se acompañó de una serie de medidas que preparó el sector para la transformación y con las que encontramos cierto paralelismo en nuestro país al pensar en la regulación de urgencia introducida a través de los Reales-Decreto Ley que en España se aprobaron entre los años 2009 y 2012. Estas medidas en Italia estaban contenidas en el Decreto-legislativo nº 356/1990. Vid. BRESCIA MORRA C. y MARCUCCI M. (2014), “The reform of the “cajas de ahorro” a comparative analysis...”, pág. 353.

⁸⁹⁶ La Ley partía del reconocimiento del carácter público de las cajas de ahorros –Casse de Risparmio-, para luego regular su privatización. Vid. PAGLIARI G. (2004), *Le fondazione bancarie. Profili giuridice*, Ed. Giuffrè Editore, Milán, pág. 8.

a todos los efectos, por lo que en aplicación de la Ley, un proceso implícito de pérdida de los valores tradicionales de las cajas de ahorro italianas, similar al que se dio en España desde 1977, terminó por privatizar el sector⁸⁹⁷, pues la Ley impuso la transformación de las cajas en entidades propietarias de sociedades por acciones, que debían destinar una parte de sus beneficios a iniciativas de utilidad pública⁸⁹⁸. Sin embargo, en Italia, el proceso no fue tan tajante como se ha hecho en España, ya que en nuestro país, se impone la transformación y se prevé la pérdida de la autorización bancaria para ejercer directamente la actividad de crédito para las antiguas cajas, ahora transformadas en fundaciones, mientras que en Italia, a estas no se les privó inicialmente de la licencia para ejercer la actividad de crédito a pesar de la escisión teórica entre sociedad por acciones que ejerce la actividad bancaria, y fundación que es propietaria de la misma y que debía aplicar parte de los resultados en beneficio de su territorio.

La escisión de la actividad bancaria pretendía separar ese interés de fomento de la economía regional como finalidad no lucrativa de la actividad empresarial que debe regirse por otros criterios en lo referente a la obtención de beneficios y conservación del capital social, si bien, también se ha destacado que en las fundaciones bancarias, es difícil pensar en una total escisión de ambos intereses⁸⁹⁹. De hecho, las fundaciones bancarias italianas durante esta primera fase centraban su actividad más en el control de la actividad bancaria de sus entidades participadas que en la aplicación benéfica de los resultados, problema que se complicaba, porque su configuración en esta fase no eliminaba la transferencia de la politización de las mismas a la entidad bancaria, ya que la influencia política de sus representantes locales y regionales, se trasladaba a la gestión del banco de su propiedad⁹⁰⁰. Este problema, parece eliminado en la reestructuración española, pues como se ha

⁸⁹⁷ La privatización se basó en razones de política económica vinculadas a los requerimientos de capital y a la financiación de las actividades económicas de producción. Vid. STEFANELLI S. (2005), ob. cit. *Problema e sistema delle...*, pág. 23.

⁸⁹⁸ SCARAMUZZI, F. (2003), "Las Fundaciones en el sector bancario italiano", en Boletín Económico de ICE N° 2756, pág. 17, disponible en http://www.revistasice.info/cache/pdf/BICE_2756_17-20__E090A1EABF69CD9708CD3F71F2038EE2.pdf, última entrada 18 de febrero de 2014.

⁸⁹⁹ COSTI R., (2012), "L'ambiguo ruolo delle fondazioni bancarie", en NIGGRO A. (Dir.), *Diritto della banca e del mercato finanziario, Vol. II*, Ed. Pacini Editore, Pisa, pág. 607.

⁹⁰⁰ BRESCIA MORRA C. y MARCUCCI M. (2014), ob. cit. "The reform of the "cajas de ahorro" a comparative analysis...", pág. 355.

indicado, no cabe que se reproduzca en el órgano de gobierno de la entidad bancaria la composición del patronato de la fundación bancaria, tal y como resulta de su régimen de incompatibilidades, y además, se limita al 25% la representación pública en la fundación bancaria.

Como consecuencia de todo ello, en Italia el proceso duró más y tuvo una fase intermedia en la que las fundaciones transformadas concedían créditos también al igual que la entidad bancaria de la que eran titulares. Posteriormente se aprobó la Ley nº 474/1994 que pretendía evitar el control público en los bancos participados mediante incentivos fiscales. Al no imponerse de forma obligatoria la limitación o desaparición de la influencia pública en las entidades bancarias, no se consiguió la despolitización⁹⁰¹. Después se aprobaron la Ley nº 461/1998 (denominada Legge Ciampi) y el Decreto Legislativo nº 153/1999, normas con las que terminó el proceso de transformación, convirtiéndose las fundaciones bancarias en entidades de derecho privado sin finalidad de lucro, dotadas de plena autonomía de estatuto y de gestión, y que estaban obligadas a deshacerse de cualquier participación mayoritaria en un banco, bajo el riesgo de perder diversos incentivos fiscales, y no podían tener participaciones en empresas que no fueran de utilidad social⁹⁰². Es en esta fase cuando se produce la escisión total de la actividad bancaria y de la actividad benéfico-social, escisión que supuso la imposición de controles administrativos al respecto, y que conllevó la privatización de la actividad bancaria de las antiguas cajas de ahorros.

En relación con el Decreto Legislativo nº 153/1999 se planteó su posible inconstitucionalidad por imponer la transformación imperativa de las entidades pasando de ser públicas a privadas, ya que esto implicaba la pérdida de un elemento de propiedad pública inmaterial, que era el control sobre las entidades, a un elemento de propiedad privada que no podía identificarse con una especie de expropiación

⁹⁰¹ BRESCIA MORRA C. y MARCUCCI M. (2014), ob. cit. "The reform of the "cajas de ahorro" a comparative analysis...", pág. 355.

⁹⁰² BRESCIA MORRA C. y MARCUCCI M. (2014), ob. cit. "The reform of the "cajas de ahorro" a comparative analysis...", pág. 355. Y también, SCARAMUZZI, F. (2003), ob. cit. "Las Fundaciones...", pág. 17. A pesar de la definición inicial introducida por la Legge Amato Carli, como entidades de Derecho público, la calificación como privadas se introduce definitivamente con la reforma realizada por la Legge Ciampi, siendo esta calificación confirmada por la Corte Constitucional italiana en el año 2003. En este sentido, COSTI R., (2012), ob. cit. "L'ambiguo ruolo delle fondazioni...", pág. 598.

forzosa por razón de utilidad pública⁹⁰³, y que se hacía con una finalidad de interés general en favor del mercado del crédito, un interés general que se ha considerado identificable con la no ostentación de representación pública en la actividad del crédito⁹⁰⁴. En nuestra opinión, esta operación se podría identificar más con una desadscripción de bienes públicos al interés general⁹⁰⁵, que con una expropiación forzosa, pues con la pérdida de su aplicación al interés general no cambia su titularidad jurídica directamente, este cambio de titular es consecuencia, en su caso, de un negocio jurídico posterior⁹⁰⁶.

También la doctrina se planteó la posible inconstitucionalidad de la regulación impuesta con esta reforma sobre el órgano de gobierno de las fundaciones bancarias, en cuanto que se sometía a un doble control administrativo, e imponía grandes restricciones en su composición estatutaria, pues ambas circunstancias parecían desmedidas para una entidad privada y discriminatorias respecto a las demás de este tipo en lo referente al respeto de su libertad de empresa⁹⁰⁷.

En Italia, tras este proceso, las fundaciones bancarias siguen siendo calificadas como entidades con naturaleza jurídica ambigua, a pesar de todo, ambigüedad que deriva de un conjunto de características que tanto las aproximan a entidades privadas como públicas, tales como: sujeción a control público ministerial –del *Ministero dell’Economia e delle Finanze*–, estructura interna típica de las fundaciones, como forma jurídica cercana a las asociaciones, calificación anterior como entidades sin ánimo de lucro destinadas a la inversión institucional, función de apoyo a los intereses sociales y posición dentro del sistema bancario, entre otras características⁹⁰⁸.

⁹⁰³ La diferencia entre ambos supuestos fue analizada en relación con un supuesto similar anteriormente por la Corte Constitucional italiana, en las Sentencias 8 y 10 de 9 de marzo de 1959.

en el caso de expropiación de tierras en el marco de la reforma agraria realizada en Italia en 1950.

⁹⁰⁴ PREDIERI A. (1999), “Fondazioni bancarie, dismissione coattiva della partecipazione di controllo nelle società bancarie e compiti di sviluppo economicodegli enti locale”, en AMOROSINO S. y CAPRIGLIONE F. (Coords.), *Le “fondazioni” bancarie*, Ed. Cedam, Padua (Italia), pág. 123 a 128 y 131.

⁹⁰⁵ Les resultarían de aplicación los artículos 78 y 79 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

⁹⁰⁶ Aplicando *a sensu contrario* el artículo 73.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

⁹⁰⁷ PAGLIARI, G. (2004), ob. cit. *Le fondazione bancarie...*, pág. 408.

⁹⁰⁸ Se ha calificado su naturaleza jurídica como ambigua por algunos autores, destacando que este calificativo no es necesariamente negativo, y que no debe equipararse a incierto, oscuro, mal definido, falso o equívoco, sino que debe entenderse como polivalente. En este sentido, COSTI R., (2012), ob. cit. “L’ambiguo ruolo delle fondazioni...”, pág. 597.

En España, aunque las fundaciones por definición, son entidades sin finalidad de lucro, no por ello deben ser identificadas directamente como entidades privadas, pudiendo ser públicas si la dotación inicial en el momento de su constitución lo es, y no deben destinar un mínimo de los resultados de la actividad de crédito a utilidades sociales por disposición legal, pero siendo controlada la aplicación de los resultados por el Protectorado. De hecho, con la transformación realizada en el proceso de reestructuración español, las entidades mayormente participadas por el FROB deberían ser consideradas públicas siguiendo este criterio, y en las demás la cuestión se debería centrar en determinar el origen de la dotación inicial en el momento de la transformación, por lo que si esta procede del resultado de la actividad crediticia realizada como empresa privada, no podría ser identificada con una entidad pública.

Al margen de todo ello, sí que podríamos plantearnos en el Derecho español si resulta acertado el proceso de transformación seguido en el que se ha perdido la participación pública mayoritaria (del 40% al 25%), y que aunque ahora recogido en la LCAFB, se introdujo inicialmente por el RD-Ley 9/2010. Recordemos que la reducción de la participación pública en este caso, siguió la estela iniciada con la Ley 44/2002, respecto del cual ya hemos indicado que el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse, confirmando la constitucionalidad de la reducción desde el punto de vista de la afectación de las competencias autonómicas. Sin embargo, no se trató la misma cuestión desde el punto de vista de si la pérdida de control público de la entidad, implica una previa desadscripción y consiguiente desafectación de un bien público, que debería hacerse con las garantías materiales y procedimentales correspondientes.

En esencia, en España no nos hemos planteado si el hecho de que las cajas de ahorros, por dejar de serlo, supone una pérdida de un derecho público inmaterial consistente en el control de la gestión de las cajas de ahorro en la medida en que se correspondiera con los intereses representativos que han pasado a quedar reducidos del 40% al 25%, y si esto es consecuencia de que se considera más útil para los intereses generales que esto sea así. Técnicamente, para llegar a justificar la adopción de la medida, lo correcto hubiera sido plantearse, y en caso de que realmente la pérdida de ese derecho público fuese conveniente para la colectividad, desde el punto

de vista procedimental, debería haberse procedido previamente la declaración de desadscripción por innecesariedad de ese derecho.

La reforma en Italia no terminó tampoco en 1999, puesto que con la denominada Legge Tremonti, que fue la Ley nº 448/2001, se da un paso atrás en relación con la privatización de las entidades, pues se pospuso la desvinculación de los representantes públicos en las entidades hasta 2008, y la medida de la desvinculación, incluso se eliminó respecto de las entidades más pequeñas. La consecuencia fue una vuelta a la indefinición de la naturaleza de las entidades entre banca pública y privada, a lo que contribuyó un incremento del control público sobre las mismas. En esta fase, todo parecía indicar que a pesar de la calificación como entidad privada introducida en los años 1998-1999, realmente las fundaciones bancarias se concebían como entidades de Derecho público en base a su *substantia iuris*⁹⁰⁹, o en base a una interpretación amplia de ente público, que permite identificarlo por el carácter público del interés general perseguido por la actividad de crédito⁹¹⁰, sin embargo la Corte Constitucional italiana en 2003 confirmó la naturaleza privada de las fundaciones bancarias⁹¹¹, con la consecuencia de considerar inconstitucionales algunas restricciones impuestas a las mismas como entidad privada.

Tras la definición de las mismas como entidad privada, lo que era absolutamente necesario, era también la imposición de mejoras de gobierno corporativo en las fundaciones bancarias, siguiendo así las tendencias internacionales. Estas mejoras se introdujeron en el año 2012, con la Ley nº 27/2012, complementándose en régimen de autorregulación con la Carta de las Fundaciones de la Asociación italiana de las cajas de ahorro de 2012⁹¹².

En Italia, como consecuencia de todo ello todavía se aprecia una influencia pública importante en las fundaciones bancarias a pesar de su privatización, razón por la que se considera esencial el papel de las normas de buen gobierno corporativo, y de

⁹⁰⁹ BRESCIA MORRA C. y MARCUCCI M. (2014), ob. cit. "The reform of the "cajas de ahorro" a comparative analysis...", págs. 356-357. También, en STEFANELLI S. (2005), ob. cit. *Problema e sistema delle Fondazioni...*, pág. 66, haciendo referencia a PAGLIARI G. (2004), ob. cit. *Le fondazione bancarie...* pág. 331.

⁹¹⁰ STEFANELLI S. (2005), ob. cit. *Problema e sistema delle Fondazioni...*, pág. 16.

⁹¹¹ Así, las Sentencias 300 y 301, de 29 de septiembre de 2003, de la Corte Constitucional italiana. Vid., también, STEFANELLI S. (2005), ob. cit. *Problema e sistema delle Fondazioni...* págs. 61 y 62.

⁹¹² BRESCIA MORRA C. y MARCUCCI M. (2014), ob. cit. "The reform of the "cajas de ahorro" a comparative analysis...", págs. 357 -358.

hecho, se puede considerar una alternativa que en relación con las fundaciones no ha sido muy estudiada en Derecho comparado como respecto de las entidades comerciales, ya que en relación a las primeras los mecanismos de control del propio mercado, no funcionan como medio de control de su gestión como lo hacen en las empresas privadas⁹¹³.

Dado el paralelismo que tales normas tienen con las normas reguladoras de la transparencia en el sector público, junto a la conveniencia de aplicar las mismas normas de control tanto a entidades clasificadas como públicas o privadas, y valorando los problemas para concretar una naturaleza jurídica genérica para la figura de las fundaciones bancarias, no parece desacertado que la función benéfico-social de las fundaciones bancarias permita justificar la aplicación de un régimen de transparencia más próximo al de Derecho público como mecanismo de control de la buena gestión de tales entidades, ya que se aprecia que tales normas en otros países han servido para mejorar la mala gestión interna de las entidades fundacionales aunque sean entidades no estrictamente bancarias.

En este sentido, los procesos de control interno y externo que desde la transparencia pública se identifica con la denominada *accountability*, están realmente vinculados a la buena gobernanza de las entidades, y su aplicación a las fundaciones bancarias puede servir para aplicar el adecuado régimen de responsabilidad por la mala gestión de estas entidades⁹¹⁴, con independencia de su clasificación como entidades públicas o privadas desde el punto de vista material basado en el origen de su dotación constitutiva, sino sobre la base de su finalidad social, por ser esta de utilidad pública. De momento, se ha considerado conveniente la aplicación de las normas de buena gobernanza corporativa de modo similar a las aplicables a las sociedades por acciones privadas, como medio sustitutivo de control, siguiendo la regulación española, el mismo camino que se siguió al respecto en la regulación italiana de las fundaciones bancarias, ante la dificultad de la aplicación del régimen público de *accountability*⁹¹⁵.

⁹¹³ BRESCIA MORRA C. y MARCUCCI M. (2014), ob. cit. “The reform of the “cajas de ahorro” a comparative analysis...”, pág. 372.

⁹¹⁴ BRESCIA MORRA C. y MARCUCCI M. (2014), ob. cit. “The reform of the “cajas de ahorro” a comparative analysis...”, pág. 377.

⁹¹⁵ COSTI R., (2012), ob. cit. “L’ambiguo ruolo delle fondazioni...”, pág. 602.

Con la finalidad de favorecer la extensión de las normas de transparencia como mecanismo de mejora del buen gobierno corporativo en las fundaciones bancarias, y también en las cajas de ahorros, se debería recoger un concepto espiritualizado de Administración pública de carácter funcional⁹¹⁶, y como argumento que apoya esta tesis, podemos fijarnos en el hecho de que nunca se declaró la desadscripción al interés general del derecho público a controlar una cuota de la entidad, por lo que se puede mantener que realmente el interés general que siempre ha acompañado a estas entidades, a pesar de la ambigüedad de su naturaleza jurídica, y que se encontraba espiritualizado en su función social, no ha dejado de existir con la adopción de la fórmula de ejercicio indirecto y con la reducción de la participación pública en su composición interna.

Aunque hasta ahora las propuestas existentes sobre el reforzamiento de las responsabilidades aparejadas a la mala gestión de las entidades se quedan en el terreno privado, de la responsabilidad patrimonial extracontractual en el sentido propio del Derecho civil, la aproximación a la naturaleza pública de las entidades por su finalidad, e incluso por la participación pública en las mismas, podrían extender esa posible responsabilidad por mala gestión a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas cuando han participado en la toma de decisiones de gestión de la entidad⁹¹⁷, si con ello se han apartado de la buena gobernanza respecto a la misma, y con independencia de la responsabilidad similar en que pudiera incurrir el supervisor correspondiente por defectos en el ejercicio de sus funciones de control en relación con la misma actuación.

⁹¹⁶ El criterio funcional para atribuir el carácter de Administración pública se valora positivamente, vid. TOMÁS MALLÉN B. (2004), *El derecho fundamental a una buena administración*, Ed. INAP, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, pág. 68, citando a CHITI M.P. (2001), "El organismo de Derecho Público y el concepto comunitario de Administración Pública", *Justicia Administrativa*, nº 11, págs. 39 y 40.

⁹¹⁷ De forma genérica se considera que la buena administración incluye la reparación de los daños causados por las Administraciones o sus agentes en su actividad pública. Vid. TOMÁS MALLÉN B. (2004), ob. cit. *El derecho fundamental a una buena...*, págs. 201-203, y 268. Así resulta también, como se pone de manifiesto por la autora, en diversas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo, en sentencias dictadas en el caso López Ostra contra España de 9 de diciembre de 1994, en el caso Vallé contra Francia de 26 de abril de 1994, y en el caso Karakaya contra Francia de 26 de agosto de 1994).

CAPÍTULO IV

LA INTERVENCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO

Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS SUPERVISORES

1. LA INTERVENCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO. EL FROB, COMO ORGANISMO ESPECIALIZADO DE RESOLUCIÓN BANCARIA.

La intervención de entidades de crédito es una manifestación de la intervención administrativa de empresas privadas cuyo fundamento encontramos en el artículo 128.2 *in fine* CE.

El sentido que siempre ha tenido una intervención administrativa de este tipo, a pesar de ser muy invasiva de los derechos de los particulares, especialmente de la libertad de empresa, es el de ser un procedimiento administrativo por el que, sin incidir en la titularidad de sus elementos patrimoniales, se afecta su gestión, que queda «mediatizada a través de la intervención que se establece, o al llevarse a cabo la sustitución de los órganos que la desempeñan, cuyas funciones pasan a ser ejercidas por quienes legalmente se prevé»⁹¹⁸. Actualmente este sentido se puede mantener si nos referimos a los procedimientos regulados en los artículos 70 y ss LOSSEC que contienen las medidas de intervención y sustitución de entidades de crédito, en situaciones que, a pesar de todo, se podrían considerar de normalidad o no excepcionales.

Esto, sin embargo, la Ley 11/2015, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, contempla supuestos excepcionales que permiten gestionar la inviabilidad de entidades de crédito por parte del poder público y en defensa de los intereses generales, concretados en la posibilidad de que la inviabilidad de la entidad en crisis pueda afectar a la estabilidad financiera.

⁹¹⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER S. (1989), “Reflexiones sobre la Ley de disciplina e intervención bancaria”, en *Revista de administración pública*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Nº 118, pág. 30.

De este modo, del Preámbulo de la referida ley, resulta la distinción entre la actividad administrativa que siempre se ha identificado con la intervención de entidades de crédito y la nueva actividad de resolución bancaria, que no deja de ser una intervención administrativa, pero va mucho más allá, así: «El mandato clásico de las autoridades supervisoras consiste en asegurar el cumplimiento de la normativa que disciplina la actividad de las entidades y, especialmente, de la normativa de solvencia, con la finalidad última de proteger la estabilidad financiera. Sobre este mandato, se añade ahora uno nuevo llamado a garantizar que si una entidad se torna incapaz de mantenerse activa por sus propios medios, a pesar de la regulación y supervisión tradicionales, su cierre se producirá con las mínimas distorsiones sobre el conjunto del sistema financiero y, en particular, sin impacto alguno en las finanzas públicas. Es el momento de articular una nueva función público-financiera dirigida a garantizar que las entidades sean, de facto, liquidables sin que arrastre un impacto económico de tal magnitud que pueda perjudicar al conjunto de la economía. No se trata, por tanto, de un simple enfoque supervisor novedoso, sino de una nueva área de intervención pública que, de manera autónoma, exigirá a las entidades el ejercicio de su actividad de tal forma que su resolución resulte factible y respetuosa con el interés general, en el supuesto en que la supervisión tradicional resulte insuficiente»⁹¹⁹.

El sentido actual de lo que entendemos por intervención bancaria depende ahora de si nos encontramos en una situación que podríamos calificar de normal, o excepcional. La primera queda acogida a las normas de la LOSSEC, y permite acordar al Banco de España, la intervención o de sustitución de los administradores de la entidad; frente a ello, podemos calificar como excepcionales las intervenciones bancarias reguladas en la Ley 11/2015, que además pueden afectar la titularidad de los elementos patrimoniales privativos, como veremos.

Por este motivo, la intervención bancaria como manifestación del nuevo poder de resolución de entidades de crédito que se lleva a cabo por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (en adelante, FROB), debe ser analizada, desde la óptica de sus efectos, porque no puede indentificarse plenamente con el concepto

⁹¹⁹ El Preámbulo de la Ley 11/2015 especifica que con esta nueva función se pretende «garantizar que si una entidad se torna incapaz de mantenerse activa por sus propios medios, a pesar de la regulación y supervisión tradicionales, su cierre se producirá con las mínimas distorsiones sobre el conjunto del sistema financiero y, en particular, sin impacto alguno en las finanzas públicas».

tradicional de intervención administrativa de empresas, y su regulación actual no lo tiene en cuenta, haciendo quebrar algunas de las garantías clásicas del Derecho administrativo, motivo por el cual, es imprescindible que se reconsidere su régimen jurídico.

Por lo expuesto, en este capítulo se analizarán los presupuestos y las consecuencias de las intervenciones administrativas vinculadas con el ejercicio de ese nuevo poder público de resolución de entidades de crédito, antes de abordar las especialidades de la responsabilidad patrimonial de los supervisores financieros, ya que una parte importante de los casos que pueden dar lugar a este tipo de responsabilidad están vinculados con el ejercicio de este nuevo poder.

De este modo, debemos comenzar refiriéndonos al régimen jurídico del FROB, en cuanto que, como órgano administrativo de resolución de entidades de crédito en España, y como ANR en el marco del MUR, asume esta nueva función pública que permitirá acordar la intervención de entidades de crédito junto con medidas mucho más invasivas para los particulares. De este modo, se ha destacado que el FROB no es un órgano supervisor sino un órgano de resolución que por la vía de la intervención administrativa excepcional ejecutará sus funciones⁹²⁰, respecto a entidades en crisis o en peligro de crisis⁹²¹.

1.1. Finalidad y naturaleza jurídica del FROB.

El FROB fue creado por el Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, con la principal finalidad de regular los procesos de reestructuración de entidades de crédito que se realizaron en el contexto de la crisis bancaria del momento, incluyendo un doble objeto de servir de mecanismo de resolución y de fondo de capitalización para

⁹²⁰ SÁNCHEZ-CALERO, J., (2014), “Una aproximación a las facultades mercantiles del FROB”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dir.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra), pág. 201.

⁹²¹ Actualmente, se configura como una potestad administrativa nueva, aunque se basa en un modelo de resolución de entidades de crédito en crisis –del término “resolution”, en inglés, utilizado para denominar este tipo de procesos en el ámbito internacional-. El modelo de resolución anteriormente conocido, se ha caracterizado por: tratarse de un procedimiento administrativo, regulación de un supuesto de hecho impreciso vinculado a la idea de peligro para la solvencia y la estabilidad financiera de la entidad, autoridad única y financiación a cargo del propio sector a través de los Fondos de Garantía de Depósitos. Vid. GONZÁLEZ VÁZQUEZ J.C. (2014), “Aspectos controvertidos del régimen jurídico del FROB”, en COLINO MEDIAVILLA y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, (Eds/Dir.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada, pág. 149.

las entidades de crédito⁹²², yuxtaponiéndose al régimen que regulaba anteriormente la LDIEC, al que se remitía en algunos puntos la nueva regulación⁹²³, pero con el que tiene diferencias esenciales.

En este sentido, el FROB aplica como instrumentos de apoyo financiero a entidades: el otorgamiento de garantías, la concesión de préstamos o créditos, la adquisición de activos o pasivos, y la recapitalización -pudiendo suscribir o adquirir, como instrumentos de recapitalización, acciones ordinarias o aportaciones al capital social, e instrumentos convertibles en acciones o aportaciones-. No se limita a controlar o desplazar al órgano de gestión societario que es el consejo de administración de la entidad, sino que puede ordenar a través de los instrumentos indicados, negocios jurídicos que impliquen alteraciones patrimoniales de la misma, o en los derechos de los titulares de acciones o aportaciones de aquella.

La finalidad que fundamenta la amplitud de sus capacidades, descansa en una situación excepcional, puesto que ya se preveía en la LDIEC un régimen de intervención ordinario que fue insuficiente en el año 2009 para afrontar el rescate bancario que se llevó a cabo en los años siguientes⁹²⁴. Sólo desde este punto de vista, en el marco de la emergencia económica se entiende la configuración del mismo⁹²⁵, pues se le dotan de unas facultades administrativas y mercantiles exorbitantes⁹²⁶,

⁹²² ALBUERNE C., (2012), "La reestructuración de entidades de crédito", en *Actualidad Jurídica Uría – Menéndez, Especial reformas estructurales / Extraordinario-2012*, pág. 9.

⁹²³ VEGA SERRANO J.M. (2011), ob cit. "La regulación bancaria...", pág. 275.

⁹²⁴ Tras la derogación de la LDIEC, la duplicidad normativa subsiste puesto que la LOSSEC en sus artículos 70 y ss. contiene la regulación de las medidas de intervención y sustitución, normas que se desarrollan en la Ley 11/2015, de 18 de junio, de resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. La Ley 11/2015 se aprobó para trasponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/59/UE, de 15 de mayo de 2014, que se inspira en los principios de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de las entidades de crédito, y completa dicha norma en aquellas áreas del Derecho de la Unión Europea que aún no estaban incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico. El Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, concluye la trasposición de la citada Directiva y desarrolla determinados aspectos en de la Ley 11/2015, en especial, los de carácter organizativo. La regulación de la LOSSEC y de la Ley 11/2015 son complementarias.

⁹²⁵ Su carácter excepcional determina que la interpretación de su regulación deba ser restrictiva. Vid. MARTINEZ CAÑELLAS A. (2014), ob. cit. "Principios de reestructuración y resolución...", pág. 256.

⁹²⁶ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., y TAPIA HERMIDA A. (2014), "Aspectos mercantiles del régimen legal del Fondo De Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)", en *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil nº 2014/84*, Ed. EPrints Complutense, Madrid, pág. 6. Disponible en <http://eprints.ucm.es/>. Última consulta el 16 de enero de 2016. Respecto al carácter excepcional de las medidas de intervención previstas en el Ley 11/2015 respecto de las de la actual LOSSEC, vid. MELÉNDEZ HUELIN, O. (2013), "La supervisión, inspección y sanción de las entidades de crédito", en CAMPUZANO, CONLLEDO y PALOMO (Dirs.), *Los mercados financieros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia,

justificadas en un criterio instrumental y teleológico⁹²⁷, que se orientan a la consecución del fin para el que se crea⁹²⁸. Estas facultades calificadas de “exorbitantes”⁹²⁹, lo son porque le permiten invadir la esfera de la libertad de empresa, bajo la justificación de la responsabilidad pública en mantener la estabilidad económica general en situaciones de emergencia.

La regulación definitiva de su estatuto jurídico la contiene actualmente la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, que deroga parcialmente la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, la cual reforzó los poderes de intervención originarios del FROB⁹³⁰, en cumplimiento de los compromisos asumidos en virtud del MoU⁹³¹, y que en su artículo 52, números 2 y 3, lo define como una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada para el desarrollo de sus fines, que se registrará por lo establecido en dicha ley, en el resto del ordenamiento jurídico nacional y en el Derecho de la Unión Europea, quedando sometido al ordenamiento jurídico-privado, salvo que actúe en el ejercicio de las potestades administrativas conferidas por su ley reguladora u otras normas con rango de ley.

De conformidad con la Disposición adicional octava de la Ley 11/2015 el FROB es la autoridad de resolución española en el ámbito del Mecanismo Único de Resolución, a los efectos de lo previsto en el Reglamento (UE) nº 806/2014, de 15 de julio de 2014, y representará a las autoridades de resolución españolas en la Junta Única de Resolución del MUR. El sistema de resolución europeo se crea para evitar que

pág. 272. También, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2014), ob. cit. “Aspectos controvertidos del régimen jurídico...”, pág. 163.

⁹²⁷ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (2014), “Una aproximación a las facultades mercantiles del FROB”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra), pág. 200.

⁹²⁸ El artículo 62 de la Ley 11/2015 declara que el “El FROB ejercerá las facultades necesarias para la aplicación de los instrumentos y medidas previstos en esta Ley. Dichas facultades serán de naturaleza mercantil o administrativa”.

⁹²⁹ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, nº 1837/2016, de 23 de mayo, en su Fundamento de Derecho Décimo.

⁹³⁰ En este sentido el número III del Preámbulo de la Ley 11/2015.

⁹³¹ PÉREZ RIVARÉS J.A. (2013), ob. cit. “Instrumentos de coordinación en la Unión Europea...”, pág. 116. También, CONLLEDO LANTERO, F. (2014-2015), “El marco comunitario para la recuperación y resolución de entidades de crédito”, en *Revista de derecho de la Unión Europea*, Nº 27-28, pág. 170.

una futura crisis financiera pueda conllevar costes elevados a las economías nacionales⁹³².

Su particular régimen jurídico se caracteriza porque su ley reguladora atribuye un carácter mixto a las facultades y potestades exorbitantes que le adjudica, y también porque, en consecuencia, la peculiar configuración de su naturaleza jurídica que siendo pública es excepcional, lo aleja de las reglas generales, puesto que conforme al artículo 52.4 de la Ley 11/2015 no queda sometido a las previsiones contenidas en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, aunque la Disposición Adicional Décima de esta última lo considera como uno de los organismos públicos a los que supletoriamente se les aplica esta última norma, en defecto de lo que su normativa específica pueda contener.

Del mismo modo, no está sujeto a las normas generales que regulan el régimen presupuestario, económico-financiero, contable y de control de los organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, salvo por lo que respecta a la fiscalización externa del Tribunal de Cuentas, y al sometimiento del régimen interno de su gestión en el ámbito económico-financiero al control financiero permanente de la Intervención General de la Administración del Estado –ex artículo 52.5 de la Ley 11/2015-. Además, el FROB no estará sujeto a las disposiciones de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas –ex artículo 52.6 de la Ley 11/2015-.

Estas particularidades en su estatuto orgánico se consideran consecuencia de su configuración como organismo público singular, y del hecho de que concentra facultades administrativas y mercantiles⁹³³, cuestión esta que lo convierte, para

⁹³² VERGARA FIGUERAS, D. (2014), ob. cit. “Panorámica de la unión...”, pág. 29. El autor pone de relieve que el sistema de supervisión y resolución de los actuales MUS y MUR no hubiera evitado la crisis 2007-2008, pero “que la unión bancaria en pleno funcionamiento podría haber debilitado sustancialmente la espiral adversa entre bancos y soberanos, haber mantenido la confianza de los depositantes y haber atenuado las dificultades de financiación y liquidez observadas, disminuyendo así de forma muy notable los costes de la crisis”.

⁹³³ De acuerdo con el artículo 63 de la Ley 11/2015, el FROB ejercerá las facultades que la legislación mercantil confiere con carácter general: a) Al órgano de administración de la entidad, cuando asuma tal condición. b) A los accionistas o titulares de cualesquiera valores o instrumentos financieros, cuando el FROB haya suscrito o adquirido tales valores o instrumentos. c) A la junta o asamblea general en los supuestos en los que esta obstaculice o rechace la adopción de los acuerdos necesarios para llevar a efecto las medidas de reestructuración o de resolución, así como en los supuestos en que por razones de extraordinaria urgencia no sea posible cumplir los requisitos exigidos por la normativa vigente para la válida constitución y adopción de acuerdos por la junta o asamblea general. En tales supuestos, se

algunos, en una institución de naturaleza mixta en parte pública y en parte privada⁹³⁴, y para otros en un “organismo apátrida” situado entre el Derecho público y el privado, que permite calificarlo como organismo bifronte, entendiéndose justificada esta calificación por sus funciones⁹³⁵.

En nuestra opinión, el hecho de tener un régimen jurídico particular, que lo somete tanto a normas de Derecho público como privado, no permite mantener la tesis de que su naturaleza jurídica es mixta o intermedia, al contrario, su naturaleza es claramente pública⁹³⁶, no sólo por declararlo expresamente el artículo 52.2 de la Ley 11/2015, sino por la finalidad a la que sirve, a pesar de ser su particular régimen jurídico híbrido consecuencia de ostentar funciones tanto administrativas como mercantiles, y de la posibilidad de que actúe sometido al ordenamiento jurídico-privado –ex artículo 52.3-.

Esta afirmación determina las consecuencias jurídicas de sus actos pero no altera su naturaleza jurídica pública, pues es lógico pensar que en el ejercicio de las facultades clasificadas como administrativas por su norma reguladora, debe quedar sujeto al Derecho administrativo en toda su extensión, salvo las excepciones previstas en el artículo 52.4 de la Ley 11/2015⁹³⁷, y en el ejercicio de las facultades clasificadas como mercantiles por la misma norma, dado que su ejercicio se subroga o interviene en relaciones de Derecho privado, especialmente enmarcadas en el ámbito societario y contractual, debe quedar sujeto a las normas reguladoras de esas relaciones jurídicas que son de Derecho privado.

entenderán atribuidas al FROB todas aquellas facultades que legal o estatutariamente pudieran corresponder a la junta o asamblea general de la entidad y que resulten necesarias para el ejercicio de las funciones previstas en la Ley en relación con la reestructuración y resolución de entidades de crédito.
⁹³⁴ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (2014), ob. cit. “Una aproximación a las facultades mercantiles...”, pág. 200.

⁹³⁵ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ T.R. (2014), “El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria: Naturaleza, estructura y régimen jurídico”, en TEJEDOR BIELSA J.C. y FERNÁNDEZ TORRES I., *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Ed. Civitas, Navarra, pág. 31.

⁹³⁶ En este sentido, también se ha puesto de manifiesto que el FROB es una autoridad administrativa aunque sujeta a un *ius publicum singulare*, expresamente diseñado para él. Vid. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ T.R. (2014), ob. cit. “El Fondo de Reestructuración...”, pág. 35.

⁹³⁷ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ T.R. (2014), ob. cit. “El Fondo de Reestructuración...”, pág. 35. Precisamente, se ha destacado que su sometimiento al Derecho Administrativo deriva de su consideración como autoridad administrativa, a pesar de las especialidades, que lo sujetan a lo que podríamos considerar un *ius publicum singulare*, y a la aplicación de las normas de Derecho privado que se consideran de carácter instrumental.

En estos términos se deben considerar algunas de las herramientas que se le confieren para tomar la dirección de entidades en crisis, pues sin su aplicación los procesos de reestructuración llevados a cabo desde 2009, no hubieran sido los mismos. Concretamente, dentro de lo que se consideran facultades mercantiles, fue la posibilidad de que el FROB asumiera el control de la asamblea general de las entidades bancarias intervenidas, en los casos en que fuese necesario, y que pudieran los administradores nombrados por él, acordar la emisión de cuotas participativas, que concedían derechos económicos y políticos en proporción a su participación en el patrimonio neto de la entidad⁹³⁸, las previsiones que hicieron posible que el FROB llevara a cabo las modificaciones estructurales necesarias para instrumentar la venta del negocio bancario de algunas entidades a un tercero⁹³⁹.

En estos casos el FROB está haciendo uso de la nueva potestad de resolución⁹⁴⁰, entendida como potestad administrativa, pues en el nº I del Preámbulo de la misma ley, expresamente se recoge «la resolución de una entidad financiera es un proceso singular, de carácter administrativo». Del mismo modo, las intervenciones de entidades de crédito que queden sujetas a los artículos 70 y ss. de la LOSSEC, son consideradas actuaciones de carácter administrativo, como resulta de su propia configuración, y como también resultaba de la anterior LDIEC, que contenía su antecedente. Los artículos 72 a 74 de la LOSSEC contienen reglas especiales sobre procedimiento administrativo aplicables al acuerdo de intervención de una entidad en el supuesto ordinario y que afectan a las intervenciones que acuerde el Banco de España al margen de los casos de la Ley 11/2015. A tales preceptos se remite esta última en su artículo 10.1, de modo que, con alguna variante que resulta de los mismos, este procedimiento administrativo especial se aplicará cuando el FROB acuerde medidas de actuación temprana. Sin embargo, los artículos 22 a 24 de la Ley 11/2015, que regulan las particularidades del acuerdo de resolución, no contienen la misma remisión, y ello conlleva alguna consecuencia esencial, como el hecho de que

⁹³⁸ En este sentido, la Disposición final tercera del Real Decreto-ley 9/2009, modificó la Ley 13/1985, de 25 de mayo, en relación con el artículo 7.8 del Real Decreto-ley 9/2009.

⁹³⁹ Se aplicó en la resolución de la entidad Cajasur. Vid. ob. cit. ALBUERNE C., (2012), ob. cit. “La reestructuración de entidades...”, pág. 10.

⁹⁴⁰ A esta nueva potestad se refiere la Ley 11/2015 que la define como un nuevo mandato «llamado a garantizar que si una entidad se torna incapaz de mantenerse activa por sus propios medios, a pesar de la regulación y supervisión tradicionales, su cierre se producirá con las mínimas distorsiones sobre el conjunto del sistema financiero y, en particular, sin impacto alguno en las finanzas públicas».

en este último caso, no se contempla trámite de audiencia de la entidad que se va a intervenir por la vía de la resolución, mientras que en los casos- de intervención ordinaria y de actuación temprana, sí se contempla este trámite. No queda claro si esta omisión es un descuido del legislador o si es una previsión intencionada, pero tiene sus consecuencias, como más adelante veremos.

A pesar de todo, el acuerdo inicial de intervención, de actuación temprana o de resolución bancaria, tal y como se regulan en la LOSSEC, que contiene su regulación básica, y tal y como se regulaban anteriormente en la LDIEC, tienen un carácter indiscutiblemente administrativo.

Sólo desde este punto de vista, puede admitirse el carácter mixto de sus funciones, ya que el ejercicio tanto de las funciones administrativas como de las mercantiles va a derivar de un acuerdo previo administrativo que debe ser válido conforme al Derecho administrativo⁹⁴¹. Junto con facultades calificadas como mercantiles y que tendrán su incidencia en el ámbito societario, al FROB se le dotan de una serie de facultades de carácter administrativo por la Ley 11/2015, para su aplicación a los distintos procesos de intervención⁹⁴², y que pasamos a analizar⁹⁴³.

⁹⁴¹ Precisamente, la misma Ley 11/2015 en su Preámbulo declara que el «régimen establecido en esta Ley constituye, en consecuencia, un procedimiento administrativo, especial y completo, que procura la máxima celeridad en la intervención de la entidad, en aras de facilitar la continuidad de sus funciones esenciales, al tiempo que se minimiza el impacto de su inviabilidad en el sistema económico y en los recursos públicos».

⁹⁴² Como facultades de intervención de entidades resultan configuradas en el Considerando nº 40 de la Directiva 2014/59, de 15 de mayo, al declarar que «las autoridades competentes deben contar con competencias de intervención desde el primer momento».

⁹⁴³ De acuerdo con el artículo 64 de la Ley 11/2015, y además de las restantes previstas de forma dispersa en la misma Ley, al FROB se le atribuyen con este carácter facultades para: a) Determinar el valor económico de la entidad o de sus correspondientes activos y pasivos, a efectos de la aplicación de las medidas e instrumentos previstos en la Ley. b) Requerir a cualquier persona cualquier información necesaria para preparar y adoptar o aplicar una medida o instrumento de reestructuración o de resolución. c) Ordenar la transmisión de las acciones, cuotas participativas o aportaciones al capital social o, con carácter general, instrumentos representativos del capital o equivalente de la entidad o convertibles en ellos, cualesquiera que sean sus titulares, así como de los activos y pasivos de la entidad. d) Realizar operaciones de aumento o reducción de capital, y de emisión y amortización total o parcial de obligaciones, cuotas participativas y cualesquiera otros valores o instrumentos financieros, así como las modificaciones estatutarias relacionadas con estas operaciones, pudiendo determinar la exclusión del derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital y en la emisión de obligaciones convertibles, incluso en los supuestos previstos en el artículo 343 de la Ley de Sociedades de Capital, o emisión de cuotas participativas. e) Realizar acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada. f) Determinar los instrumentos en que se concreten las medidas de reestructuración o resolución, incluyendo, en particular, las que supongan modificaciones estructurales de la entidad, las de disolución y liquidación de la entidad. g) Disponer de forma inmediata, previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el traslado de los valores depositados en la entidad a otra entidad habilitada para desarrollar esta actividad, incluso si tales activos se encuentran

1.2. Los presupuestos habilitantes de los procedimientos de intervención gestionados por el FROB.

Para entender la finalidad del FROB debemos recordar la distribución de competencias que en el MUS y MUR se efectúa entre las autoridades nacionales y a las autoridades europeas, especialmente al BCE. De este modo, en el nuevo sistema el FROB es Autoridad Nacional de Resolución (desde el punto de vista ejecutivo), y tiene su encaje en el MUR, pero por la gran interacción que hay entre MUR y MUS, el Banco de España sigue asumiendo un papel importante en los procesos de intervención de entidades de crédito, pues estos se basan en los resultados de la actividad de supervisión, y por ello en la Ley 11/2015 que regula el FROB actualmente, se considera que el Banco de España es autoridad preventiva de resolución⁹⁴⁴. El Banco de España tiene facultades de decisión en los procesos de intervención, correspondiendo la gestión de los mismos al FROB⁹⁴⁵, aunque también se ha destacado, que de la configuración del FROB en el actual sistema, resulta ser que el FROB es la autoridad que asume el protagonismo de las intervenciones administrativas en entidades de crédito, sin que pueda considerarse una entidad controlada o dependiente del Banco de España, ya que además, se le atribuyen unos poderes u facultades mucho más invasivos de los que siempre se han atribuido al propio Banco de España o a los Fondos

depositados en terceras entidades a nombre de la entidad que presta el servicio de depósito. A estos efectos, el FROB, en su condición de administrador de la entidad, adoptará las medidas necesarias para facilitar el acceso de la entidad a la que vayan a cederse los depósitos de los valores o su custodia a la documentación y registros contables e informáticos necesarios para hacer efectiva la cesión. h) Ejercitar, en relación con la transmisión de valores, instrumentos financieros, activos o pasivos de la entidad, todas o alguna de las facultades siguientes: i) Obligar a la entidad y al adquirente a facilitar la información y asistencia necesarias. ii) Requerir a cualquier entidad del grupo al que pertenezca la entidad a que proporcione al adquirente los servicios operativos necesarios para permitir a este operar de manera efectiva el negocio transmitido. Cuando la entidad del grupo ya viniera prestando dichos servicios a la entidad, continuará prestándolos en los mismos términos y condiciones, y, en caso contrario, los prestará en condiciones de mercado.

⁹⁴⁴ El Banco de España es autoridad preventiva de resolución respecto de entidades de crédito, mientras que la Comisión Nacional del Mercado de Valores es

⁹⁴⁵ Así resulta de los apartados c) y d) del artículo 2.1 de la Ley 11/2015, y del Dictamen del BCE de 9 de enero de 2013 sobre actuación temprana, reestructuración y resolución de entidades de crédito (CON/2013/3), punto 1.8.1, pág. 5. Cabe destacar además, que su encaje en la unión bancaria, exigió que en la regulación del FROB se tuvieran en cuenta las normas que en ese momento se estaban proyectando en relación con toda la estructura del MUS, del MUR, y especialmente del sistema de garantía de depósitos, como pone de relieve el punto 2.3 del mismo Dictamen del BCE.

de Garantía de Depósitos⁹⁴⁶. En este sentido, el Dictamen del Banco Central Europeo de 9 de enero de 2013 sobre actuación temprana, reestructuración y resolución de entidades de crédito (CON/2013/3), reconoció estas sinergias en cuanto que consideró que las medidas de actuación temprana se debían considerar medidas de supervisión y, por tanto, debían ser responsabilidad del Banco de España (punto 1.1 del Dictamen). Consideró también que la decisión de si debía proceder la fase de reestructuración – ahora desaparecida como tal-, en lugar de la de resolución correspondía al Banco de España, quien decidiría esto sobre el criterio técnico de que la resolución de una entidad de crédito sistémica pueda causar efectos gravemente perjudiciales para la estabilidad del sistema financiero en su conjunto (punto 1.2 del Dictamen), y declaró que es también el Banco de España quien debía acordar la apertura del procedimiento de resolución (punto 1.3 del Dictamen).

Como se deduce del artículo 1 de la Ley 11/2015, uno de los objetivos de la misma es regular los procesos de actuación temprana y resolución de entidades de crédito, los cuales se consideran procedimientos que pretenden preservar la estabilidad del sistema financiero minimizando la aplicación de recursos públicos –ex artículo 1 Ley 11/2015-⁹⁴⁷. En realidad, los procedimientos referidos implican, según los casos, una mayor o menor intervención administrativa⁹⁴⁸, y aunque pueden ser sucesivos en el tiempo, no es necesario que se apliquen en todos los casos todos ellos. La actividad tradicional de las autoridades supervisoras ha consistido siempre en asegurar el cumplimiento de la normativa que disciplina la actividad de las entidades de crédito con la finalidad última de proteger la estabilidad financiera⁹⁴⁹, pero sobre esta función, se añade ahora la función de resolución bancaria.

⁹⁴⁶ GONZÁLEZ VÁZQUEZ J.C. (2014), ob. cit. “Aspectos controvertidos del régimen jurídico...”, pág. 152.

⁹⁴⁷ En este sentido cabe destacar que, además de las limitaciones en la aplicación de los recursos con los que cuenta el FROB, la Ley 11/2015 prevé que una de las fuentes de financiación del propio FROB, una vez en funcionamiento, sea con carácter preferente a la aplicación de otros recursos públicos, la recaudación obtenida anualmente, mediante contribuciones ordinarias de las entidades, incluidas sus sucursales en la Unión Europea, que se prevé en el artículo 53.

⁹⁴⁸ Los tres son manifestaciones de la potestad de intervención de empresas que se superpone al libre ejercicio de la actividad empresarial. Vid. MUÑOZ MACHADO, S. (2011), *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General*, T. IV, Ed. Iustel, Madrid, pág. 805.

⁹⁴⁹ Se entiende por estabilidad financiera aquella en la que los sistemas monetario y financiero operan de forma fluida y eficiente, Vid. GÓMEZ JIMÉNEZ, M.L. (2012), “La crisis financiera. Un aviso sobre el alcance de la regulación en Estados Unidos: algunas reflexiones al hilo del informe Squam Lake”, en REBOLLO PUIG M. (Dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria* (Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo), Ed. Iustel, Madrid, pág. 469.

En tales procedimientos interviene el FROB, pero la resolución administrativa aprobando los correspondientes planes es del Banco de España⁹⁵⁰, pues esta función está plenamente conectada con la de supervisión que al mismo incumbe. Sin embargo, una de las mayores críticas que recibe la regulación de estos procedimientos de intervención es la imprecisión con que se regulan los presupuestos habilitantes de la correspondiente actuación administrativa, pues en la mayoría de los casos estamos ante conceptos jurídicos indeterminados que no se definen en la misma ley⁹⁵¹, y que pueden generar muchos problemas en su aplicación.

1.2.1. *Intervenciones administrativas de actuación temprana.*

La actuación temprana, sería aplicable a aquella entidad de crédito que esté incumpliendo los requerimientos de solvencia, liquidez, estructura organizativa o control interno, o existan elementos objetivos conforme a los que resulte razonablemente previsible que no pueda cumplirlos, pero se encuentre en disposición de retornar al cumplimiento por sus propios medios⁹⁵². En este caso, el incumplimiento de los requisitos prudenciales o la previsibilidad razonable de incumplirlos constituye el presupuesto objetivo para la actuación temprana⁹⁵³.

La actuación temprana se configura sobre la base del principio de prudencia que otorga a la autoridad bancaria competente una habilitación para actuar, quedando equiparado como presupuesto objetivo tanto el incumplimiento efectivo de los requerimientos de solvencia, liquidez, estructura organizativa o control interno, como que el posible incumplimiento resulte razonablemente previsible. Para la apreciación del incumplimiento de los requisitos prudenciales que se indican no hay duda

⁹⁵⁰ El Tribunal Constitucional, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la competencia del Banco de España, como órgano estatal, para la aprobación de los planes de actuación en estos casos de intervención, en STC nº 182/2013, de 23 de octubre, justificándose en la necesaria especialización técnica que requiere su aprobación, y que recae en el Banco de España únicamente, como ya anteriormente había señalado la STC 135/1992, entre otras.

⁹⁵¹ FERNÁNDEZ TORRES I. (2014), "La reestructuración de las entidades de crédito", en en TEJEDOR BIELSA J.C. y FERNÁNDEZ TORRES I., *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Ed. Civitas, Navarra, pág. 310.

⁹⁵² En este sentido, el Dictamen del BCE de 9 de enero de 2013 sobre actuación temprana, reestructuración y resolución de entidades de crédito (CON/2013/3), pág. 2.

⁹⁵³ COLINO MEDIIVILLA J.L. y FREIRE COSTAS R.M. (2014), "La actuación temprana: Relaciones sistemáticas y dificultades interpretativas", en COLINO MEDIIVILLA J.L. y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares (Granada), pág. 221.

interpretativa, pues basta para determinar su concurrencia con acudir a la regulación de la actual LOSSEC en relación con el Reglamento UE nº 575/2013 y Directiva UE nº 2013/36, pero para la determinación del presupuesto de que «el posible incumplimiento resulte razonablemente previsible», su concreción es sumamente difícil de realizar⁹⁵⁴. En relación con el mismo, se prevé en el artículo 8.2 de la Ley 11/2015, que se valore la existencia de un rápido deterioro de la situación financiera o de liquidez de la entidad, o un incremento rápido de su nivel de apalancamiento, mora o concentración de exposiciones. Se prevé también que además, los presupuestos de intervención en estos casos puedan ser objeto de desarrollo reglamentario, con el fin de determinar los indicadores objetivos, que permitan reducir la discrecionalidad del Banco de España al aplicar esta potestad en el ámbito de sus competencias⁹⁵⁵. El desarrollo reglamentario de la Ley 11/2015 se ha llevado a cabo mediante el Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, que sin embargo, no hace referencia a los indicadores objetivos que permitan concretar cuándo se da el caso de que haya peligro en un posible incumplimiento futuro de los requerimientos de solvencia, liquidez, estructura organizativa o control interno.

Tratando de concretar cuándo deben ser aplicadas medidas de actuación temprana en estos casos, nos podemos fijar en cuál es su función dentro del sistema de resolución que actualmente se regula, pues esto nos puede llevar a aplicar un criterio finalista de justificación del ejercicio de tales potestades. En este sentido, la actuación temprana cumple tres finalidades: la primera, tiene una función preventiva para reconducir a la entidad evitando males mayores⁹⁵⁶; la segunda, protege al sistema y a los clientes bancarios de inestabilidades⁹⁵⁷; y la tercera, la protección de los

⁹⁵⁴ Algunos autores han destacado la imposibilidad de concretar este presupuesto incluso valorando el contenido de la Directiva 2014/59/UE, con la que la Ley 11/2015 guarda estrecha relación, poniendo de relieve que las versiones de esta Directiva traducidas a otros idiomas de Estados miembros de la UE (versiones inglesa, francesa e italiana), no permiten resolver esta cuestión. Vid. COLINO MEIDAVILLA J.L. y FREIRE COSTAS R.M. (2014), ob. cit. “La actuación temprana: relaciones...”, págs. 226 y 227.

⁹⁵⁵ GONZÁLEZ GARCÍA J.V. (2014), “La intervención temprana de las entidades de crédito”, en TEJEDOR BIELSA J.C. y FERNÁNDEZ TORRES I., *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Ed. Civitas, Navarra, pág. 166.

⁹⁵⁶ RODRIGUEZ PELLITERO, J. (2013), “Resolución de crisis bancarias”, en MUÑOZ MACHADO S. y VEGA SERRANO M. (Dirs.), *Derecho de la regulación económica, Vol. X, Sistema bancario*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 844.

⁹⁵⁷ Esta finalidad se recoge en la Directiva 2014/59 UE, en su Considerando nº 40, del que destacamos: «Con el fin de preservar la estabilidad financiera, es importante que las autoridades competentes

ahorradores en lo que exceda del límite de garantía de los Fondos de Garantía de Depósitos (100.000 euros)⁹⁵⁸. Por su parte, se considera que el Fondo de Garantía de Depósitos tiene un papel importante en los procesos de resolución de entidades, y complementario al del FROB⁹⁵⁹.

Las medidas aplicables en este caso, son adoptadas por el Banco de España⁹⁶⁰ que, en su caso, aprobará el plan de recuperación, y quedan delimitadas en el ámbito de la propia entidad⁹⁶¹. Inicialmente, la Ley 9/2012, al regular la actuación temprana preveía que bajo los presupuestos de este tipo de intervención se aprobase un plan de

puedan corregir el deterioro de la situación financiera y económica de una entidad antes de que llegue a un punto en el que las autoridades no tengan más alternativa que la resolución».

⁹⁵⁸ GONZÁLEZ GARCÍA J.V. (2014), ob. cit. “La intervención temprana...”, págs. 156 y 157.

⁹⁵⁹ BOBES SÁNCHEZ, M.J. (2013), “El Fondo de Garantía de Depósitos”, en MUÑOZ MACHADO S. y VEGA SERRANO M. (Dir.), *Derecho de la regulación económica, Vol. X, Sistema bancario*, Ed. Iustel, Madrid, pág. 921. Además, el Fondo de Garantía de Depósitos tiene también facultades de reestructuración de entidades de crédito que podrá ejercitar cuando su coste sea inferior al de satisfacer la garantía a los depositantes. En este sentido, CONLLEDO LANTERO, F. (2013), “El marco de actuación de las entidades de crédito”, en CAMPUZANO, CONLLEDO y PALOMO (Dir.), *Los mercados financieros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 246.

⁹⁶⁰ La Ley 11/2015 hace referencia en el artículo 9 al “supervisor competente”, que aparece especificado en términos generales en el artículo 2.1.b), y que será el Banco de España o el Banco Central Europeo, dentro del Mecanismo Único de Supervisión, como autoridades responsables de la supervisión de las entidades de crédito; y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, como autoridad responsable de la supervisión de las empresas de servicios de inversión.

⁹⁶¹ La actuación temprana puede incluir alguna de las medidas siguientes o varias de ellas de conformidad con el artículo 9 Ley 11/2015: a) Requerir al órgano de administración de la entidad que aplique una o varias de las medidas establecidas en su plan de recuperación en un plazo determinado o que actualice dicho plan y aplique una o varias medidas del plan actualizado, cuando las circunstancias que hayan desencadenado la actuación temprana difieran de los supuestos previstos en el mismo. b) Requerir al órgano de administración de la entidad para que examine su situación, determine las medidas necesarias para superar los problemas detectados y elabore un plan de actuación para resolver dichos problemas, con un calendario específico de ejecución. c) Requerir al órgano de administración de la entidad para que convoque o, si el órgano de administración no cumpliera con este requisito, convocar directamente a la junta o asamblea general de la entidad y, en ambos casos, fijar el orden del día y proponer la adopción de determinados acuerdos. d) Requerir el cese o la sustitución de uno o varios miembros del órgano de administración, directores generales o asimilados, si se determina que dichas personas no son aptas para cumplir sus obligaciones de conformidad con los requisitos de idoneidad exigibles. e) Designar un delegado del supervisor competente en la entidad con derecho de asistencia, con voz pero sin voto, a las reuniones del órgano de administración y de sus comisiones delegadas y con las mismas facultades de acceso a la información que las legal y estatutariamente previstas para sus miembros. f) Requerir al órgano de administración de la entidad que elabore un plan para la negociación de la reestructuración de la deuda con una parte o con la totalidad de sus acreedores, de acuerdo, cuando proceda, con el plan de recuperación. g) Requerir cambios en la estrategia empresarial de la entidad o del grupo o subgrupo consolidable. h) Requerir cambios en las estructuras jurídicas u operativas de la entidad o del grupo o subgrupo consolidable. i) Recabar, incluso mediante inspecciones *in situ*, y facilitar a las autoridades de resolución competentes, toda la información necesaria para actualizar el plan de resolución y preparar la posible resolución de la entidad o del grupo o subgrupo consolidable y la realización de una evaluación de sus activos y pasivos. j) En caso de que las medidas anteriores no fueran suficientes, acordar el nombramiento de uno o varios interventores o la sustitución provisional del órgano de administración de la entidad o de uno o varios de sus miembros.

actuación incorporando las medidas que se estimaran necesarias a la situación, pero la Ley 11/2015, modifica el funcionamiento de la actuación temprana, y refuerza el carácter preventivo de la misma exigiendo que las entidades, en cumplimiento de su artículo 6.1, deban elaborar y mantener actualizado un plan de recuperación que contemple las medidas y acciones a adoptar por la entidad, con el objeto de restablecer su posición financiera en el caso de que se produjera un deterioro significativo de la misma, que debe ser revisado por el supervisor competente.

Lo sorprendente es que lo que se prevé es que sea el propio plan de recuperación el que deberá incluir un conjunto de indicadores, cuantitativos y cualitativos que se tendrán en cuenta como referencia para emprender las acciones previstas, de modo que aquellos indicadores objetivos que permitan reducir la discrecionalidad del Banco de España al aplicar esta potestad, vienen determinados por la propia entidad en su plan de recuperación, aunque el mismo artículo 6, en su apartado 3, determina que este plan será revisado y aprobado por el supervisor competente que es el Banco de España.

La Ley 11/2015 introduce también una importante novedad en relación con las previsiones de su antecesora la Ley 9/2012, y es que actualmente, el plan de recuperación que, en su caso, sería aplicable en la fase de actuación temprana, en ningún caso «podrá presuponer el acceso a ayudas financieras públicas», ex artículo 6.2 *in fine*. La anterior Ley 9/2012 admitía que la fase de actuación temprana en la que además el plan de actuación se preparaba *ad hoc* y se aprobaba *a posteriori*, una vez manifestada a la situación de incumplimiento o posible incumplimiento, pudiera aplicar apoyo financiero público de forma excepcional y limitada⁹⁶², y siempre que existiesen elementos objetivos que hiciesen razonablemente previsible que la entidad fuera a estar en condiciones de comprar o amortizar los instrumentos convertibles en los términos comprometidos (siendo el plazo máximo de dos años), ya que en otros casos, las medidas de recapitalización sólo pueden aplicarse dentro de un proceso de resolución. Con la Ley 11/2015 esto no es posible, y en realidad, este criterio es más

⁹⁶² A pesar de su carácter excepcional, el artículo 9.f) de la Ley 11/2015 prevé en esta fase la aplicación limitada de recursos públicos si se considera imprescindible, y siempre que se cumpla con la normativa española y de la Unión Europea en materia de competencia y ayudas de Estado y tratando de minimizar el uso de recursos públicos, pudiendo llevarse a cabo mediante medidas de recapitalización en las que el plazo de recompra o amortización de los instrumentos convertibles en acciones no exceda de dos años, en cuyo caso el plan de actuación requerirá informe favorable del FROB.

coherente con el principio de que el apoyo financiero público debe ser el último recurso, aplicable sólo como medida de emergencia, y también es más coherente con el sistema de resolución de entidades que se regula en el MUR, ya que, en puridad, como se ha indicado, las medidas de actuación temprana deben permitir que la entidad se recupere por sus propios medios, como resulta del artículo 2.1.f) de la Ley 11/2015, aplicando medidas de *bail-in*⁹⁶³ y no de *bail-out* –o rescate público–, pues las ayudas financieras se justifican no en el rescate de la entidad en sí, sino del sistema, no siendo coherente con ello que se apliquen en una fase de actuación temprana.

La Ley 11/2015 modificó la competencia del FROB en relación con el seguimiento de la ejecución del plan de recuperación, ya que con la Ley 9/2012, la competencia para realizar el seguimiento del grado de ejecución del plan de recuperación y para solicitar información necesaria a la entidad se atribuía al FROB⁹⁶⁴, y ahora, el artículo 11 de la Ley 11/2015 atribuye al Banco de España (en realidad, al “supervisor competente”), la competencia para realizar ese seguimiento, siendo esto mucho más coherente con el sistema de supervisión única del MUS, pues como se había declarado en el Dictamen del BCE de 2013, las medidas de actuación temprana se consideran consecuencia de la actividad de supervisión, y en realidad los presupuestos objetivos de la intervención administrativa no pueden concretarse sin tener en cuenta la regulación prudencial contenida en la LOSSEC y las normas europeas concordantes.

⁹⁶³ El Preámbulo de la Ley 11/2015, en su número I, alude a este término, definiéndolo como un instrumento de recapitalización interna, para llevar a cabo la absorción de pérdidas por parte de los accionistas y acreedores de la entidad, internalizando el coste de la resolución en la propia entidad financiera, para que, con la máxima seguridad jurídica, sus acreedores conozcan el impacto que sobre ellos tendría la inviabilidad de la entidad. Con su aplicación se pretende «resolver el viejo problema de las garantías públicas implícitas que protegerían a los acreedores de aquellas entidades que, por su relevancia en el sistema financiero, no serían en ningún caso liquidadas. Para ello se utiliza un medio que es a la vez un fin en sí mismo y uno de los principios rectores de esta Ley: la especial protección de los depósitos bancarios. En caso de recapitalización interna de la entidad, estos serán los últimos créditos que puedan verse afectados, quedando además cubiertos en una importante medida por el Fondo de Garantía de Depósitos, de tal forma que la inmensa mayoría de los depositantes quede indemne en caso de resolución de una entidad de crédito. (...) La existencia de estos instrumentos resuelve la cuestión de cómo deberá ser sufragada la resolución de una entidad de crédito y articula un procedimiento para la adecuada distribución de los costes; (...) y, en definitiva, de una manera que minimiza el riesgo moral en que incurren las entidades si presumen que serán rescatadas por medio de recursos del contribuyente, otorga credibilidad al principio de que los costes de la resolución de una entidad no pueden recaer sobre el presupuesto público».

⁹⁶⁴ GONZÁLEZ GARCÍA J.V. (2014), ob. cit. “La intervención temprana...”, pág. 169.

1.2.2. *Intervenciones administrativas de resolución bancaria.*

Aunque la Ley 11/2015 no se refiere a la reestructuración bancaria, tanto en el RD-Ley 9/2009, como en la Ley 9/2012, se consideró como un procedimiento aplicable a las entidades de crédito que requiriesen apoyo financiero público para garantizar su viabilidad, y resultase objetivamente previsible que dicho apoyo sería reembolsado o recuperado de acuerdo con lo previsto en la ley, o cuando incluso no pudiera llevarse a cabo su resolución sin efectos gravemente perjudiciales para la estabilidad del sistema financiero, aunque no resultase previsible que dicho apoyo fuese reembolsado o recuperado, pero se estimase conveniente tal reestructuración para minimizar el uso de recursos públicos –ex artículos 2.1.b) y 13 en párrafo primero, de la Ley 9/2012-⁹⁶⁵.

La Ley 11/2015 no regula como tales los procesos de reestructuración, y se deduce de ella que son considerados supuestos de intervención incluidos en los de resolución, ya que la misma ley en su artículo 2.1.h) define la resolución como la reestructuración o liquidación ordenadas de una entidad llevadas a cabo con sujeción a la Ley 11/2015, cuando la entidad sea inviable o sea previsible que vaya a serlo en un futuro próximo, no existan perspectivas razonables de que medidas procedentes del sector privado puedan corregir esta situación, y por razones de interés público y estabilidad financiera resulte necesario evitar su liquidación concursal.

En Derecho comparado, se utiliza el término “resolución” para hacer referencia a un conjunto de técnicas que pretenden reorganizar, enajenar o liquidar bancos en el proceso de un contexto formal de insolvencia bancaria con independencia de quien dirija el proceso o de la regulación aplicable⁹⁶⁶. Con ello quedan identificados tales procesos tanto si se aplica normativa puramente concursal o administrativa (paraconcursal), y tanto si la dirección del proceso de resolución es respectivamente judicial o administrativa (de las autoridades reguladoras del sector). Es decir, el término “resolución” de la entidad de crédito se utiliza en un sentido amplio y ahora

⁹⁶⁵ El Dictamen del BCE de 9 de enero de 2013 en su punto 6, admitió que esta fórmula, es decir, que se aplicara la reestructuración a entidades inviables que no iban a poder devolver las ayudas públicas, sólo podía admitirse en el caso de que se diera esa posible grave afectación de la estabilidad del sistema, es decir, para evitar un mal mayor, pero considerando que la reestructuración en ese caso, forma parte del régimen resolutorio, sugiriendo que se debían aclarar normativamente los efectos de esa reestructuración, entre otros, se deberían tomar medidas apropiadas frente al riesgo moral (como la sustitución de los directivos de la entidad).

⁹⁶⁶ ALONSO LEDESMA C. (2014), “La resolución de entidades de crédito”, en TEJEDOR BIELSA J.C. y FERNÁNDEZ TORRES I., *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Ed. Civitas, Navarra, pág. 345.

así debemos entenderlo a pesar de que con la Ley 9/2012 esta expresión excluía la faceta de la reorganización que identificábamos con los procesos de reestructuración, de modo la resolución se circunscribía a los procesos de liquidación de entidades de crédito insolventes⁹⁶⁷.

De este modo, la reestructuración queda embebida en la resolución, y se sigue con ello, el criterio de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en su Grupo de Trabajo V (Régimen de Insolvencia), 42º período de sesiones, celebrado en Viena del 26 al 30 de noviembre de 2012⁹⁶⁸.

Esta modificación tiene enorme trascendencia desde el punto de vista práctico en relación con la determinación de la concurrencia de los presupuestos habilitantes de este tipo de intervención, pues se supera la dificultad que con la legislación anterior encontrábamos para deslindar cuándo debía procederse a la reestructuración de una entidad y cuando a su resolución ordenada, entendiendo esta última solo como liquidación de la entidad. Esta dificultad giraba en torno a la configuración del concepto de viabilidad que diferenciaba los casos de reestructuración de los de resolución, con la salvedad de los casos en que siendo inviable la entidad, razones de interés público fundamentaran la adopción de un proceso de reestructuración y no de resolución, supuesto que hoy podemos identificar con un caso de resolución. Con la Ley 9/2012 el punto que marcaba la diferencia entre la adopción de medidas de actuación temprana y de reestructuración era, no la inviabilidad de la entidad, sino el de la concreción de un agravamiento de la situación, en comparación con el incumplimiento de los requisitos prudenciales. Con la Ley 9/2012, la inviabilidad diferenciaba la procedencia de la reestructuración o de la resolución⁹⁶⁹, de modo que

⁹⁶⁷ ALONSO LEDESMA C. (2014), "ob. cit. "La resolución de entidades...", pág. 346.

⁹⁶⁸ De conformidad con el criterio de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, cuando se emplea el término "resolución" se pretende abarcar la "reestructuración de una institución con el fin de asegurar la continuidad de sus funciones esenciales, preservar la estabilidad financiera y restaurar la viabilidad de esa institución en su totalidad o en parte". Vid. FERNÁNDEZ TORRES, I. (2015) "La inviabilidad como presupuesto de la resolución de las Entidades de crédito a la luz de la Ley 11/2015 de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. Primera Aproximación", en *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil UCM*, nº 95. Ed. Universidad Complutense de Madrid, pág. 6.

⁹⁶⁹ Además, el Dictamen del BCE de 9 de enero de 2013 puso de relieve en su número 1.3 que también procedía la resolución si una entidad de crédito sujeta a un proceso de reestructuración no presentase el plan de reestructuración, o el plan presentado no fuera adecuado, o la entidad incumpliera las medidas de reestructuración. Estos últimos supuestos se podían determinar de un modo objetivo, por lo que no conllevan la misma problemática que la concreción de la inviabilidad.

deslindar cuando debía proceder un procedimiento de resolución y cuando un procedimiento de reestructuración, valorando esa inviabilidad de la entidad, era muy difícil ante la imprecisión de la Ley.

La cuestión es que a la vista de la regulación contenida en la Ley 9/2012 una entidad no inviable, podía quedar sometida a un proceso de reestructuración siendo al mismo tiempo insolvente desde el punto de vista concursal, y también a la inversa una entidad que todavía no era insolvente desde el punto de vista concursal, se podía considerar inviable por anticiparse la estimación del efecto de insolvencia en un futuro próximo⁹⁷⁰, situación esta última que es gravemente preocupante desde un punto de vista garantista, y que se puede dar también ahora con la Ley 11/2015, pues deja desprovistos a los operadores del crédito de la posibilidad de impedir una resolución, si no estando en situación de insolvencia, el regulador estimase haber indicios de una futura inviabilidad.

A pesar de las dificultades en su determinación, existe cierto consenso de que el punto inicial de la inviabilidad está en el momento en que, una vez puestas en marcha las medidas exigidas por el supervisor en base a la normativa reguladora de la solvencia, y aplicadas en su caso, las medidas de un posible previo plan de recuperación, las dificultades financieras en que se encuentra la entidad la han dejado incapacitada para superarlas por sí sola⁹⁷¹.

La resolución de una entidad financiera se define por la misma Ley 11/2015 como un proceso singular, de carácter administrativo (no judicial), por el que se gestiona la inviabilidad de aquellas entidades de crédito y empresas de servicios de inversión que no pueda acometerse mediante su liquidación concursal por razones de interés público y estabilidad financiera⁹⁷². Se concibe como un procedimiento paraconcursal⁹⁷³, que se aplica con carácter alternativo al concurso ordinario respecto de entidades de crédito y en atención a sus particulares características e importancia

⁹⁷⁰ PÉREZ MILLÁN D. y RECAMÁN GRAÑA E. (2014), "La resolución de las entidades de crédito: Una aproximación crítica y práctica", en COLINO MEDIAVILLA J.L. y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. , *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares (Granada), pág. 296.

⁹⁷¹ RODRIGUEZ PELLITERO, J. (2013), ob. cit. "Resolución de crisis...", pág. 853.

⁹⁷² Así se define en el mismo Preámbulo de la Ley 11/2015.

⁹⁷³ Como procedimiento paraconcursal se caracteriza por ser un procedimiento de carácter público/administrativo. FERNÁNDEZ TORRES, I. (2015) ob. cit. "La inviabilidad como presupuesto de la resolución de...", pág. 9.

sistémica⁹⁷⁴. La resolución puede implicar la reestructuración para que la entidad siga existiendo, o puede implicar su liquidación, pero al margen de los procesos concursales ordinarios⁹⁷⁵.

Como novedad, la Ley prevé que los planes de resolución se elaboren y aprueben de forma preventiva conforme al artículo 13 y 14 de la Ley 11/2015 por la autoridad de resolución preventiva, que por aplicación del artículo 2.1.c), será el Banco de España, en relación con las entidades de crédito, y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en relación con las empresas de servicios de inversión.

El acuerdo administrativo de resolución procederá cuando en una entidad concurren, simultáneamente, las circunstancias previstas en el artículo 19 de la Ley 11/2015. Estas circunstancias son los presupuestos habilitantes de la intervención administrativa en este caso, y como veremos, no están todo lo definidos que sería deseable para garantizar la necesaria seguridad jurídica de la entidad intervenida. Son los siguientes:

a) La inviabilidad de la entidad: es necesario que la entidad sea inviable, o que sea razonablemente previsible que vaya a serlo en un futuro próximo.

La Ley 9/2012 no concretaba el concepto de viabilidad directamente, que aparecía definido a *sensu contrario*, en su artículo 20, en una definición en la que se mezclaban los casos de incumplimiento de los requerimientos de solvencia con otros hechos que se utilizan en la normativa concursal ordinaria como indicadores de insolvencia⁹⁷⁶. Con la Ley 11/2015, ocurre lo mismo, ya que se recoge el concepto de inviabilidad, que se utiliza a efectos de acordar el inicio del proceso de resolución de la entidad, y que mezcla como presupuestos tanto los casos de incumplimiento de los

⁹⁷⁴ MINGOT M. (2014), "Aspectos jurídicos relevantes de los procesos de reestructuración de entidades de crédito", en COLINO MEDIAVILLA J.L. y GONZÁLEZ VÁZQUEZ J.C. (Eds./Dirs.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de las crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada, pág. 260.

⁹⁷⁵ Las entidades de crédito pueden ser objeto de un concurso ordinario de conformidad con las especialidades contenidas en la Disposición adicional segunda Régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras de la Ley Concursal de 22 de julio de 2003. El concurso ordinario se aplicará esencialmente cuando la resolución de la entidad de este modo no suponga un perjuicio para el interés general según se determina en la Ley 11/2015. Vid. También, PÉREZ TROYA A. (2010), "Las especialidades concursales de las entidades de crédito ante la crisis financiera", en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Nº 3, Ed. Facultad de Alcalá III, Madrid, págs. 241-259.

⁹⁷⁶ FERNÁNDEZ TORRES I. (2014), ob. cit. "La reestructuración de las entidades...", págs. 310 y 311. En el mismo sentido al tratar los presupuesto de la resolución de entidades de crédito, ALONSO LEDESMA C. (2014), ob. cit. "La resolución de entidades...", pág. 355.

requerimientos de solvencia, como otros hechos que se utilizan en la normativa concursal ordinaria como indicadores de esa insolvencia⁹⁷⁷.

En la determinación de los presupuestos de la inviabilidad también encontramos dificultades porque algunos de ellos son conceptos jurídicos indeterminados. Así, de acuerdo con el artículo 20 de la misma ley, es inviable una entidad si se encuentra en alguna de las siguientes circunstancias: a) La entidad incumple de manera significativa o es razonablemente previsible que incumpla de manera significativa en un futuro próximo los requerimientos de solvencia u otros requisitos necesarios para mantener su autorización. b) Los pasivos exigibles de la entidad son superiores a sus activos o es razonablemente previsible que lo sean en un futuro próximo. c) La entidad no puede o es razonablemente previsible que en un futuro próximo no pueda cumplir puntualmente sus obligaciones exigibles. d) La entidad necesita ayuda financiera pública extraordinaria (en este último caso, no se considerará que la entidad es inviable si la ayuda financiera pública extraordinaria se otorga para evitar o solventar perturbaciones graves de la economía y preservar la estabilidad financiera).

En los casos en que tengamos que valorar la razonable previsibilidad de insolvencia -probabilidad en un futuro cercano de que pasivo superior al activo-, o de iliquidez -probabilidad en un futuro cercano de imposibilidad de cumplir las obligaciones exigibles puntualmente, aunque el activo sea superior al pasivo-, encontramos la misma dificultad que respecto al presupuesto de actuación temprana en que se debía valorar el posible incumplimiento de los requerimientos prudenciales como razonablemente previsible. Respecto de los criterios para valorar la insolvencia el artículo 20.3 prevé que sean desarrollados reglamentariamente, pero lo cierto es que en el Real Decreto 1012/2015 de 6 de noviembre que desarrolla la Ley 11/2015, no se concretan estos conceptos que quedan indeterminados.

Lo que sí se establecen son unas reglas para la valoración de entidades de crédito en su artículo 6, y conforme al mismo se determina que la valoración del activo y el pasivo de la entidad deberá ser realizada por un experto independiente designado

⁹⁷⁷ Se ha destacado que este concepto de inviabilidad “está muy en la línea de la normativa europea”, vid. FERNÁNDEZ TORRES, I. (2015) ob. cit. “La inviabilidad como presupuesto de la resolución de...”, pág. 17.

por el FROB, y que la misma se utilizará, entre otras cosas, para ponderar el cumplimiento de las condiciones para la resolución. En relación con esta valoración, el Real Decreto 1012/2015 dispone que deberá hacerse en supuestos prudentes, incluyendo la probabilidad de impago y la magnitud de las pérdidas, y sin contemplar ninguna aportación futura de ayudas públicas extraordinarias a la entidad, de ayudas en forma de provisión urgente de liquidez del banco central o de ayudas en forma de liquidez del banco central atendiendo a criterios no convencionales en cuanto a garantías, vencimiento y tipos de interés, a partir del momento en que se emprenda una medida de resolución o se ejerza la competencia para amortizar o convertir los instrumentos de capital en cuestión.

Aunque la determinación de este presupuesto cuenta con poca experiencia consolidada a lo largo de los años, sí encontramos alguna resolución que ha matizado en el caso concreto cómo interpretarlo. Concretamente, con la Resolución de la Comisión Rectora del FROB de 14 de enero de 2014 se acordó la intervención de la Caja Rural de Mota del Cuervo, Sociedad Cooperativa de Crédito de Castilla La Mancha, mediante el ejercicio de la facultad administrativa conferida al FROB en el artículo 64.c) de la Ley 9/2012 –antecedente legislativo de la Ley 11/2015-, y aplicó como instrumento de resolución la venta forzosa de las aportaciones de capital social. En este caso, aunque no existía una situación de insolvencia declarada de la entidad, se relacionó la inviabilidad de la entidad con el incumplimiento sistemático de los requisitos de solvencia, y sin posibilidad de superar esta situación por sus propios medios, a la vista de los acuerdos de los órganos de gobierno de la entidad⁹⁷⁸. El incumplimiento de los requisitos prudenciales de solvencia es un elemento apreciable de forma objetiva en relación con la LOSSEC, pero la imposibilidad de resolver la situación por los propios medios de la entidad, fue estimada por el Banco de España a la vista de los propios acuerdos de la entidad, que dieron lugar a que el supervisor entendiera que existía una razonable previsibilidad de insolvencia en un futuro próximo, porque en realidad no es lo mismo no cumplir los estándares de solvencia exigidos, que encontrarse en situación de bancarrota, ya que los niveles de solvencia

⁹⁷⁸ Como resulta del Antecedente de Hecho número Quinto de la misma resolución, disponible en la propia web del FROB: <http://www.frob.es/es/Resoluciones-del-FROB/Paginas/Resoluciones.aspx>

prudencial exigidos siempre son superiores al punto en que oficialmente deviene la insolvencia, esto es, que el pasivo supere al activo.

En el actual concepto de inviabilidad que contiene la Ley 11/2015, igual que el que contenía la Ley de 2012, se produce una anticipación de la línea de la insolvencia real como presupuesto de intervención, que en sentido estricto debería ser la imposibilidad de atender los pasivos corrientes (es decir, como mínimo iliquidez, por analogía con la insolvencia concursal), debiendo destacar que el hecho de que el presupuesto de la intervención administrativa no sea una insolvencia real, sino ficticia, configurada por la ley, puede generar una merma de las garantías de las entidades frente a la injerencia del poder administrativo por esta vía, que podría dar pie a supuestos de desviación de poder, pues si bien es cierto que la ley habilita la intervención equiparando las situaciones de incumplimiento de los requerimientos prudenciales de solvencia, también es verdad que, en el fondo, la intervención no se justifica, en esos casos, en una situación de peligro concreto para la estabilidad financiera que se protege a través de estos poderes administrativos, sino que se puede estimar basada en un peligro abstracto para esa estabilidad sistémica que todavía no se ha concretado, siendo un presupuesto tremendamente impreciso.

La anticipación de la protección de la estabilidad en los casos de incumplimiento de las normas prudenciales, no de insolvencia real, es consecuencia de que, como es lógico, aquellos se producen anteriormente en el tiempo, y no siempre suponen en su primera manifestación la insolvencia de la entidad, lo que nos lleva a considerar que la equiparación normativa de ambos casos, debe suponer en la práctica, la aplicación racional del poder de resolución⁹⁷⁹, pues el peligro para la estabilidad del sistema y el interés público afectado que legitiman la actividad administrativa, no son los mismos en ambos casos, lo que debía traducirse en la necesaria graduación del ejercicio de esa potestad, por aplicación del principio de proporcionalidad⁹⁸⁰, debiendo determinarse por la ley la intensidad de las medidas de intervención.

⁹⁷⁹ RODRIGUEZ PELLITERO, J. (2013), ob. cit. "Resolución de crisis...", pág. 854-855.

⁹⁸⁰ En este sentido, podemos referirnos a la STEDH Sporrang y Lonroth c. Suecia, de 23 de septiembre de 1982, hace referencia a la necesidad de proporcionalidad o "justo equilibrio" entre la privación de la propiedad por razones de utilidad pública, y la salvaguarda del derecho de propiedad. De este modo, no sólo debemos considerar que esa proporcionalidad existe en la adecuada valoración de los bienes que

La cuestión es que esa abstracción podía debilitar la legitimidad del poder administrativo actuante en estos casos, sobre todo porque para los casos de mero incumplimiento de las normas prudenciales, hay otras vías para reconducir la situación por parte del supervisor, como es el ejercicio de la potestad sancionadora, que debería considerarse no sólo una potestad totalmente complementaria para salvaguardar la estabilidad de la entidad y del sistema, por permitir, de forma preventiva, la supresión de ese peligro abstracto, sino que, por ser una injerencia menor en la esfera de la libertad de empresa, debería ser de aplicación preferente a un proceso de resolución.

Nos encontramos, por tanto, en un punto muy delicado porque precisar en qué momento debe darse preferencia a la protección de la estabilidad financiera, entendida como interés general, frente a los intereses particulares –especialmente los de las entidades, protegidos por la libertad de empresa-, cuando objetivamente no pueden concretarse los presupuestos que habilitan la actuación va a ser el punto en que se pueden ver comprometidos algunos derechos de relevancia fundamental⁹⁸¹ si el supervisor decide actuar, o bien si no interviene se le puede hipotéticamente imputar responsabilidad por su omisión.

Evitar una hipotética responsabilidad patrimonial en los casos en que se haya decantado por el respeto de los Derechos de los particulares, dependerá de que se haya llegado a motivar por qué no procede apreciar, en el caso concreto, el presupuesto de la inviabilidad sobre la base de una posible insolvencia futura, aunque lo habitual será la situación contraria, es decir, que se acuerde intervenir y sobre su motivación se aprecie que es el momento idóneo porque concurren los presupuestos legales para ello. El umbral de la intervención es muy difícil de predeterminar⁹⁸², por

son expropiados o intervenidos de algún modo, sino en que esa misma proporcionalidad de los medios utilizados con el interés general que se pretende proteger con la actividad pública, es lo que dota a esta de legitimidad. A pesar de lo expuesto, la doctrina diferencia en otros aspectos, los supuestos de expropiación de los de intervención administrativa como pone de relieve CARRILLO DONAIRE J.A. (2013), ob. cit. "Intervención de entidades de...", pág. 824.

⁹⁸¹ Concretamente pueden resultar afectados derecho a la libertad de empresa, derecho de propiedad, principio de proporcionalidad, y de tutela judicial efectiva, arts. 16, 17, 41, 47 y 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (derecho a la libertad de empresa, derecho de propiedad, derecho a una buena administración, principio de proporcionalidad, y de tutela judicial efectiva).

⁹⁸² Así, se ha destacado que existe un «amplio abanico de posibilidades en el que es difícil establecer apriorísticamente el momento a partir del cual una entidad deba entrar en resolución», existiendo un «margen de discrecionalidad en la apreciación del supervisor respecto de los criterios objetivos fijados así como sobre la mayor relevancia o cercanía de la inviabilidad». Vid. FERNÁNDEZ TORRES, I. (2015) ob. cit. "La inviabilidad como presupuesto de la resolución de...", pág. 14.

lo que todo dependerá de la adecuación de la motivación⁹⁸³, habiendo sido objeto de numerosas críticas la indeterminación de este elemento⁹⁸⁴. En ningún caso, el FROB al dictar los acuerdos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, podrá dejar de motivar su decisión de conformidad con las reglas generales⁹⁸⁵.

b) El segundo presupuesto habilitante para acordar el inicio del procedimiento de resolución es que no existan perspectivas razonables de que medidas procedentes del sector privado puedan impedir la inviabilidad de la entidad en un plazo de tiempo razonable. Se trata de la inadecuación de las medidas de *bail-in* para poder recuperar la situación de estabilidad de la entidad.

Se ha considerado que con la aplicación de los recursos del FROB, que se nutren principalmente, del propio sector del crédito, a través de las contribuciones anuales ordinarias de las entidades –ex artículo 53.1.a) de la Ley 11/2015- se cuadra el círculo

⁹⁸³ Por falta de motivación se han fundamentado algunas impugnaciones a los acuerdos del FROB, por ejemplo, la resuelta por la SAN 2559/2016, de 23 de junio, en relación con la Resolución dictada por la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria de fecha 16 de abril de 2013 por la que se acuerdan acciones de recapitalización y de gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada en ejecución del Plan de Reestructuración del Grupo BFA-Bankia, aprobado el 27 de noviembre de 2012 por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria y el Banco de España y el 28 de noviembre de 2012 por la Comisión Europea. En este caso, se solicitaba que se anulase la resolución impugnada por cuanto que se les ha causado importantes perjuicios a los titulares de obligaciones subordinadas por imponérselos el canje obligatorio por acciones de Bankia, alegando la falta de motivación en la resolución del FROB que acordó la procedencia de la reestructuración, alegándose falta de prueba sobre el carácter sistémico de la entidad, falta de motivación en la elección del procedimiento de reestructuración en vez del procedimiento de resolución en cuanto aquellas partes del grupo de entidades de crédito inviables, a fin de que solo a estas se les aplicara el procedimiento de insolvencia, dejando a salvo las partes viables, como podía ser Bankia, y falta de motivación sobre el procedimiento de contratación para la designación por el FROB de los expertos independientes que se encargaron de valorar a la entidad y a las emisiones afectadas por la gestión de instrumentos híbridos. En el caso indicado, la AN no entró a valorar la motivación de estas cuestiones, considerando que era, en ese proceso de reestructuración, en el que se podían discutir si era o no procedente la reestructuración, o si era más conveniente la resolución, o si tenía o no dicha entidad el carácter sistemático así como discrepar de los informes de valoración económica de la entidad que condujeron a la reestructuración. Cuestiones todas estas que la AN consideró firmes, al entender que no eran el objeto de la resolución impugnada, y sobre lo que no se pronunció directamente, si bien, en su Fundamento Jurídico Sexto, sí considera que la actuación del FROB no fue arbitraria, valorando bien utilizado el margen de discrecionalidad del que la autoridad de resolución dispone en estos casos, y que le conducen a afirmar que «la ley 9/2012 atribuye al FROB la facultad de valorar la mejor opción posible y en ese margen de discrecionalidad no se puede cuestionar la legalidad de la decisión para ejecutar lo acordado en el Plan de Resolución de 27 de noviembre de 2012. Existen razones objetivas que lo justifican porque únicamente el ejercicio de la facultad administrativa permite excluir el derecho de suscripción preferente en el aumento de capital simultáneamente acordado, exclusión necesaria para la ejecución del plan y otra razón es que había que cumplir una exigencia del MOU y es que las entidades del Grupo 1 entre las que estaba Grupo BFA-Bankia debían estar capitalizadas a 31 de diciembre de 2012».

⁹⁸⁴ PÉREZ MILLAN D. y RECAMÁN GRAÑA E., (2014), ob. cit. “Las resoluciones de las entidades...”, pág. 299.

⁹⁸⁵ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ T.R. (2014), ob. cit. “El Fondo de Reestructuración...”, pág. 38.

entre los instrumentos de *bail-in*, los Fondos de Garantía de Depósitos, y las ayudas públicas en forma de rescate o *bail-out*⁹⁸⁶. Así, si como primera medida, no funcionan los instrumentos de recapitalización interna –*bail-in*–, que supone la absorción de pérdidas por parte de los accionistas y acreedores de la entidad, entra en juego la aplicación de los recursos del FROB (junto con, en su caso, la aplicación del Fondo de Garantía de Depósitos), con la finalidad de evitar la aplicación de recursos públicos, mediante un rescate o *bail-out*⁹⁸⁷.

Las intervenciones realizadas a través de los procedimientos de resolución deben observar el principio de reducción al mínimo posible de la carga que soportan los contribuyentes, de manera que resulta de diversas normas, que en primera instancia se deben exigir medidas que apliquen los propios recursos de la entidad (mecanismos de *bail-in*), lo que debe implicar para las autoridades competentes, la observancia de un estricto régimen jurídico tendente a conseguir la aplicación de instrumentos de capitalización que mejor encajen en este principio⁹⁸⁸, evitando si es posible, un rescate público.

Aunque no es un requisito, lo lógico sería haber intentado anteriormente la aplicación del plan de recuperación, y de las medidas de actuación temprana que contiene. Sin embargo, no es necesario aplicar la fase de actuación temprana con carácter previo, y puede incluso ser aconsejable acudir directamente a esta fase de resolución, ante la posible pérdida de valor de los activos de la entidad en poco tiempo.

El problema entonces será que el supervisor aprecie esa inadecuación de las medidas de *bail-in* para poder recuperar la situación de estabilidad de la entidad, así como las circunstancias concurrentes que aconsejen la aplicación inmediata de la fase de resolución, lo que conlleva la aplicación de los recursos del FROB y una mayor

⁹⁸⁶ CARRASCOSA MORALES A. y DELGADO ALFARO M. (2013), “El bail-in en la reestructuración bancaria en España”, en *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, Nº 874, pág. 84.

⁹⁸⁷ Aunque los recursos del FROB se consideran también públicos, podríamos considerarlos ayuda pública ordinaria frente a otros recursos derivados de los presupuestos públicos, a la vista del artículo 31 de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

⁹⁸⁸ TEJEDOR BIELSA, J. (2014), “Riesgo inmobiliario y saneamiento del sistema financiero, cobertura de riesgos, valoración y transferencia de activos a la sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria”, en TEJEDOR BIELSA J.C. y FERNÁNDEZ TORRES I., *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Ed. Civitas, Navarra, pág. 268.

intervención administrativa. La posibilidad de intervenir adoptando medidas de resolución, obviando las de actuación temprana, debe quedar justificado en el hecho de que estas últimas no servirían para reconducir la situación financiera de la entidad, pues el principio de gradación o proporcionalidad exige lo contrario. La proporcionalidad debe entenderse en lo referente a la intensidad de la intervención, y alcanza la proporcionalidad de la planificación de las medidas⁹⁸⁹.

En este caso, la decisión del supervisor se ve amparada por un considerable margen de discrecionalidad, de forma general. Existen también casos en los que la resolución puede acordarse también de forma reglada si la entidad de crédito se encuentra en una situación predeterminada en su propio Plan preventivo de resolución, porque concurriendo tales circunstancias, procederá sin más acordar la resolución. Tal fue el caso de la Resolución de 25 de octubre de 2013 de la Comisión Rectora del FROB, que ordenó la resolución de Banco Gallego S.A., mediante la transmisión de sus acciones, por hallarse incurso la entidad en la situación predeterminada en el Plan de resolución de la entidad⁹⁹⁰.

Cuando concurren las circunstancias que dan lugar a aplicar medidas de resolución según el propio Plan de resolución, la entidad debe comunicarlo inmediatamente al FROB y al Banco de España, de modo que si la entidad procede de este modo, evitaría ser sancionada por la infracción de esta obligación de comunicación⁹⁹¹.

c) El tercer presupuesto exigido es que por razones de interés público, resulte necesario o conveniente acometer la resolución de la entidad para asegurar la continuidad de la entidad, o evitar efectos perjudiciales para la estabilidad del sistema

⁹⁸⁹ COLINO MEDIAYILLA, J.L. y FREIRE COSTAS, R.M. (2015), "La actuación temprana", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (nº 137), Ed. Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, pág. 183-184.

⁹⁹⁰ Así resulta del Fundamento de Derecho Segundo de la Resolución de 25 de octubre de 2013 de la Comisión Rectora del FROB, disponible en <http://www.frob.es/es/Resoluciones-del-FROB/Paginas/Resoluciones.aspx?k=2013>

⁹⁹¹ De conformidad con el artículo 92.2.2º.r) LOSSEC, es infracción muy grave: «No remitir al Banco de España por parte de los administradores de una entidad de crédito el plan de retorno al cumplimiento de las normas de solvencia exigido en virtud del artículo 68.2 c) o de los planes de actuación o de reestructuración a los que se refiere la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, cuando ello resulte procedente. Se entenderá que existe falta de remisión cuando hubiera transcurrido el plazo establecido para efectuar la misma, a contar desde el momento en que los administradores conocieron o debieron conocer que la entidad se encontraba en alguna de las situaciones que determinan la existencia de dicha obligación». La referencia a la Ley 9/2012 debe entenderse hecha a la Ley 11/2015.

financiero, si se lleva a cabo la disolución y liquidación de la entidad en el marco de un procedimiento concursal.

La resolución de una entidad, como supuesto de intervención administrativa, desplazando un posible procedimiento de liquidación concursal ordinario, se justifica en la posibilidad de que un proceso de resolución de la entidad de crédito abarque más situaciones que las que se basan estrictamente en una pura situación de insolvencia, es decir, puede que la entidad no sea insolvente y sin embargo, el interés general recomiende la aplicación de medidas de resolución⁹⁹². También se justifica en la relación de confianza de la intermediación del crédito y en las consecuencias perjudiciales que la aplicación de las reglas concursales generales conllevaría para la estabilidad del sistema en su conjunto⁹⁹³. Esta justificación se utiliza para determinar, en parte, uno de los presupuestos objetivos habilitantes de tal resolución, como es, que por razones de interés público sea necesario o conveniente este procedimiento, y que además la entidad de crédito sea inviable o sea razonablemente previsible que vaya a serlo en un futuro próximo⁹⁹⁴.

Los efectos perjudiciales que se pretenden evitar con la resolución ordenada de conformidad con el artículo 3 de la Ley 11/2015, son: asegurar la utilización más eficiente de los recursos públicos, minimizando los apoyos financieros públicos; proteger a los depositantes cuyos fondos están garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito y a los inversores cubiertos por el Fondo de Garantía de Inversiones; y proteger los fondos reembolsables y demás activos de los clientes de las entidades.

En realidad, los procesos de resolución entendidos como supuestos de intervención administrativa se deben fundamentar en un interés público que ha sido reconocido como interés general global recientemente, y que es la estabilidad financiera⁹⁹⁵. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha identificado el interés público de estas actuaciones administrativas con la estabilidad financiera, en su Sentencia nº 2559/2016 de 23 de junio (Fundamento de Derecho

⁹⁹² PÉREZ MILLÁN D. y RECAMÁN GRAÑA E. (2014), ob. cit. "La resolución de las entidades de crédito...", pág. 315.

⁹⁹³ ALONSO LEDESMA C. (2014), ob. cit. "La resolución de entidades...", pág. 349-350.

⁹⁹⁴ ALONSO LEDESMA C. (2014), ob. cit. "La resolución de entidades...", pág. 354.

⁹⁹⁵ CONLLEDO LANTERO, F. (2014-2015), ob. cit. "El marco comunitario para la recuperación...", págs. 159-174.

Cuarto)⁹⁹⁶, y para concretarlo más debemos considerar que ese interés público entraña, como contenido, las finalidades u objetivos del FROB según el artículo 3 de la Ley, que en esencia se circunscriben a la limitación en el uso de los recursos públicos y a la protección de los depositantes, haciendo ambos compatibles con el mantenimiento de la entidad o su liquidación ordenada.

La resolución del FROB de 14 de enero de 2014 que acordó la resolución de la Caja Rural de Mota del Cuervo hizo referencia a la estabilidad financiera como interés general objeto de protección en ese acuerdo, y lo interpretó de una forma sumamente amplia, pues consideró que la medida acordada en ese caso «neutraliza cualquier riesgo, siquiera hipotético o en plano teórico habida cuenta del reducido tamaño de la entidad para la estabilidad financiera que pudiera derivarse de un potencial contagio a otras entidades, canales de contagio siempre difíciles de predecir que pudieran provocar perturbaciones en el sistema financiero y repercusiones económicas negativas para los contribuyentes»⁹⁹⁷.

Realmente dio a entender, que estaba anticipando la estimación de un peligro sistémico basado en la difícil predictibilidad de la transmisión de las inestabilidades pero que estas no se basaban en la importancia de la entidad intervenida que era de reducido tamaño. Al mismo tiempo se estimó que a ese interés general convenía la resolución de la entidad por la vía excepcional que prevé la ley y en ese momento, y no se consideró conveniente esperar a que concurrieran los presupuestos de insolvencia de la entidad para liquidarla por los cauces concursales ordinarios estimando que este último escenario sería más desfavorable para los intereses afectados por la pérdida de valor de los activos⁹⁹⁸. Sin embargo, la afectación de la estabilidad financiera, tan remota como se planteó en la resolución, no parece muy convincente para motivar la concurrencia del interés público en este caso.

⁹⁹⁶ En el mismo sentido también la Sentencia de la Audiencia Nacional nº 2292/2016, de 16 de junio, en su Fundamento de Derecho Quinto, que además considera que la estabilidad financiera como interés público justifica la existencia de un bloque normativo especial. Dicha Sentencia hace referencia a la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 1996, que consideró que «la insolvencia o inviabilidad de la entidad bancaria, que obligan a colocarla bajo un régimen particular, que sustituye al concursal en cuanto requiere de la tutela administrativa a fin de garantizar no solo los intereses de los acreedores, sino también la estabilidad del sistema financiero y el mínimo coste para los recursos públicos».

⁹⁹⁷ Fundamento de Derecho número Primero de la misma resolución, pág. 5, disponible en la propia web del FROB: <http://www.frob.es/es/Resoluciones-del-FROB/Paginas/Resoluciones.aspx>

⁹⁹⁸ PÉREZ MILLAN D. y RECAMÁN GRAÑA E., (2014), ob. cit. “Las resoluciones de las entidades de crédito una aproximación...”, pág. 301.

Las intervenciones administrativas de resolución en defensa de este interés público quedan justificadas, pero de conformidad con el Derecho de la UE, en especial con la Directiva UE 2014/59, solo puede adoptarse una medida de resolución cuando resulte estrictamente necesaria en defensa de ese interés público, y toda interferencia con los derechos de los accionistas y acreedores que sea consecuencia de ella, debe ser compatible con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debiendo quedar proporcionada tal interferencia a los riesgos que se han de afrontar, sin que en ningún caso puedan ser directa ni indirectamente discriminatorias por motivos de nacionalidad⁹⁹⁹.

Sobre la compatibilidad con los derechos particulares afectados, que es el punto sensible de la fundamentación en el interés público de la actuación administrativa, debemos hacer referencia a la Resolución de 21 de febrero de 2013, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución del mismo organismo de fecha 26 de diciembre de 2012, por la cual se acordó realizar las operaciones de reducción y aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente en ejecución del Plan de Resolución de la entidad Banco de Valencia, S.A., y que señaló que la normativa aplicable a la resolución bancaria constituye «un bloque normativo completo que desplaza por razones de interés público la protección individual a favor de la protección del sistema y de la estabilidad financiera, no olvidando, eso sí, una serie de garantías para accionistas o acreedores a través de Planes de reestructuración y resolución aprobados, valoraciones económicas, protección o tutela ex post..., que sustituyen a las propias de una entidad mercantil en condiciones de normalidad». En este caso, las garantías de los accionistas también fueron muy discutidas, y precisamente, esta cuestión que está íntimamente ligada con la naturaleza que debe dársele a la intervención administrativa que opera a través de una resolución bancaria, como veremos más adelante, no está bien configurada desde una óptica garantista de los derechos de los particulares¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁹ Así resulta del Considerando nº 13 de la Directiva UE 2014/59 que establece un marco común para la resolución de entidades de crédito y de la que deriva la Ley 11/2015.

¹⁰⁰⁰ En el caso de la resolución del Banco de Valencia, los intereses de los titulares de los activos afectados fueron objeto de la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta, nº 2292/2016, de 16 de junio, en los que la impugnación de la actuación del FROB se basaba, entre otros motivos en

De este modo, el interés público así entendido, permite afectar hasta cierto punto las garantías de los intereses individuales concurrentes¹⁰⁰¹, lo que se considera debe descansar en un sistema de recursos específico para poder, en su caso, impugnar las compensaciones a recibir por la privación de derecho consecuencia de la intervención pública¹⁰⁰², o para impugnar el procedimiento por cuestiones formales. Al procedimiento y al régimen de recursos nos referiremos más adelante.

1.3. Aspectos formales del procedimiento de resolución: la alternativa de la decisión en base al principio *no creditor worse off*.

Desde el punto de vista formal o procedimental, la apertura del procedimiento de resolución es acordada por el FROB conforme al artículo 21 de la Ley 11/2015, a instancia del Banco de España, de la CNMV o del BCE –según quien sea el supervisor competente en ese caso-, ya que estos harán una previa evaluación de si la entidad es inviable o es razonablemente previsible que vaya a serlo en un futuro próximo, y la comunicarán sin demora al FROB; es en este punto donde se aprecia la estrecha relación que tienen los procesos de resolución (y también de actuación temprana) con la función supervisora, pues además, los supervisores asumen la faceta de autoridad de resolución preventiva. También el FROB, como autoridad de resolución ejecutiva,

«la vulneración que hace la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de los artículos 33 y 24 de la Constitución; el primero de ellos por cuanto, como hemos indicado antes, se expropián los derechos políticos de los accionistas sin indemnización y como ya señaló la STC 166/1986, las leyes expropiatorias están sometidas a límites pues le son aplicables las garantías que establece el art. 33.3 de la Constitución. Y el segundo, esto es, la vulneración del artículo 24 se produciría por la imposibilidad del ciudadano de impugnar las disposiciones de una Ley y, por tanto, se estaría impidiendo en sede judicial la posibilidad de discutir la procedencia de la "expropiación de estos derechos políticos" (Fundamento de Derecho Segundo)».

¹⁰⁰¹ Incluso, el TJUE ha tenido oportunidad de tratar esta cuestión, llegando a resolver en STJUE de 8 de noviembre de 2016 dictada en el asunto C 41/15 Gerard Dowling y otros v. Minister for Finance de Irlanda, en relación con la compatibilidad de los intereses concurrentes, que los derechos recogidos en las normas generales societarias ceden en favor de las normas especiales bancarias, de modo que, la Segunda Directiva de Derecho de Sociedades que tiene por objeto asegurar una equivalencia mínima en la protección de los accionistas y de los acreedores de las sociedades anónimas, que se aplica a los bancos como regla general, cede en caso de grave perturbación de la economía y del sistema financiero de un Estado miembro o de una amenaza sistémica para la estabilidad financiera de la UE. En estos casos, las medidas excepcionales acordadas por las autoridades nacionales son compatibles con aquella Segunda Directiva de Derecho de Sociedades, aunque la contradigan. El TJUE establece que no puede considerarse que los intereses de los accionistas y de los acreedores prevalezcan en todo caso sobre el interés público de la estabilidad del sistema financiero de la UE.

¹⁰⁰² CONLLEDO LANTERO, F. (2014-2015), ob. cit. "El marco comunitario para la recuperación y resolución...", pág. 163.

podrá instar al supervisor competente a que realice esa evaluación si considera que existen razones para ello.

Antes de acordar la apertura del procedimiento de resolución deberá evaluarse las condiciones de resolubilidad de la entidad. Esta evaluación regula en el Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 11/2015, que también se refiere más brevemente a la evaluación de la resolubilidad de la entidad de crédito en sus artículos 15 y ss., para determinar si la entidad es resoluble y si, en el caso de que cumpliese las condiciones para la resolución, pudiera procederse a su liquidación en el marco de un procedimiento concursal o a su resolución en procedimiento administrativo.

Si el FROB acuerda la apertura del procedimiento de resolución, dará cuenta motivada de su decisión al Ministro de Economía y Competitividad, al supervisor y autoridad de resolución preventiva competentes. El acuerdo de resolución será objeto de notificación sin demora a la entidad y de publicación en los términos previstos en el artículo 24 de la Ley 11/2015.

La resolución de entidades implica la sustitución del órgano de administración, que será asumida por el FROB, a través de la persona física o jurídica que designe, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 11/2015.

Respecto al contenido del acuerdo de inicio del procedimiento de resolución, éste debe incluir, como mínimo, las razones que justifican la decisión, especificando si se cumplen las tres condiciones exigidas para acordar la resolución en los términos expuestos en el epígrafe anterior, también se incluirán las medidas que el FROB tenga la intención de adoptar, y las razones que, en su caso, justifican solicitar el inicio de un procedimiento concursal ordinario. Estos dos últimos elementos tienen relación entre sí, y los dos convergen en la aplicación del principio *no creditor worse off*, o principio de que en un proceso de resolución ningún acreedor debe soportar mayores costes o pérdidas que las que experimentaría en un proceso de liquidación concursal ordinario¹⁰⁰³.

¹⁰⁰³ En general, cabe tener en cuenta que los procesos concursales de entidades de crédito bien de acuerdo con sus reglas específicas, bien de acuerdo con los procesos de intervención administrativa que aquí estamos contemplando, especialmente los de reestructuración y resolución bancaria, tratan de evitar los mayores perjuicios que en el sistema podría causar la liquidación de una entidad de crédito a diferencia de lo que puede ocurrir con cualquier otra empresa en la que los acreedores y socios

Respecto a las medidas a adoptar, salvo casos excepcionales en que las circunstancias aconsejen otra actuación, se aplicarán las previstas en el plan de resolución preventivo que se hubiera aprobado anteriormente para el caso de necesitarlo, y que puede incluir todos o algunos de los instrumentos de resolución previstos en el artículo 25 de la Ley 11/2015, y que son la venta del negocio de la entidad, la transmisión de activos o pasivos a un banco puente, la transmisión de activos o pasivos a una sociedad de gestión de activos, y el apoyo financiero a los adquirentes del negocio, al banco puente o a la sociedad de gestión de activos cuando resulte necesario para facilitar la implementación de los instrumentos anteriores y para minimizar el uso de recursos públicos.

En el caso de que los instrumentos de resolución se apliquen de manera parcial, una vez realizada la transmisión parcial del negocio o de los activos y pasivos, la entidad se disolvería y liquidaría en el marco de un procedimiento concursal –con las especialidades previstas para las entidades de crédito dentro del mismo, en la Disposición Adicional Segunda de la Ley Concursal-, pero en todo caso, debe observarse, al adoptar esta decisión el *no creditor worse off principle*¹⁰⁰⁴.

En relación con este principio, y con la fundamentación de las medidas de intervención a aplicar al acordarse la resolución de la entidad, procederá también, en su caso, justificar de acuerdo con el artículo 23.c) de la Ley 11/2015, la solicitud de un procedimiento concursal ordinario. En realidad, a la vista de lo que supone este principio, debemos entender que en la resolución la inclusión de este último elemento es alternativo a la fundamentación de las medidas de intervención acordadas en el marco de la resolución que regula la Ley 11/2015, porque o se aplicarán las previsiones de la Ley 11/2015 o la Ley concursal como modo de solucionar la situación de crisis de la entidad. Entendemos que es un defecto de técnica regulatoria que el artículo 23 de

soportan unas determinadas pérdidas, pero que en caso de tratarse de entidades de crédito a ello se añadiría un perjuicio para el sistema al que se expandiría en forma de recesión e iliquidez, la crisis de una determinada entidad. Sus consecuencias pueden ser “cataclísmicas” como ha calificado algún autor. Vid. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ A. (2013), ob. cit. *Regulación bancaria y...*, pág. 77. También aprecia inconvenientes de los procesos concursales ordinarios en su aplicación a las entidades de crédito SÁINZ DE VICUÑA y BARROSSO A. (2013), “La realización de una genuina unión económica y monetaria: La unión bancaria”, en ORDOÑEZ SOLÍS D. (Coord.), *La recepción del Derecho de la Unión Europea en España. Derechos, mercado único y armonización fiscal en Europa*, Ed. La Ley, Madrid, pág. 392.

¹⁰⁰⁴ VERGARA FIGUERAS D. (2014), ob. cit., “Una panorámica de la unión...”, pág. 27.

la Ley 11/2015 haga referencia a estos dos elementos como contenido mínimo del acuerdo, cuando uno debe excluir al otro por ser alternativos.

Al margen de la cuestión formal relativa a la inclusión de una u otra justificación, según la opción más adecuada, en el fondo, esta opción también es un punto material sensible de la intervención administrativa, ya que se ha considerado que, a la vista del principio *no creditor worse off*, estas decisiones al optar por la aplicación de un proceso de resolución ordinario o por el de resolución, pueden generar supuestos de impugnación de las decisiones de las autoridades de resolución por este motivo¹⁰⁰⁵, e indudablemente, si se acredita que un particular sufrió mayores pérdidas en un proceso de resolución acordado por el FROB que las que debería sufrir en un procedimiento de liquidación concursal ordinario¹⁰⁰⁶, podrá reclamar la consiguiente indemnización, vía responsabilidad patrimonial al Banco de España, BCE, o CNMV¹⁰⁰⁷, si la pérdida deriva del plan de resolución aprobado por cualquiera de ellos –función que les atribuye el artículo 13 de la Ley 11/2015-, o al FROB, si la pérdida deriva de la gestión que este lleve a cabo durante el proceso.

A pesar de esta posibilidad teórica, en realidad, suele ocurrir lo contrario en la práctica, es decir, que los acreedores de una entidad de crédito en crisis, se benefician en estos casos de ayudas públicas que no reciben otros sectores económicos¹⁰⁰⁸, y que se basan, no en la finalidad de beneficiarles a ellos directamente, sino como efecto colateral del objetivo de preservar la estabilidad financiera como interés general.

Más probablemente, quienes se pueden ver en la situación de poder exigir esa responsabilidad patrimonial a la Administración actuante, serán las entidades intervenidas, pues al margen de lo previsto sobre la valoración de los activos de la entidad¹⁰⁰⁹, si se estimase que en ella o en otros aspectos de la intervención se han

¹⁰⁰⁵ VERGARA FIGUERAS D. (2014), ob. cit., “Una panorámica de la unión...”, pág. 28.

¹⁰⁰⁶ La Autoridad Bancaria Europea en aplicación del artículo 50 de la Directiva UE 2014/59 ha aprobado unas directrices para calcular los coeficientes de conversión de la deuda en acciones, cuando esta medida se acuerde en un proceso de resolución. Son directrices a aplicar por la autoridades nacionales de resolución en el ejercicio de su poder de resolución que aplique esta medida como mecanismo de bail-in y para evitar que los acreedores que vayan a soportar pérdidas en consecuencia, vean respetado el principio *no creditor worse off*.

¹⁰⁰⁷ También configurada como Administración independiente en STS, en su Sala Tercera, nº 3052/2015, de 7 de julio, al referirse en su antecedente de hecho primero a la STS de 21 de marzo de 2013, recurso de casación nº 5418/2009.

¹⁰⁰⁸ FERNÁNDEZ TORRES I. (2014), ob. cit. “La reestructuración de las entidades...”, pág. 303.

¹⁰⁰⁹ La valoración de las entidades en los procesos de resolución, y de sus activos, se realiza según procedimiento recogido en el artículo 6 y ss del Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, por el que

producido perjuicios exigibles por esta vía como consecuencia de la actuación de las autoridades preventivas de resolución, o del FROB, aquellas podrían reclamar esa responsabilidad de acuerdo con las reglas generales. Concretamente, este supuesto encuentra su fundamento en la caracterización de los instrumentos de resolución indicados, que suponen la transferencia forzosa de activos de la entidad, como operaciones que traspasan la frontera de la regulación para llegar a ser considerados supuestos de expropiación forzosa, según un sector doctrinal¹⁰¹⁰, puesto que el artículo 26 de la Ley 11/2015 prevé que en la venta del negocio de la entidad

se desarrolla la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito, que prevé que se realice a través de expertos independientes. Cabe destacar que la valoración de las acciones o participaciones, y de los activos, se realizará tomando en consideración el valor de mercado como límite valorativo máximo, y fijándose como mínimo la cantidad que los accionistas o acreedores recibirían en caso de liquidación concursal, RODRIGUEZ SANTAMARÍA, J. (2013), "Las crisis bancarias", en CAMPUZANO, CONLLEDO y PALOMO (Dir.), *Los mercados financieros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 314.

¹⁰¹⁰ CARRILLO DONAIRE J.A. (2013), ob. cit. "Intervención de entidades de...", pág. 800 y 825. A pesar de que la STS de 14 de marzo de 2006 (en relación con la intervención en el caso Banesto), no ha reconocido esa naturaleza expropiatoria, y más recientemente, en relación con las intervenciones acordadas por el FROB, tampoco se reconoce esa naturaleza expropiatoria. En este sentido las Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, nº 1837/2016, de 23 de mayo de 2016, que en su Fundamento de Derecho Décimo declara que "Tales medidas son el resultado de los poderes exorbitantes, es evidente que lo son, que la Ley 9/2012 concede al FROB pero no constituyen una expropiación al no suponer la ablación de derecho alguno pues no se ha privado a los recurrentes de la propiedad de sus títulos o derechos de crédito. Debe recordarse que las SSTC 112/2006, de 5 de abril y 227/1988, de 29 de noviembre, se han pronunciado sobre las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración *ex novo* y modificativa de la situación normativa anterior, afirmando que resulta necesario "para que se aplique la garantía del art. 33.3 CE, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la substracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos, siendo distintas de esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho. Es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente". En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo nº 1968/2016, de 26 de mayo recoge en el caso debatido donde se planteó si la gestión de instrumentos híbridos de capital por parte del FROB ejerciendo su poder de resolución era una expropiación forzosa, para venir a declarar la Sala que "la Ley de Expropiación Forzosa no resulta de aplicación ni directa ni indirectamente, sin que exista laguna que suplir o analogía que aplicar entre una expropiación forzosa y las medidas aplicada en ejecución del Plan de resolución de Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria SA, aprobado por el Banco de España y la Comisión Europea. Las medidas consistentes en una acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada de los inversores en los términos de los art. 39 y ss de la Ley 9/2012 no supone la expropiación de sus títulos. Las medidas expuestas son el resultado de los poderes exorbitantes, es evidente que lo son, los que la Ley 9/2012 concede al FROB pero su actuación no constituye una expropiación, al no suponer la ablación de derecho alguno ya que no se ha privado a los recurrentes de la propiedad de sus títulos o derechos de crédito".

(incluyendo acciones o aportaciones al capital social o, con carácter general, instrumentos representativos del capital o equivalente de la entidad o convertibles en ellos, cualesquiera que sean sus titulares, y todos los activos y pasivos de la entidad).

Sin embargo, no se prevé que el FROB, al acordar estas operaciones, actúe con consentimiento de los accionistas, o habiéndoles dado audiencia. Tampoco se prevé el consentimiento, ni la audiencia de estos en la aplicación por el FROB de los demás instrumentos de resolución contenidos en los artículos 27 y ss (transmisión de activos a banco puente, o aplicación de instrumentos de apoyo financiero).

La única posibilidad que tiene la entidad ante estas decisiones es impugnarlas, como luego veremos, y en su caso, si concurren los presupuestos para ello, reclamar posible responsabilidad patrimonial al FROB por los perjuicios sufridos como consecuencia de estas decisiones. De ahí que las garantías de la existencia de un sistema de recursos, y del posible reconocimiento de responsabilidad patrimonial en las intervenciones, sean las únicas garantías con las que puede contar el particular (entidad de crédito) frente a las decisiones de la autoridad de resolución.

Por su parte, la posibilidad de impugnar el acuerdo que inicia el procedimiento de resolución en base a cuestiones formales o procedimentales deja escaso margen a las entidades intervenidas porque la ley no regula un procedimiento especial de carácter administrativo más allá de lo indicado, y en lo que se recoge no contempla la posibilidad de que la entidad sea oída ante la adopción de esos acuerdos que serán inmediatamente eficaces, por aplicación del artículo 65 de la Ley 11/2015. Respecto a la posibilidad de recurso, en vía administrativa cabe recurso de reposición ante la misma Comisión Rectora del FROB, y recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, de acuerdo con el artículo 72.1 de la Ley 11/2015.

1.4. Mecanismos de control de la actividad del FROB.

El FROB, como el Banco de España en su calidad de organismos independientes, disponen de la autonomía de gestión necesaria para el cumplimiento de sus fines, pero esta autonomía, no implica que su actividad no deba quedar sometida a ciertos controles, que son: el del Gobierno por aplicación del artículo 97 CE, el del Parlamento,

el del Tribunal de Cuentas, y el control judicial¹⁰¹¹. El primero ejerce su control por la participación de miembros del Gobierno en la Comisión ejecutiva del FROB, y a los otros tres mecanismos de control nos referiremos a continuación.

1.4.1. Las garantías de los procedimientos de intervención. ¿Existe garantía patrimonial reconocida a los particulares?

Sin que sirva para presuponer el reconocimiento de la identidad entre los casos de expropiación forzosa y de intervención administrativa a través de un procedimiento de resolución, es necesario comenzar este epígrafe haciendo referencia a la doctrina constitucional en relación con las garantías de la propiedad privada frente al poder expropiatorio de los poderes públicos recogida en la STC 166/1986, de 19 de diciembre, de la que resulta que el particular cuenta con tres garantías en estos casos: la primera es la finalidad de utilidad pública o interés social en la actividad administrativa, o *causa expropriandi*; la segunda, es el derecho del expropiado a la correspondiente indemnización; y la tercera, es la realización de la expropiación de conformidad con lo dispuesto en las leyes, es decir, la observancia del cauce procedimental previsto para ello.

A la primera de las garantías, que en el procedimiento de resolución, sería identificable con la conservación de la estabilidad financiera, como interés general que fundamenta el ejercicio del poder de resolución¹⁰¹², nos hemos referido en otros puntos de este trabajo¹⁰¹³. Cabe destacar que en relación con los casos de expropiación forzosa se ha señalado que el interés social o la utilidad pública constituyen un presupuesto para la iniciación del procedimiento expropiatorio que no

¹⁰¹¹ En este sentido, el Informe nº 751, de Fiscalización de la Organización y los Procedimientos de Supervisión sobre las Entidades de Crédito, Seguros y Servicios de Inversión y de la Coordinación entre los Organismos Supervisores y con la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de 29 de septiembre de 2009, del Tribunal de Cuentas, pág. 27. Última consulta 11 de enero de 2017 en <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/751%20Supervision%20entidades%20de%20credito%20.pdf>

¹⁰¹² De entrada, se ha considerado que este requisito se configura como concepto jurídico indeterminado, en las expropiaciones forzosas, y en general. Vid. BERMEJO VERA J., (1990), "Análisis previo de la expropiación forzosa", en *Documentación administrativa*, Nº 222, págs. 12. Sin embargo, en los procedimientos de resolución, la actuación administrativa sí que tiene una causa o finalidad definida, y representada por la conservación de la estabilidad financiera que se puede identificar con ese interés general equivalente a los casos de expropiación forzosa.

¹⁰¹³ Como tal se ha reconocido incluso por el TJUE en Sentencia de 19 de julio de 2016, en relación con la aplicación de ayudas de Estado a Bancos, en el Asunto C-526/14, indicando en su número 69, que "el objetivo de garantizar la estabilidad del sistema financiero, a la vez que evitar un gasto público excesivo y minimizar la distorsión de la competencia, constituye un interés público superior de esa naturaleza".

se integra como requisito en el mismo, pero sin el cual no se puede llegar a acordar la actuación administrativa¹⁰¹⁴. Igualmente, en los procedimientos de resolución de entidades de crédito, la conservación de la estabilidad financiera, como causa de la actuación administrativa, es un presupuesto habilitante de la acción de la autoridad de resolución, pues así resulta del artículo 1 de la Ley 11/2015 que considera que es objeto de la misma ley regular los procesos de actuación temprana y resolución con la finalidad de proteger la estabilidad del sistema financiero minimizando el uso de recursos públicos. En el mismo sentido, el artículo 19.1.c) de la Ley 11/2015, configura como condición para la resolución de una entidad de crédito que concurra el interés público en acometerla, y el artículo 23, exige que en el acuerdo de resolución se haga referencia a las razones que justifican la decisión. En general la estabilidad financiera, como interés general a proteger, inspira toda la reforma de la regulación bancaria, tanto en España como en la Unión Europea.

La tercera de las garantías de la entidad de crédito en los procedimientos de intervención recae, sobre todo, en la observancia de los escasos trámites previstos en la Ley 11/2015 para llevarla a cabo, y especialmente, en la determinación de los presupuestos habilitantes de actuación del FROB, debiendo destacar al respecto la conveniencia de que se configurasen con mayor claridad y objetividad por la ley. La falta de observancia en la práctica de los trámites del cauce procedimental ordinario contenidos en la Ley 39/2015, en lo no previsto en la Ley 11/2015, que debería ser lo debido a la vista de lo que prevén los artículos 1.1 y 2.2.a) de la Ley 29/2015¹⁰¹⁵, se ha utilizado para impugnar algunas de las resoluciones del FROB, sin éxito¹⁰¹⁶. Este

¹⁰¹⁴ ENTRENA CUESTA R. (2003) "El procedimiento expropiatorio", en *La Ley de Expropiación Forzosa, análisis y perspectivas de reforma*, Ed. Centro de publicaciones del Ministerio de Hacienda, Madrid, pág. 75.

¹⁰¹⁵ Con el matiz, respecto al referido artículo 2.2.a) Ley 39/2015 que sujeta al procedimiento previsto en la ley a los organismos públicos vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas, de que el FROB pretende ser un organismo independiente –y debería serlo–, pero que en el fondo no lo es, como se ha indicado en otros lugares de este trabajo.

¹⁰¹⁶ Por ejemplo, en el recurso interpuesto por la Plataforma de Afectados del Banco de Valencia contra la resolución de 21 de febrero de 2013, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), resuelto por la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta, nº 2292/2016, de 16 de junio, se alegó por los recurrentes la inexistencia de "diligencia de apertura e inicio del expediente administrativo, ni acto de incoación del mismo o cualquier tipo de resolución motivada que diera motivo al inicio del expediente", y también de "cualquier otro antecedente administrativo que justifique el por qué de la aprobación de la resolución recurrida". Este caso se resolvió desestimando el argumento al considerar cumplidas las exigencias procedimentales al existir "una explícita referencia a

fundamento no prospera porque se plantea erróneamente como falta de observancia de los trámites de la expropiación forzosa en las intervenciones administrativas de entidades, de modo que al negarse su naturaleza como tal, siendo esta la premisa mayor, la consecuencia que es la aplicación de los trámites exigidos para aquella, desaparecen como necesidad legal. Se enfoca erróneamente, porque aunque no sea una expropiación forzosa, sí deben observarse los trámites previstos para el procedimiento administrativo común en lo no previsto en la Ley 11/2015, por tratarse de un procedimiento administrativo genéricamente considerado. Esto es un defecto muy grave de la práctica en los procedimientos de resolución, que no necesita ni siquiera modificación legislativa para ser enmendado, pues la regulación ya existe, sin embargo, no se observa y parece que todo esté permitido en estos casos.

Al segundo de los requisitos, esto es, al derecho del expropiado a ser indemnizado por la privación de sus bienes y derechos, debemos referirnos en este punto, ya que es indudable que el ejercicio del poder de resolución, puede afectar a la esfera de los derechos de los particulares de una forma muy similar a como lo hace una expropiación forzosa, a pesar de que no existe consenso en la identificación de una naturaleza expropiatoria en las intervenciones en entidades de crédito, como veremos. Este requisito parte de la base de que el titular de cualquier derecho tiene una garantía patrimonial que resulta constitucionalizada en el artículo 33.3 CE y también reconocida en el artículo 17.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁰¹⁷.

En nuestra opinión, no es un obstáculo para el reconocimiento de la garantía patrimonial en estos casos, la falta de claridad existente en torno a la discusión sobre si en estos casos estamos o no ante una expropiación forzosa en sentido estricto,

los antecedentes que avalan la decisión adoptada y que arrancan de la calificación de la entidad como inviable, lo que desencadenó, en estricta aplicación de las previsiones legales”.

¹⁰¹⁷ El artículo 33.3 CE se encuentra situado fuera de la Sección I del Capítulo II del Título I en el que la Constitución española regula los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, quedando su protección atenuada por la función social de la propiedad que determina que su ubicación la encontremos en la Sección II del mismo Título y Capítulo, pero bajo el epígrafe “De los derechos y deberes de los ciudadanos”. Su protección aparece cualificada en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 17.1 declara “toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general”.

existiendo tanto opiniones que sostienen esta tesis¹⁰¹⁸, como otras que la rebaten¹⁰¹⁹. En cualquiera de estos casos, la garantía patrimonial debe subsistir si consideramos que estamos ante un supuesto de privación patrimonial singular de la propiedad privada o de derechos patrimoniales legítimos, acordada imperativamente, conforme indica el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa, no siendo un requisito para su reconocimiento que estemos ante una expropiación forzosa propiamente dicha por no darse todos los requisitos de esta. La garantía patrimonial es un límite del ejercicio de la potestad expropiatoria, y debe serlo también de la nueva potestad de resolución administrativa.

Aunque se ha planteado su identificación con la expropiación forzosa, y esto se debe a la similitud de los efectos que producen ambos casos, hay un impedimento legal para que admitamos que los procedimientos de resolución implican una expropiación forzosa, impedimento que se fundamenta en cuáles son los sujetos investidos de la potestad expropiatoria, ya que el artículo 2.1 de la LEF establece que la expropiación forzosa sólo podrá ser acordada por el Estado, la Provincia y el Municipio, esto es, las Administraciones territoriales. El FROB, que ostenta la faceta ejecutiva del poder de resolución está configurado como organismo especializado, al igual que el Banco de España, que es la autoridad preventiva de resolución, y ambos, dada su independencia respecto a la Administración estatal, no están investidos de poder expropiatorio, al igual que ocurre con los demás organismos públicos a los que se refiere el artículo 89 Ley 40/2015¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁸ Vid. CARRILLO DONAIRE J.A. (2013), ob. cit., “Intervención de entidades...”, pág. 800 y 825. También se aproxima a esta tesis RUIZ OJEDA A. L. (2015), ob. cit. “El saneamiento de Bankia por el FROB. ¿Confiscación regulatoria...”, pág. 150. El autor considera que estamos ante una actuación administrativa que produce un efecto confiscatorio equiparable a la expropiación.

¹⁰¹⁹ En casos similares a los previstos en la Ley 11/2015, como intervención de entidades de crédito en crisis, se siguió la misma línea, en este sentido, la STS de 14 de marzo de 2006 (en relación con la intervención en el caso Banesto), que no reconoció esa naturaleza expropiatoria. También se ha destacado que las potestades de intervención no son de naturaleza expropiatoria ordinariamente, vid. MUÑOZ MACHADO, S. (2012), “Regulaciones económicas y privaciones patrimoniales (sobre los límites de la intervención de entidades de crédito por el Banco de España el ejemplo de las Cajas de Ahorros)”, en REBOLLO PUIG, M. (Coord.) *La regulación económica: en especial, la regulación bancaria (actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo)*, págs. 133.

¹⁰²⁰ BLANQUER D. (2013), “La titularidad de la potestad expropiatoria”, en *La Ley de Expropiación Forzosa, análisis y perspectivas de reforma*, Ed. Centro de publicaciones del Ministerio de Hacienda, Madrid, pág. 42 y ss. El autor se plantea la posibilidad de extender la potestad expropiatoria a la Administración institucional negado por la jurisprudencia en algunas ocasiones respecto a RENFE y otros organismos públicos, en SSTs de 4 de junio de 1986 y de 25 de octubre de 1982.

Asumiendo por todo lo dicho que no estamos ante una expropiación forzosa propiamente dicha, tampoco debemos dar por sentado que no sea exigido, del mismo modo, que concurra la garantía patrimonial para el particular afectado, porque esto es una manifestación del Estado de Derecho¹⁰²¹. Nos basaremos para fundamentar esta idea en la configuración de la garantía patrimonial constitucionalizada en el artículo 33.3 CE, que debe entenderse aplicable a los casos de intervención administrativa a través de los procedimientos de resolución, pues como se ha indicado por la doctrina más reconocida, «ordenar la transmisión de acciones u otros instrumentos representativos de capital de una entidad a quienes sean sus titulares, o bien de los activos o pasivos de la misma, es también una medida de naturaleza expropiatoria»¹⁰²².

De entrada, quedarían excluidas de la supuesta compensación económica aquellas acciones del poder público que no afectasen a situaciones jurídicas preexistentes y consolidadas, siendo necesario para poder reconocer esta garantía patrimonial que el derecho afectado por la intervención estuviese “patrimonializado”¹⁰²³. Pero si afectan a derechos integrados en un patrimonio particular, debe surgir el derecho a la compensación que tal pérdida pudiera reportar

¹⁰²¹ El Estado de Derecho es la manifestación de los límites de las injerencias en la esfera privada de los poderes reconocidos al Ejecutivo, y que confieren a los ciudadanos cierta seguridad jurídica, siempre en pugna por preservar a su vez la fuerza de los poderes públicos en el cumplimiento de sus fines. Diversos estudios ponen de relieve las tensiones entre ambos, por ejemplo: VILLAR BORDA L. (2007), “Estado de derecho y Estado social de derecho”, en *Revista Derecho del Estado*, Nº 20, págs. 73-96; y VANNEY, M. A. (2010), “Estado de derecho y derecho estatal”, *Revista empresa y humanismo*, VOL. 13, Nº 2, pág.237-262; y también, entre otros, LEGAZ LACAMBRA L. (1951), “El estado de derecho”, en *Revista de administración pública*, Nº 6, págs. 13-34.

¹⁰²² FERNÁNDEZ RODRIGUEZ T.R. (2014), ob. cit. “El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria...”, pág. 36. El autor hace referencia a la doctrina constitucional existente en este sentido, en relación con la que son representativas las SSTC de 29 de julio de 1986, de 11 de junio de 1987, y de 29 de noviembre de 1988, al hacer una interpretación extensiva del alcance de la garantía de la propiedad que contiene el artículo 33 CE.

¹⁰²³ En este sentido, aparece referido este requisito en la STC 216/2015, de 22 de octubre de 2015, en su Antecedente 7.d), al indicar en relación con una de las alegaciones que «Señala que la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, ha admitido la inexistencia de derechos indemnizatorios a cargo de las Administraciones públicas cuando las modificaciones normativas alteran situaciones jurídicas preexistentes no consolidadas, y que no procede indemnización cuando el derecho reconocido por la norma no está aún patrimonializado». Se ha destacado que el problema de la valoración de acciones, participaciones y activos semejantes, sin embargo, no debe incluirse dentro de la categoría de derechos no patrimonializados, ya que si bien la «doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, no las de derechos eventuales o futuros (...), el hecho de que el valor de las acciones sea cambiante por ser títulos que cotizan en un mercado de valores y hallarse en un entorno de riesgo no convierta la propiedad de acciones en mera expectativa». En relación con esta última afirmación, vid. RUIZ OJEDA A. L. (2015), ob. cit. “El saneamiento de Bankia por el FROB. ¿Confiscación regulatoria...”, pág. 151.

al titular de los derechos afectados, con independencia de la calificación jurídica que reciba la actuación de que se trate¹⁰²⁴, porque en realidad esta es una cuestión puramente terminológica, y lo relevante a estos efectos es si existe o no privación de derechos. En este sentido, y a pesar de ser utilizado como argumento para no identificar estos casos con una expropiación forzosa, idea que compartimos, la Audiencia Nacional al resolver algunos recursos sobre la procedencia de reconocimiento de indemnización, ha declarado que existe este derecho si existe privación patrimonial, como no podría ser de otro modo¹⁰²⁵. Cuestión distinta es entrar

¹⁰²⁴ En este sentido, en otro contexto, se han equiparado ciertas compensaciones económicas con el justiprecio de una expropiación forzosa, a pesar de no tratarse de pérdidas de derechos derivados de un procedimiento expropiatorio. Más concretamente se ha equiparado a las tarifas a abonar por la ocupación de bienes privados aunque sea parcial, para la prestación de servicios que fueron públicos y que posteriormente se privatizaron, pero que se consideran de interés general, identificándolos con una expropiación de su uso. Vid. ARIÑO ORTIZ G. (2013), "Expropiaciones especiales y justo precio", en *La Ley de Expropiación Forzosa, análisis y perspectivas de reforma*, Ed. Centro de publicaciones del Ministerio de Hacienda, Madrid, pág. 167. Resulta interesante de esta tesis que tales afectaciones de elementos privados de los particulares se consideran como actuaciones jurídicas de la Administración, y no políticas y por tanto irrevisables, con la consecuencia de que sean indemnizables y revisables judicialmente.

¹⁰²⁵ Expresiva es la SAN 1490/2016, Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 21 de abril de 2016, recurso núm. 318/2013, en la que se recoge en su Fundamento de Derecho Sexto que: «Denuncia la parte recurrente el carácter expropiatorio de la actuación administrativa impugnada. En particular, consideran que se les ha expropiado su producto bancario, por otro de valor inferior sin su consentimiento, sin declaración de utilidad pública ni abono de justiprecio. No podemos aceptar éste planteamiento. La actuación administrativa se ha producido al amparo de la Ley 9/2012 y no existe analogía alguna entre una expropiación forzosa y las medidas aplicadas previstas en dicha Ley y en ejecución del Plan de resolución, aprobado por el Banco de España y la Comisión Europea. Las medidas consistentes en la recompra por el FROB de los títulos correspondientes a las participaciones preferentes y deuda subordinada de Catalunya Bank con la obligación por parte de los inversores de asumir el precio fijado por terceros contratados por el FROB y la posterior obligación de reinvertir el precio obtenido por la compraventa en la adquisición de acciones de la entidad financiera no supone la expropiación de sus títulos. Tales medidas son el resultado de los poderes exorbitantes, es evidente que lo son, que la Ley 9/2012 concede al FROB pero no constituyen una expropiación al no suponer la ablación de derecho alguno pues no se ha privado a los recurrentes de la propiedad de sus títulos o derechos de crédito. Debe recordarse que las SSTC 112/2006, de 5 de abril y 227/1988, de 29 de noviembre, se han pronunciado sobre las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración ex novo y modificativa de la situación normativa anterior, afirmando que resulta necesario "para que se aplique la garantía del art. 33.3 CE, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la substracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos, siendo distintas de esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho. Es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente». Este argumento se reproduce en otras sentencias posteriores, por ejemplo, en SAN, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Sexta, nº 2292/2016, de 16 de junio (Fundamento Jurídico Tercero).

a valorar, si en cada caso, las medidas de resolución aplicadas privan a su titular de algún derecho de contenido patrimonial o no, y sobre esto no puede hacerse una declaración predeterminada, pues se resolverá casuísticamente.

Así, una vez reconocido el derecho de todo particular a ser compensado económicamente de las pérdidas sufridas en sus bienes y derechos por el ejercicio de un poder público, de forma análoga a una expropiación forzosa, nuestro interés se debe centrar en la valoración de esa pérdida, y en la determinación de su naturaleza jurídica, pues con esto último, a su vez, reconoceremos el régimen jurídico de esta garantía patrimonial. La valoración de las acciones o participaciones, y de los activos de las entidades intervenidas, debería ser considerada como garantía en los supuestos de intervención, ya que, en esencia, la garantía de protección de la propiedad privada que dispensa el artículo 33.3 de la Constitución española queda concentrada en la valoración de activos, acciones, participaciones u otros instrumentos representativos de las mismas o convertibles en ellas, en los casos en que un particular se ve obligado a transmisión forzosa ordenada por la Administración y en favor del interés general o por causa de utilidad pública, aunque al respecto hay que hacer algunas precisiones, que tienen relación con la discutida naturaleza jurídica del poder de resolución.

Si bien la valoración de los expropiado es el núcleo del derecho del particular, esto es su garantía patrimonial frente a la injerencia del poder público, en los casos de expropiación forzosa¹⁰²⁶, la misma garantía debería concurrir en los supuestos en que el FROB acuerde la venta forzosa o cualquier tipo de transmisión de elementos patrimoniales de la entidad intervenida, en el ejercicio de sus funciones, pues es su valor patrimonial lo que protege nuestra Constitución¹⁰²⁷, y respecto de la que el

¹⁰²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T.R. (2013), *Curso de Derecho Administrativo II*, Ed. Aranzadi, Navarra, pág. 282.

¹⁰²⁷ En relación con la configuración de la valoración de los bienes expropiados, doctrina aplicable por analogía, se ha destacado que deberá acomodarse al valor de mercado de los bienes expropiados (en este sentido STC 166/1986, de 19 de diciembre), de modo que no debe ser minorada esa valoración mediante la aplicación de elementos que la disminuyan, como ocurre con la aplicación de tributos a la transmisión patrimonial forzosa, pues en realidad esto afecta a la garantía patrimonial, debiendo el justiprecio estar exento de imposiciones tributarias. En este sentido las SSTEDH Papachelas contra Grecia de 25 de marzo de 1999, antiguo Rey de Grecia y otros contra Grecia de 23 de noviembre de 2000, Di Belmonte contra República Italiana de 16 de marzo de 2010. También vid. EZQUERRA HUERVA A. (2012), “Una nueva garantía en materia de expropiación forzosa: la inmunidad del justiprecio frente a eventuales reformas tributarias en caso de demora STEDH de 16 de marzo de 2010 (Petición núm. 72638/01 asunto Di Belmonte contra República Italiana)”, en GARCÍA DE ENTERRIA E. y ALONSO GARCÍA

Tribunal Constitucional hace una interpretación extensiva, incluyéndose como supuestos indemnizables otro tipo de privaciones singulares de derechos, entre los supuestos en los que se encuentra un efecto expropiatorio, aunque no lo sea *stricto sensu*, por producir un efecto ablatorio de los derechos de los particulares¹⁰²⁸. En estos casos, al tratarse de la venta o transmisión forzosa de toda la entidad o de una parte del negocio de la misma (considerado en bloque), la valoración deberá también extenderse al pasivo¹⁰²⁹. Al considerar también el pasivo, es posible que de la valoración resulte un valor negativo si la entidad ha llegado a una situación de insolvencia¹⁰³⁰, aunque, dados los mecanismos preventivos, especialmente los

R. (Coords.), *Administración y Justicia, Un análisis jurisprudencial, Volumen II. Europa y América*, Ed. Civitas (Navarra), pág. 2858.

¹⁰²⁸ En este sentido, las SSTC 231/2015, de 5 de noviembre (Fundamento de Derecho nº 13), 166/1986 de 19 de diciembre (Fundamento de Derecho nº 15), y 48/2005, de 3 de marzo (Fundamento de Derecho nº 4), hacen referencia a la garantía expropiatoria del artículo 33.3 CE, y que entre otros elementos comprende una indemnización razonablemente equilibrada. Resulta muy claro también el Fundamento de Derecho nº 11 de la STC 227/1988, de 29 de noviembre, que declara: «Es claro que la garantía expropiatoria del art. 33.3 de la Constitución alcanza, tanto a las medidas ablatorias del derecho de propiedad privada en sentido estricto como a la privación de los “bienes y derechos” individuales, es decir, de cualquier derecho subjetivo e incluso interés legítimo de contenido patrimonial, entre los que se incluyen, sin duda, los derechos de aprovechamiento privativo o especial de bienes de dominio público. Resulta imprescindible determinar por ello si, en el supuesto que ahora examinamos, nos hallamos ante una verdadera expropiación o privación indemnizable o ante otro tipo de intervención limitativa de derechos que no comporta compensaciones económicas. Este Tribunal se ha referido ya en más de una ocasión (SSTC 108/1986, de 29 de julio, 37/1987, de 26 de marzo, y 99/1987, de 11 de junio, entre otras) al concepto de expropiación o privación forzosa que se halla implícito en el art. 33.3 de la Constitución, declarando en sustancia, y por lo que aquí interesa, que debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos, por causa justificada de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del art. 33.3 de la Constitución, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la sustracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos».

¹⁰²⁹ En este sentido, a activo y pasivo se refiere el artículo 5 de la Ley 11/2015 al regular las valoraciones en los procesos de intervención que regula dicha ley, y el artículo 7 RD 1012/2015.

¹⁰³⁰ Efectivamente sí han existido supuestos en que el resultado de la valoración ha sido negativo, por ejemplo en la reestructuración de Bankia, de la que se ha mantenido que en “cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 5 y 64.a) de la Ley 9/2012, de 15 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y, al ser el Grupo BFA-Bankia receptor de un apoyo financiero público en los términos previstos en el citado Plan de Reestructuración, se procedió a la elaboración del Informe de Valoración Económica que fue aprobado por la Comisión Rectora del FROB. Esta valoración económica se ha determinado a partir del proceso de due diligence y sobre la base de los informes de valoración emitidos por tres expertos independientes designados por el FROB, de acuerdo con los procedimientos y metodologías comúnmente aceptadas y que la Comisión Rectora estableció en su reunión de 10 de octubre de 2012. Del mencionado procedimiento, se obtuvo como resultado un valor negativo de BFA de -10.444 millones de euros, y otro igualmente negativo de Bankia de -4.148 millones de euros. Paralelamente, fue aprobado por la Comisión Rectora del FROB un valor liquidativo negativo de Bankia de -49.635 millones de euros y un valor liquidativo negativo de BFA de -13.267 millones de euros, para el caso de considerar a Bankia como valor cero, y de -64.092 millones de euros para la consideración del valor liquidativo de Bankia”. Vid. RUIZ OJEDA A. L. (2015), “El saneamiento de Bankia

colchones de capital exigidos en la LOSSEC y la fijación de unos mínimos de solvencia que superan la barrea de la insolvencia, cuyo incumplimiento habilitaría la actuación de las autoridades de resolución, también cabe la posibilidad de que el valor de la entidad sea positivo en el momento en que se acuerde su resolución por el FROB. Será en estos casos en los que cobrará importancia el reconocimiento de la garantía patrimonial como si se tratara de un supuesto de expropiación forzosa.

A nuestro parecer, desde el momento en que la Ley 11/2015 hace referencia a las valoraciones de la entidad y de sus activos y pasivos, está reconociendo, con independencia de la naturaleza jurídica que se le dé a la actuación administrativa que nos ocupa, que la acción administrativa va a afectar a la esfera de derechos patrimoniales de los particulares. Sin embargo, la Ley 11/2015, no contiene reglas sobre valoración a efectos de proteger la referida garantía patrimonial individual, sino a efectos de determinar si procede o no la aplicación del procedimiento de resolución, y qué medidas deben acordarse¹⁰³¹, ya que su resolubilidad es un presupuesto de que se acuerde el procedimiento de resolución, y la valoración de la empresa se realiza para asegurarse de que procede intervenir, y que se está respetando el principio *no creditor worse off*¹⁰³². Por este motivo, en el procedimiento previsto para las valoraciones recogidas en la Ley 11/2015, no se da audiencia al titular de los derechos afectados sobre la entidad de crédito como sí lo hace en sede de expropiación forzosa el artículo 30.2 LEF, desarrollándose la valoración totalmente al margen de la participación del interesado.

por el FROB. ¿Confiscación regulatoria de los accionistas minoritarios?”, en *Economía industrial*, Nº 398, 2015 (Ejemplar dedicado a: Análisis económico del derecho), págs. 148 y 149.

¹⁰³¹ Las finalidades de la valoración resultan claras al tener en cuenta lo previsto en el artículo 9.4 RD 1012/2015: “La valoración formará parte integrante de la decisión de aplicar un instrumento de resolución o de ejercer una competencia de resolución, así como de la decisión de ejercer las competencias de amortización o conversión de instrumentos de capital”.

¹⁰³² En este sentido se ha destacado que, uno de los objetivos de esta evaluación *ex ante* es garantizar que las medidas que se van a adoptar en el acuerdo de resolución se basen en una previa evaluación de la entidad, y otro objetivo es determinar el alcance de dichas acciones de resolución (así resulta del artículo 6 del RD 1012/2015). Aunque también existen posiciones que diferencian la valoración de los activos y pasivos, de la valoración con la finalidad de respetar el principio *no creditor worse off*, considerando que esta última pretende determinar el resultado de la recuperación para acreedores de la entidad en caso de insolvencia de esta. Si esa recuperación fuera mayor en un procedimiento ordinario de concurso, que la realizada por medio de las acciones de resolución, accionistas y acreedores tendrían derecho al pago de la diferencia. Vid. DE SERIÈRE V. y VAN DER HOUWEN D. (2016), “No Creditor Worse Off in Case of Bank Resolution: Food for Litigation?”, en *Journal of International Banking Law and Regulation*, Ed. Thomson Reuters (Professional), UK, pág. 378.

La inexistencia del trámite de audiencia, en el procedimiento administrativo por el que se llega a emitir el acuerdo de resolución de una entidad de crédito, es uno de los puntos más criticables de la actual configuración del procedimiento de resolución, pues debería preverse la audiencia al interesado al efectuar la valoración de la entidad, y de sus activos y pasivos, y lo único que se prevé por la Ley 11/2015, y por su reglamento de desarrollo, Real Decreto 1012/2015, es que se evalúen los elementos patrimoniales por expertos independientes –ex artículo 5.2 de la Ley 11/2015-, y que en caso de que por la urgencia, cuando no sea posible la valoración por expertos independientes, sea la propia Administración actuante quien efectúe una valoración provisional –ex artículo 5.3 de la Ley 11/2015 y 6 y ss del RD 1012/2015-.

La inexistencia de este trámite descansa sobre la misma finalidad que persigue la valoración de la entidad, y de sus elementos patrimoniales, y es por este motivo que ni el FROB, ni la Audiencia Nacional, consideran que estamos, ni siquiera ante una privación singular de derechos, por no existir, según tienen declarado en diversas resoluciones y sentencias, ablación patrimonial, y desde luego, mucho menos reconocen que se trate una expropiación forzosa¹⁰³³.

Aceptando esta última tesis, en la Ley 11/2015 en sus artículo 5 y el RD 1012/2015 en sus artículos concordantes, la valoración no se está haciendo con la finalidad principal de servir para determinar la garantía patrimonial de la propiedad de los derechos afectados por la transmisión forzosa, sino que la valoración de la entidad y de sus activos y pasivos es necesaria a efectos de poder efectuar la evaluación de resolubilidad y sobre todo, para fundamentar la decisión de por qué resulta

¹⁰³³ Como muestra de esta línea, la Sentencia de la AN nº SAN 2548/2016, de 23 de junio, declara que “no constituyen una expropiación al no suponer la ablación de derecho alguno pues no se ha privado a los recurrentes de la propiedad de sus títulos o derechos de crédito. Debe recordarse que las SSTC 112/2006, de 5 de abril y 227/1988, de 29 de noviembre, se han pronunciado sobre las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración *ex novo* y modificativa de la situación normativa anterior, afirmando que resulta necesario «para que se aplique la garantía del art. 33.3 CE, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la substracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos, siendo distintas de esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho. Es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente».

aconsejable optar por un procedimiento de resolución administrativo y no un procedimiento judicial concursal, que sería la vía ordinaria. Pero sí que se determina al regularse la valoración en el artículo 6 del RD 1012/2015 que una de las utilidades que la misma tendrá, será determinar «el valor que haya de abonarse a la entidad objeto de la resolución o, en su caso, a los propietarios de las acciones u otros instrumentos de capital, cuando se aplique el instrumento de entidad puente o el instrumento de segregación de activos» –artículo 6.3.e) RD 1012/2015-.

A pesar de todo, que no se recoja en el procedimiento de resolución un trámite de audiencia en lo referente a la valoración de los activos y pasivos expropiados es inadmisibles¹⁰³⁴, porque este trámite es esencial para garantizar los derechos de los particulares frente a los poderes públicos, como resulta de nuestra propia Constitución, en su artículo 105.c) CE, que lo consagra como un principio general del Derecho constitucional¹⁰³⁵, y su carácter esencial también fue puesto de relieve por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 23 de junio de 1993¹⁰³⁶.

¹⁰³⁴ En relación con el Real Decreto-Ley 9/2009 que creó el FROB y reguló sus facultades inicialmente, ya se había señalado, pues la manera de proceder que se recogía era la misma, que «en ninguna parte dice que pueda llevarse a cabo unilateralmente, sin oír a la entidad fundadora en relación con el valor de los mismos, ya que tiene un interés patrimonial efectivo en su determinación. No se pueden llevar a cabo privaciones forzosas de derechos patrimoniales *inaudita parte*. Lo prohíbe el artículo 33.3 CE y la legislación de la expropiación forzosa a la que tal precepto se remite”. En este sentido, MUÑOZ MACHADO, S. (2012), ob. cit. “Regulaciones económicas y privaciones patrimoniales...”, pág. 133.

¹⁰³⁵ TARDÍO PATO J.A., (2006), “El principio constitucional de audiencia del interesado y el trámite del artículo 84 de la Ley 30/1992”, en *Revista de administración pública*, nº 170, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pág. 96. En relación con su carácter como derecho constitucional, y en relación con las expropiaciones, merece ser destacado que el Tribunal Supremo tiene declarado que, incluso en los casos en que se opte por la tramitación de urgencia, en los que se considera admisible la sustitución de la audiencia al interesado por el trámite de información pública “antes de la declaración de urgencia y necesidad de ocupación, se debe haber verificado la información pública donde se haya “oído a los afectados”, y la forma de oírlos no puede ser otra que la de haberlos identificado previamente, ya nominalmente, ya al menos a través de la mención del bien o derecho afectado, y ofrecido expresamente, a través de la información pública, la posibilidad de alegar (...) no puede olvidarse que la audiencia a los interesados es un derecho de rango constitucional -artículo 105.c de la C.E.-, y que no parece excesivo pedir que si la Administración decide privar a un ciudadano de su propiedad, al menos le permita realmente realizar las alegaciones oportunas respecto de la procedencia de tal privación y la posibilidad de alternativas que no pasen por aquélla”. En este sentido, la STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) 775/2011, de 18 de febrero de 2011, en su Fundamento de Derecho Primero.

¹⁰³⁶ A la doctrina del TEDH en este asunto, que resolvió uno de los recursos planteados en el caso Rumasa (Ruiz Mateos contra España) en relación con los términos en que se aceptaban las expropiaciones legislativas, se refiere nuestro Tribunal Constitucional en STC 48/2005, de 3 de marzo de 2005, Fundamento Jurídico nº 2.

Sin embargo, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se mantiene la interpretación de que la audiencia al interesado que aparece referida en el artículo 105.c) CE queda condicionada por la ley aplicable en cada caso¹⁰³⁷, interpretación que consideramos desacertada porque el artículo en cuestión, no lo condiciona a la ley que pudiera resultar aplicable, sino que dice que debe garantizarse “cuando proceda” la audiencia al interesado. La interpretación de cuando procede, debería entenderse condicionada por tipo de bienes e intereses afectados, de modo que si resultan afectados bienes o derechos de los particulares, estos deben tener acceso al “trámite de audiencia”, no debiendo tenerlo cuando los procedimientos administrativos se tramitan con la finalidad de emitir una resolución que no afecta directamente intereses privados. El carácter esencial del trámite de audiencia al interesado se ha destacado siempre¹⁰³⁸, y debe mantenerse desde un punto de vista abstracto, es decir, como trámite que debe estar previsto en el procedimiento en el que la resolución va a afectar a intereses particulares.

La aparente contradicción entre este derecho a ser compensado que se prevé tanto para la entidad, como para los accionistas y otros titulares de activos, y la calificación de la institución como un caso que no es posible identificar ni con una expropiación, ni con una privación singular de derechos, y de la que se deduce que no hay ablación patrimonial, según resulta de la práctica administrativa y judicial, descansa en un error conceptual.

¹⁰³⁷ La STS, en su Sala Tercera, nº 3052/2015, de 7 de julio, en su Fundamento Jurídico Cuarto, declara en relación con la inexistencia de audiencia al interesado al autorizar la CNMV una oferta pública de adquisición de acciones sobre Funespaña, S.A, por entender que en la normativa reguladora del Mercado de Valores, la Ley 30/1992 era simplemente subsidiaria, y que la LMV no la contempla, por entender que los principios de eficacia y celeridad en la tramitación del expediente permitían excluir este trámite, señalando que no se puede apreciar que “se haya vulnerado el artículo 105 de la Constitución por habersele negado al recurrente de forma absoluta el trámite de audiencia -como afirma su defensa letrada en el desarrollo de este motivo de casación-, porque el invocado precepto constitucional, que garantiza en su apartado 3 el derecho de audiencia del interesado en el procedimiento administrativo cuando proceda, está condicionado a la regulación procedimental que establezca la Ley aplicable”.

¹⁰³⁸ A pesar de que más recientemente se atempera su carácter esencial a efectos de que su inobservancia sea determinante de una nulidad o incluso, anulabilidad del procedimiento, por su vinculación con la indefensión de los particulares, ya bajo la normativa preconstitucional, se calificó de trámite sustancial de observancia obligatoria, cardinal, fundamental, necesario, capital, esencialísimo, o de extraordinaria importancia, entre otras en SSTS 13 de enero de 1905, 18 de enero de 1932, 27 de mayo de 1935, 13 de mayo de 1948, 2 de abril de 1931, 12 de febrero de 1951, 4 de marzo de 1947. Vid. GALLARDO CASTILLO, M.J. (2016), *Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma. Práctica jurídica*, Ed. Tecnos, Madrid, pág. 265 y 266.

Esta cuestión debe esclarecerse dilucidando el efecto jurídico que sobre el patrimonio del titular produce tal intervención, y que será diferente en cada caso, según las medidas de intervención que se acuerden. Para determinar cuál es el efecto que la actividad de la autoridad de resolución produce en el patrimonio de los particulares, varios elementos deben ser considerados. El primer elemento a considerar es si el valor global de la entidad o de los elementos patrimoniales afectados es positivo o negativo, si estamos hablando de valores negativos, será indiferente cualquier otra valoración jurídica que podamos realizar al respecto, porque es indiscutible que en este supuesto no existe ablación patrimonial, ya que la Administración sólo estaría sustrayendo cargas y obligaciones que gravan el patrimonio de la entidad o de sus titulares para sanearla o liquidarla de forma ordenada, con menor perjuicio para todos los interesados. Y en un escenario en el que la valoración de los elementos patrimoniales de la entidad arroje un resultado positivo, el segundo de los elementos a considerar es si la medida de resolución acordada produce una privación de derechos. De este modo, no todas lo producen, por ejemplo, la sustitución del órgano de Administración que se produce, salvo en casos excepcionales, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 11/2015, no supone una privación patrimonial de la que pueda derivarse una compensación económica directa, y de los mecanismos previstos en el artículo 25 de la Ley 11/2015 como instrumentos de resolución, afectan a la esfera patrimonial de los particulares la venta del negocio de la entidad, la transmisión de activos o pasivos a una entidad puente, y la transmisión de activos o pasivos a una sociedad de gestión de activos, pero no la recapitalización interna.

De este modo, la posible obligación de compensar el valor del que se prive a un particular en el ejercicio de la potestad de resolución, se debe limitar a los casos en que se imponga la transmisión forzosa del negocio de la misma entidad o de sus activos o pasivos.

En estos últimos casos, sí existe una ablación patrimonial presuponiendo su valoración en términos positivos, no negativos o de pérdidas, y debe dar lugar a una compensación económica. De este modo, la compensación encontraría su fundamento en el supuesto regulado en el artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa, pues en estos casos estaríamos ante un supuesto de privación patrimonial de derechos de los

particulares por razones de orden público, económico y social, identificables con la estabilidad financiera¹⁰³⁹, y en los que no se observa el procedimiento previsto para la expropiación forzosa. La garantía patrimonial que sí existe en los procedimientos de resolución, debe ser considerada como indemnización¹⁰⁴⁰, pues no se descarta por la misma Ley 11/2015 que se afecten derechos patrimoniales particulares, y que incluso, puedan existir diferencias de valor entre la compensación que resulte de la inicial valoración de la entidad o sus elementos patrimoniales, y otras evaluaciones posteriores. En estos últimos, las diferencias de valoración pueden ponerse de manifiesto en el mismo procedimiento de resolución, y se prevé que se compense abonándose la diferencia a los interesados en el artículo 9.2 RD 1012/2015 –previsto en la corrección de la valoración provisional por la de los expertos independientes-, o también puede ocurrir que los interesados no estén de acuerdo con la valoración efectuada a instancias de la autoridad de resolución, y quieran impugnarla, debiendo en estos casos acudir a una reclamación de responsabilidad patrimonial de la administración en los términos que, resultando del artículo 121 Ley de Expropiación Forzosa, se desarrollan en la actual Ley 40/2015.

En definitiva, sí debemos considerar que la garantía patrimonial que debe respetarse en los casos de expropiación forzosa, debe también respetarse en los casos de ejercicio del poder de resolución, de modo que, si bien, conceptualmente, estamos ante supuestos diferentes, hay casos en los que la institución jurídica de la resolución de entidades de crédito puede entrañar una privación singular de derechos, siendo en ellos donde cobra importancia la garantía patrimonial, que como tal debe ser reconocida, aunque no le denominemos “justiprecio”, sino compensación o indemnización, según los casos, pero entendida como reparación de los perjuicios patrimoniales sufridos por los particulares como consecuencia de una actuación administrativa, en este caso, del ejercicio del nuevo poder de resolución.

¹⁰³⁹ Sobre la importancia para el orden económico y político de la estabilidad financiera, vid. CROCKETT A. (1997), “The theory and practice of financial stability”, en *International Finance Section (Department of Economics)*, Ed. Princeton University, New Jersey, pág. 7.

¹⁰⁴⁰ Así debe ser considerada con independencia del nombre que le demos en los casos de transmisiones forzosas derivadas del ejercicio del poder de resolución a la vista de la doctrina constitucional consolidada, de la que es ejemplo la STC 166/1986, de 19 de diciembre, y de la que resulta que «la garantía constitucional de la correspondiente indemnización concede el derecho a percibir la contraprestación económica que corresponda al valor de los bienes y derechos expropiados, cualquiera que sea este, pues lo que garantiza la constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiado y su reparación».

Consideramos que la adecuación de este concepto a la situación expuesta resulta del hecho de que, no sólo se extiende la reparación de tal valoración a los elementos patrimoniales de la entidad o de los titulares de acciones y otros derechos representativos de la propiedad de la entidad, sino incluso también a los acreedores en base al derecho que estos tienen a ser compensados cuando no se respete el principio *no creditor worse off* –según resulta del artículo 10.4 RD 1012/2015-. Se ha señalado también, que la indemnización o compensación de los derechos afectados por los procedimientos de resolución, se fundamenta en el principio de igualdad ante el sostenimiento de las cargas públicas que prohíbe la provocación de efectos confiscatorios en el artículo 31 CE¹⁰⁴¹, por lo que su fundamento excede de la mera aplicación del artículo 33.3 CE.

Todos estos supuestos lo son de responsabilidad patrimonial de la Administración actuante que permite exigir la compensación económica debida por privación de derechos privados, con independencia de la institución jurídica que dé lugar a la posible privación de derechos particulares, puesto que cuando se ejerce el poder de resolución, de forma indirecta se está privando a los titulares de sus derechos de forma similar a los casos en los que la privación es directa, como ocurre en los casos que son claramente encuadrables en una expropiación forzosa.

Vinculada con la concurrencia de los presupuestos habilitantes de la resolución y con la valoración de los activos y pasivos que están ligados a la garantía patrimonial, debe ser considerada también una garantía del particular (entidad de crédito y propietarios –accionistas, partícipes, etc.-, y acreedores) frente a la actuación administrativa, la posibilidad de acceder a un sistema de recursos adecuado y al control judicial de la actividad administrativa, cuestión a la que nos referiremos en el epígrafe siguiente.

¹⁰⁴¹ RUIZ OJEDA A. L. (2015), ob. cit. “El saneamiento de Bankia por el FROB. ¿Confiscación regulatoria...?”, pág. 152. En relación con la privación de sus inversiones a los accionistas minoritarios en el caso de Bankia, el autor considera que tal privación sin compensación en base a la valoración negativa de los activos, y que no contempló el criterio de expectativa futura de mejor valoración de los mismos, por considerarse no indemnizable según jurisprudencia consolidada en varias ocasiones, provoca el alejamiento de las meras expectativas de la figura de la expropiación, y supone realmente una confiscación de derechos no indemnizada, que en esta ocasión se resolvió al margen de la actuación administrativa, pudiendo los inversores minoristas obtener la indemnización de sus derechos perdidos a través de la entidad de crédito, pero por motivos que nada tienen que ver con la actuación administrativa, sino con la nulidad de los contratos de suscripción de acciones de la entidad por inexactitudes graves del folleto de emisión por la STS (Sala Primera, de lo Civil) 23/2016, de 3 de febrero.

1.4.2. El control judicial de las medidas acordadas por el FROB: su régimen procesal especial.

La regulación que se efectúa en la Ley 11/2015 sobre esta cuestión, bajo el epígrafe “Régimen procesal”, está plagada de defectos técnicos que acaban potenciando el carácter exorbitante de los poderes del FROB, hasta el punto que nos planteemos si son admisibles en un Estado de Derecho porque dificultan hacer efectiva la garantía patrimonial a la que antes nos hemos referido, porque limitan el control judicial de los actos del FROB a una parte de ellos, excluyendo otros, y porque el régimen procesal es continuación, en vía judicial, de una vía administrativa especial que supone para el particular afectado un punto de partida, ya de por sí, limitativo de sus derechos frente a la Administración.

Como se ha expuesto, en el procedimiento administrativo que se regula en la Ley 11/2015 para llegar a declarar la procedencia e inicio del procedimiento de resolución, se produce la valoración de la entidad o de sus activos y pasivos y la evaluación de la resolubilidad de la entidad, pero no se da audiencia a los interesados. En relación con los acuerdos del FROB adoptados como acto administrativo (según la clasificación que hace la Ley 11/2015), sólo cabe en vía administrativa interponer recurso potestativo de reposición, o ya en vía judicial interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, por tratarse de acuerdos finalizadores de la vía administrativa –ex artículo 72.1 de la Ley 11/2015-. Teniendo esto en cuenta, y también el hecho de que la garantía patrimonial debe mantenerse aunque no estemos ante un supuesto de ejercicio de la potestad expropiatoria, nos encontramos que con la configuración legal actual, para el particular afectado por una decisión del FROB, ya sea la entidad de crédito, los titulares de acciones o participaciones y otros derechos similares, o los acreedores en general, es esencial el control judicial que vamos a analizar como medio para controlar la actividad administrativa invasiva en la esfera de sus derechos.

La Ley 11/2015 regula en sus artículos 71 y ss, bajo el epígrafe “Régimen procesal”, las «particularidades de los recursos contra los actos dictados por el FROB y

de las decisiones adoptadas en los procesos de actuación temprana y resolución»¹⁰⁴², este régimen tiene como antecedente el que contemplaba la Ley 9/2012, y el que contenía el Real Decreto- Ley 9/2009, los cuales fueron objeto de fuertes críticas¹⁰⁴³. Además, hay otros acuerdos que el FROB dicta en el ejercicio de sus facultades mercantiles (según la clasificación que hace la Ley 11/2015), que afectan a la esfera de los derechos particulares, y que no siempre están vinculados con los procedimientos de resolución, ya que pueden ser acordados también en los casos de actuación temprana, menos invasiva de la esfera de los derechos de los particulares, pero que según el artículo 71.1 de la misma ley, «serán únicamente impugnables de acuerdo con las normas y los procedimientos previstos para la impugnación de acuerdos sociales de las sociedades de capital que sean contrarios a la ley».

1.4.2.1. La impugnación de los actos mercantiles del FROB.

El régimen procesal contenido en los artículos 71 y ss de la Ley 11/2015 diferencia cómo impugnar los acuerdos del FROB según se trate de lo que la ley clasifica como ejercicio de facultades mercantiles, decisiones y actos administrativos dictados en materia de amortización o conversión de instrumentos de capital y recapitalización interna, de la impugnación de los acuerdos en el marco de los procedimientos de actuación temprana o de resolución, que considera actos administrativos.

Los actos mercantiles serán objeto de control judicial en el orden civil, por el cauce procesal del juicio ordinario y de conformidad con lo previsto para el mismo en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la vista de lo regulado en el artículo 207 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante TRLSC).

¹⁰⁴² Según especifica la misma Ley 11/2015 en su Preámbulo, en número III.

¹⁰⁴³ La posible inconstitucionalidad en la configuración de las facultades exorbitantes del FROB ya fue puesta de manifiesto en relación con la regulación anterior por MUÑOZ MACHADO, S. (2012), ob. cit. "Regulaciones económicas y privaciones patrimoniales...", págs. 105-134. También se ha destacado que de la regulación actual surge un modelo muy intervenido, que se ha calificado incluso de "dirigismo económico" y que en lo referente al régimen procesal de impugnación de los actos de las autoridades reguladoras, reduce enormemente "la probabilidad de éxito a la hora de convencer al juez contencioso-administrativo". Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ M.A. (2014), ob. cit. "Transformaciones en la regulación bancaria...", pág. 143.

El artículo 204.1 del TRLSC considera acuerdos impugnables en el ámbito societario los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social (societario) en beneficio de uno o varios socios o de terceros. La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios. El éxito de la impugnación en estos casos, por tanto, radica en la posibilidad de probar la lesión al interés social o la imposición abusiva del acuerdo¹⁰⁴⁴.

La prueba de estos extremos encuentra una dificultad práctica, y es que en estos casos, se concede un reducido plazo de caducidad a la acción de impugnación, que es de 15 días a contar desde el momento en el que el FROB proceda a dar publicidad a dichos acuerdos –ex artículo 71.1-¹⁰⁴⁵. Este plazo es mucho más reducido que el que se prevé para estos casos en el TRLSC, para la impugnación ordinaria de tales acuerdos, que es de 1 año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá de conformidad con el artículo 205 TRLSC. Hay una diferencia abismal entre los plazos previstos, ya que ni siquiera se puede aplicar el último inciso de este artículo en los casos en que el acuerdo de la sociedad se haya adoptado con ocasión de una intervención administrativa del FROB, ya que el artículo 71.1 de la Ley 11/2015, lo que prevé es que el plazo de 15 días sea aplicable “en todo caso”. Esto determinará en la práctica, y en la mayoría de supuestos, la imposibilidad

¹⁰⁴⁴ De ello depende, incluso, que realmente se llegue a obtener un pronunciamiento judicial, ya que el artículo 204 *in fine* TRLSC dispone que presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento, por lo que si se considera que no se trata de un motivo esencial o determinante, quedará excluida su revisión judicial.

¹⁰⁴⁵ Se prevé que la acción de impugnación caduque, en todo caso, en el plazo de quince días a contar desde el momento en el que el FROB proceda a dar publicidad a las citadas actuaciones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69. Sobre la publicidad, de acuerdo con los art. 24 y 69 de la Ley 11/2015 y 23 del RD 1012/2015, resulta que el FROB notificará las medidas adoptadas a la entidad, al Ministerio de Economía y Competitividad y a la autoridad de supervisión y resolución preventiva competentes, y publicará los acuerdos de sustitución del órgano de administración de la entidad, en BOE y en el Registro Mercantil.

de impugnar estos acuerdos con éxito¹⁰⁴⁶. Además, en el TRLSC encontramos que algunos de los acuerdos considerados mercantiles no son impugnables¹⁰⁴⁷.

De entrada, las diferencias en los plazos para formular la impugnación y la exclusión de algunos acuerdos de la revisión judicial, porían hacernos pensar que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰⁴⁸, cuestión que, sin embargo, no puede ser planteada en abstracto, dado que el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, de modo que sólo supone el derecho a obtener un pronunciamiento judicial conforme a la ley¹⁰⁴⁹. Así, sólo se vulnera esta garantía cuando no se observa en un caso concreto lo previsto en las normas procesales para poder obtener dicho pronunciamiento, y la opción del legislador de aplicar a este tipo de acuerdos las normas indicadas, cierra las puertas por completo a la posible revisión judicial, a aquellos actos que el TRLSC considera no impugnables.

¹⁰⁴⁶ En este sentido, se ha destacado que tanto la reducción del plazo como la limitación de la materia impugnable, y que ya se recogía en la Ley 9/2012, reducen mucho la posibilidad de impugnar los acuerdos mercantiles adoptados en nombre del FROB, a pesar de que la legitimación activa es la misma que en los casos ordinarios de impugnación de acuerdos societarios, pudiendo estos ser impugnados por los socios, administradores y terceros que acrediten un interés legítimo en el grupo. Vid. LUCAS MARTIN, E.P. (2014), "Competencias mercantiles del FROB", en COLINO MEDIAYVILLA y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, (Eds/Dirs.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada, pág. 211.

¹⁰⁴⁷ De conformidad con el apartado 3 del artículo 204 TRLSC "No procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos: a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante; b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación; c) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano; d) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.

¹⁰⁴⁸ La tutela judicial efectiva debe entenderse, según la define el mismo Tribunal Constitucional, como un derecho genérico que se descompone en otros, según STC 89/1985, de 19 de julio, en su Fundamento Jurídico Primero. Y de conformidad con la STC 26/1983, de 13 de abril (Fundamento Jurídico Segundo): "tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos y, como precisa la Sentencia núm. 32/1982 de este Tribunal, también el derecho «a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ellos, por el daño sufrido». Esta complejidad, (...) no hace, sin embargo, de este derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales un concepto genérico dentro del cual haya de entender insertos derechos que son objeto de otros preceptos constitucionales distintos".

¹⁰⁴⁹ En este sentido la STC 99/1985, de 30 de septiembre en su Fundamento Jurídico Cuarto.

Dado que la merma de la garantía del control judicial no puede ser solucionada por asimilación con la vulneración de la tutela judicial efectiva¹⁰⁵⁰, la única posibilidad es reconducir el problema a un caso de privación singular de derechos, en relación con la privación del control o cuota de control de la entidad en relación con el conjunto de derechos que la titularidad de acciones o participaciones sociales otorga a su titular¹⁰⁵¹, debiendo aquí dar por reproducidas todas las consideraciones que antes hemos hecho sobre la garantía patrimonial de la titularidad de las acciones o participaciones sociales, pero con el inconveniente de que esa afectación de la garantía patrimonial a través de los actos mercantiles del FROB derivan de acuerdo societario,

¹⁰⁵⁰ En la práctica así ha ocurrido, siendo ejemplo de ello, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo nº 10978/2016, de 3 de noviembre de 2016, que entre niega el acceso al recurso a la Asociación Activa Preferentes contra la resolución del FROB de 21 de julio de 2014, por la que se acordó, tras el estudio de las ofertas vinculantes recibidas en el proceso de venta de Catalunya Banc, S.A., la adjudicación de esta entidad al Banco Bilbao, Vizcaya, Argentaria, S.A.. Aunque en este caso de lo que se trataba era de dilucidar la legitimación activa de los mismos, la argumentación de la Sala, hace una referencia a la configuración de la tutela judicial efectiva que resulta totalmente predicable respecto a la limitación para obtener un pronunciamiento judicial si la ley reguladora no permite acceder a ello por excluir la impugnación. En su Fundamento Jurídico Quinto, destaca: "Finalmente, debe decirse que no se quebranta el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución porque un proceso contencioso-administrativo quede resuelto definitivamente en única instancia. En este sentido, sobre el acceso a los recursos, existe una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que, reiterada en su Sentencia nº 252/2004, de 20 de diciembre, puede resumirse en lo siguiente: ... como hemos sintetizado en la STC 71/2002, de 8 de abril, "mientras que el derecho a una respuesta judicial sobre las pretensiones esgrimidas goza de naturaleza constitucional, en tanto que deriva directamente del art. 24.1 CE, el derecho a la revisión de una determinada respuesta judicial tiene carácter legal. El sistema de recursos, en efecto, se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales, sin que, como hemos precisado en el fundamento jurídico 5 de la STC 37/1995, 'ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988)'. En fin, 'no puede encontrarse en la Constitución "hemos dicho en el mismo lugar" ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983)' (STC 37/1995, FJ 5). Como consecuencia de lo anterior, 'el principio hermenéutico pro actione no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión' que 'es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos' (SSTC 37/1995, 58/1995, 138/1995 y 149/1995".

¹⁰⁵¹ Precisamente, la intervención en general y la adopción de acuerdos sociales en particular, puede suponer para los titulares de acciones o participaciones, la privación de todos o alguno de los derechos a los que se refiere el artículo 93 del TRLSC, que son aquellos inherentes a la condición de socio que derivan de la ley -son los derechos que, como mínimo tendrá, sin perjuicio de que los estatutos sociales atribuyan a todos los socios o a algunas clases de ellos, otros derechos-: a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación; b) El de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones; c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales; d) El de información.

y no de un acto administrativo, y estando sujeto al derecho privado, resulta imposible conectar la privación patrimonial resultante con la actuación administrativa. Esto lo que significa es que al no quedar identificado el sujeto actuante con una Administración pública, sino con un sujeto particular, que es la entidad de crédito, quien se encuentre perjudicado en sus bienes y derechos privados por el acuerdo adoptado¹⁰⁵², sólo podrá reclamar una indemnización por la vía de la responsabilidad civil a la entidad de crédito intervenida –contractual o extracontractual-, y no de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

1.4.2.2. La impugnación de los actos administrativos del FROB.

Por su parte los artículos 72 a 74 de la Ley 11/2015 regulan las especialidades de la impugnación de los actos administrativos dictados en el marco de procesos de actuación temprana y resolución. La consideración de qué actos son administrativos a este efecto, tiene su base en la clasificación que hacen los artículos 63 y 64 de la

¹⁰⁵² MUÑOZ MACHADO, S. (2012), ob. cit. “Regulaciones económicas y privaciones patrimoniales...”, pág. 134. El autor se refiere a esta cuestión comparando los casos de intervención de Banesto y CajaSur y en relación con la catalogación de las intervenciones como casos de no expropiación forzosa, destacando que todo depende de que la intervención afecte al 100% de los derechos políticos de la entidad o que sólo sea parcial. De este modo, la STS de 14 de marzo de 2006 dictada en el caso Banesto se refirió a la intervención como un caso que no tenía naturaleza expropiatoria por no haberse privado a los accionistas de sus derechos en beneficio de otros, mientras que en el caso de CajaSur, la intervención administrativa sí afecta al 100% de los derechos políticos de la entidad, perdiendo el control de la misma. El criterio que permite asimilar a la expropiación forzosa los casos de intervención según la afectación total o parcial de la entidad se recogieron por el Tribunal Supremo Norteamericano en el caso *Munn v. Illinois* (1877). Aunque la doctrina que resulta de la referida Sentencia se aplicó para admitir el poder regulador de los Estados Norteamericanos, existiendo en ella un voto disidente en el que se afirma que al aceptarse semejante invasión de los derechos privados “todas las propiedades y empresas se encuentran a merced de la mayoría de cada legislatura”. Vid. ESTEVE PARDO, J. (2012), ob. cit. “Origen, principios y técnicas de la regulación...”, pág. 42. Existen otros pronunciamientos de la Corte Suprema Norteamericana que excluyen estas actuaciones de las autoridades reguladoras de todo control judicial (por ejemplo, la sentencia dictada en el caso *Minneapolis and St. Paul Railroad Co. v. Minnesota*, de 1890). Finalmente merece ser mencionado, pues en realidad, es en ella donde se ve la vinculación de los límites del poder estatal de regulación con la garantía patrimonial de la propiedad, la Sentencia dictada en el caso *Smyth v. Ames* de 1898, que declaró que los tribunales no sólo podían decidir sobre la razonabilidad de las medidas impuestas, sino a si las mismas otorgaba a la empresa una rentabilidad justa sobre una valoración justa de su inversión (en este caso se discutía la procedencia y proporcionalidad de unas tasas). Vid. Comentario de las sentencias referidas en el apartado Documents, de *American History, from Revolution to Reconstruction and beyond*, última consulta el 7 de enero de 2017 en <http://www.let.rug.nl/usa/documents/1876-1900/supreme-court-case-munn-v-illinois-1877.php>. También en relación con un supuesto semejante, encontramos la Sentencia *Georgia Railroad & Nanking Co. v. Smith* de 1888, y la Sentencia *Cincinnati New Orleans & Texas Pacific Railway v. Interstate Commerce Commission* de 1897, comentadas en MUÑOZ MACHADO S. (2012), ob. cit. “Regulaciones económicas y privaciones patrimoniales...”, pág. 116.

misma ley, y de los que, en definitiva, resulta aplicable un régimen especial para aquellos actos que se consideran mercantiles.

Sin embargo, incluso estos últimos están fundamentados en un acto administrativo anterior del FROB, de modo que aplicando la doctrina de los actos separables, el acto administrativo inicial del que deriva el acto clasificado como mercantil podrá ser impugnado separadamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁰⁵³, de forma análoga a como hasta ahora se contempla en el artículo 21.1 al Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público¹⁰⁵⁴, o en el artículo 110.3 de la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas¹⁰⁵⁵.

En consecuencia, el artículo 71.3 de la Ley 11/2015 prevé que en el caso de que se hubiera interpuesto recurso contencioso-administrativo contra alguno de los actos que pueda dictar el FROB, el órgano judicial competente deberá suspender el procedimiento de impugnación de acuerdos societarios según lo previsto en el artículo 71 al que pudiera afectar, hasta la resolución del recurso contencioso-administrativo, cuando el acto administrativo impugnado diera cobertura a las decisiones adoptadas por el FROB como actos de naturaleza mercantil. En este caso, además se prevé una regla procesal especial pues el órgano judicial competente (el del orden civil que esté conociendo la impugnación de acuerdos sociales por aplicación del artículo 71 de la Ley 11/2015) quedará vinculado por la decisión que adopte el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo sobre la cuestión prejudicial planteada, –contiene la regla inversa a la prevista para incidentes procesales en el artículo 4.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa-.

Con la regulación actual, debe considerarse que, a salvo lo previsto para la impugnación de acuerdos sociales, considerados mercantiles, todo lo demás debe

¹⁰⁵³ Vid. SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº2539/2016, de veintisiete de junio de dos mil dieciséis.

¹⁰⁵⁴ Según el cual corresponderá al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas.

¹⁰⁵⁵ Según el cual: “El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan sobre estos contratos entre las partes. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con su preparación y adjudicación y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con su normativa reguladora.”

quedar sujeto al régimen jurídico-público de impugnación de actos administrativos, y que en lo que estos sean el presupuesto de aquellos, podrá quedar resuelta la impugnación de los actos mercantiles, si estos deben desaparecer por acordarse la nulidad del acto administrativo en el que se basan¹⁰⁵⁶. Veremos, más adelante, que a pesar de todo, en la práctica, no será tan fácil dejar sin efecto las consecuencias del acto anulado, ya sea administrativo o mercantil, pues cabe que el mismo se haya ejecutado durante la tramitación del proceso, dado su carácter inmediatamente ejecutivo, previsto en el artículo 65 Ley 11/2015, con la única posibilidad de que, en el caso de obtener una sentencia estimatoria de las pretensiones de quien lo impugne, pueda ser indemnizado, situación ésta que prevé la ley expresamente, porque es muy probable que así ocurra.

Respecto a la regulación especial que contiene la Ley 11/2015 para impugnar los actos del FROB clasificados como administrativos, la ley contempla, además de un régimen especialísimo para la impugnación de la amortización o conversión de instrumentos de capital y recapitalización interna (artículo 73), la impugnación de la aprobación de los planes de recuperación y de resolución, y de los actos y decisiones del supervisor y de las autoridades de resolución competentes dictados en el marco de procesos de actuación temprana y las fases preventiva y ejecutiva de la resolución (artículo 72).

La impugnación de la aprobación de los planes de recuperación y de resolución, por parte del supervisor competente o la autoridad de resolución preventiva competente, y los actos y decisiones del supervisor y de las autoridades de resolución competentes dictados en el marco de procesos de actuación temprana y las fases preventiva y ejecutiva de la resolución, pondrá fin a la vía administrativa y será recurrible ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional –ex

¹⁰⁵⁶ Es más, expresamente el Tribunal Supremo ha admitido la indudable naturaleza jurídico-administrativa de las resoluciones del Banco de España y del FROB. Vid. STS, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, nº 939/2016, de 4 de marzo (Fundamento de Derecho Sexto). En el mismo sentido, la SAN nº 2548/2016, de 23 de junio de 2016, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta, en Fundamento de Derecho Cuarto, al indicar "ya no estamos en el escenario propio de la relación privada entre el cliente y la entidad bancaria pues no es BFA BANKIA quien adopta la resolución recurrida sino el FROB, de acuerdo con las facultades que le otorga la Ley 9/2012, posterior en el tiempo al Código Civil. El FROB actúa como la autoridad de reestructuración en ejecución del plan que fue aprobado por la Unión Europea el 28 de noviembre de 2012".

artículo 72.1 y 2 Ley 11/2015-. Sin embargo, se prevé que la valoración que acompañe a los actos y decisiones del supervisor y de las autoridades de resolución competentes, no pueda ser objeto de recurso separado, siendo únicamente impugnabile en los recursos que se planteen contra aquellos actos y decisiones. De modo que, considerando que al interesado no le han dado audiencia en vía administrativa para su determinación¹⁰⁵⁷, el hecho de excluir la posibilidad de impugnar la valoración por sí sola, sigue limitando lo que hemos considerado garantía esencial de la propiedad afectada por las medidas de resolución, porque se hace depender que las diferencias

¹⁰⁵⁷ Así, se aprecia en la reciente práctica judicial derivada de las impugnaciones de las resoluciones del FROB, que se ha alegado en diversas ocasiones la inobservancia del cauce procedimental necesario por falta de esta audiencia al interesado, pero sin obtener éxito sobre esta argumentación, pues se ha pretendido asimilar ese defecto a la inobservancia de los trámites regulados para la expropiación forzosa, cuando realmente, al negarse que lo sea, se está negando la premisa mayor de la que deriva la consecuencia de conceder la audiencia al mismo. Si bien el planteamiento es erróneo por este motivo, sí es acertado mantener que en estos casos la falta de audiencia al interesado va en detrimento de sus derechos generales frente a la Administración (ex artículo 53.1.f Ley 39/2015). Ejemplo de ello, es en la materia que nos ocupa, la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, nº 939/2016, de 4 de marzo, y en la que, de conformidad con lo indicado en su Fundamento Jurídico Tercero valora la posible infracción del artículo 125 LEF, en relación con el artículo 101 de la Ley 30/1992 y el artículo 33 CE, el artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 1 del Protocolo Adicional Primero del Convenio Europeo de Derechos Humanos, asimilando la omisión de dicho trámite a la vía de hecho, en lo referente a su impugnabilidad. Ciertamente es, como precisa la misma Sentencia en su Fundamento de Derecho Tercero “que la jurisprudencia y la doctrina han ido afinando el concepto originario de vía de hecho, y en esta evolución se ha llegado a equiparar la vía de hecho con la omisión, no ya de todo el procedimiento, sino de alguno de los trámites esenciales del mismo, como sucede en el presente caso, en el que los incumplimientos de procedimiento eludieron trámites tan esenciales como el derecho a la audiencia y a ser oído en la valoración, trámites ligados a las garantías de la institución expropiatoria”. En este caso, la parte recurrente (Cabildo de la Santa Iglesia Catedral de Córdoba), al impugnar la valoración hecha por el FROB y asumida por el Banco de España, reconduce a la vía de hecho, la omisión del trámite de audiencia en dicho procedimiento, argumentando que la valoración de los activos intervenidos en el procedimiento de reestructuración ordenada de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba (Caja Sur), fue “un aprecio administrativo que no ha sido sometido a contradicción, quebrándose con ello una garantía esencial del procedimiento expropiatorio, o dicho de otro modo, se ha producido un supuesto de expropiación material subsumible en el objeto de esa potestad (artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa), que por tanto, debería haber venido acompañado de la valoración de dichos activos y pasivos y del correspondiente procedimiento contradictorio de aprecio y determinación del justiprecio, y al no haberse hecho así, se ha producido una confiscación contraria al artículo 33.3 CE y a los demás preceptos citados como infringidos”. En este caso el Tribunal Supremo inadmite el recurso al entender que ya estaba resuelta la cuestión planteada en el recurso desde la óptica de una incongruencia omisiva de la sentencia de 13 de noviembre de 2012, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 670/2010, recurrida en este caso, por entender que ya estaba resuelta la cuestión en la misma, dado que esta sentencia declaró que “las actuaciones llevadas a cabo por el Banco de España y el FROB no constituían un supuesto expropiatorio, ni una vía de hecho, como sostenía la parte recurrente, sino un proceso de reestructuración de una entidad de crédito, que encontraba cobertura jurídica en el artículo 9 del RDL 9/2009”. Como vemos, si se enfoca como expropiación forzosa para justificar la necesidad de concurrencia del trámite de audiencia, al negarse la identificación con esta institución, esto último parece perder su fundamento, pero se debe, como hemos indicado, a que el planteamiento es erróneo.

en la valoración afecten a los demás presupuestos que han permitido acordar la actuación administrativa, y que en esencia son: que afecte a la procedencia del procedimiento de resolución en detrimento de una liquidación concursal ordinaria, que afecte a la resolubilidad de la entidad, que afecte a los estándares de solvencia que permitan acordar una actuación preventiva de la autoridad de resolución, o que afecte a los niveles de solvencia que permitan acordar la inviabilidad de la entidad.

En los demás casos en que el interesado no esté de acuerdo con la valoración de la entidad intervenida o de los activos o pasivos afectados por las medidas de resolución, no podrá impugnar tal valoración de forma autónoma, siendo este otro de los puntos criticables de la regulación del sistema procesal de impugnación de los actos del FROB.

En definitiva, el ejercicio del nuevo poder de resolución debe quedar sujeto al control judicial como medio para garantizar el derecho de propiedad privada, configurado como constitucional en el artículo 33.3 CE, y como Derecho Fundamental en el artículo 17.1 la Carta Europea de Derechos Fundamentales, aunque la cobertura que se le da es insuficiente a la vista del sistema establecido, porque su impugnabilidad se hace depender de que existan otros motivos de impugnación, cuestión esta que hace desmerecer un derecho de esta importancia, porque aparece configurado como derecho de segundo orden al eliminar su autonomía como motivo de impugnación.

Podemos llegar a la conclusión de que en lo referente a la regulación bancaria y tratándose de proteger la estabilidad financiera, el derecho a la propiedad privada y los mecanismos tradicionales para su protección aparecen como algo secundario¹⁰⁵⁸, siendo este el motivo real por el que se puede hacer una severa crítica de la Ley 11/2015, pues se equivoca en el fondo, o mejor trasfondo, de la cuestión, ya que en esta materia, igual que ocurre en todas las demás, y por encontrarnos en un Estado de Derecho, la garantía patrimonial de la propiedad, nunca debe quedar relegada a un segundo plano, sin perjuicio de que el interés general manifestado en la estabilidad financiera, sí fundamente la actuación administrativa de la autoridad de resolución,

¹⁰⁵⁸ De hecho, se ha señalado incluso que la entidad de crédito, en el nuevo sistema, se encuentra “en gran parte, en manos del supervisor”. Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ M.A. (2014), ob. cit. “Transformaciones en la regulación bancaria...”, pág. 143.

que deberá actuar de conformidad con la legalidad vigente, pero esta legalidad no hay que olvidar que no sólo queda adscrita a la Ley 11/2015, especial en esta materia, sino que está formada por normas de rango superior, como es la Constitución española en su artículo 33.3 y la interpretación que del mismo ha hecho el Tribunal Constitucional, y que en este punto resultan contradichas por la Ley 11/2015.

La configuración de la garantía patrimonial y de las vías de impugnación de los actos del FROB que la afectan deben ser revisados a la luz de la doctrina constitucional, porque el sistema actual al límite está, según como se ejerzan los poderes exorbitantes del FROB, de cruzar la línea por la que cabe eliminar una de las bases del Estado de Derecho. La regulación actual del acceso al control judicial, además, recordemos que concentra la posibilidad de hacer valer la garantía patrimonial como única opción, ante la inexistencia de un sistema de recursos adecuado en vía administrativa, y la configuración vigente de dicho control judicial, deja a los particulares en una posición mucho menos garantista que otros ámbitos en que se producen injerencias del poder público en la esfera de los particulares, dada la posibilidad de que, incluso obteniendo una sentencia estimatoria de las pretensiones de aquellos, el Banco de España pueda alegar la imposibilidad de dejar sin efecto lo acordado anteriormente, siendo en estos casos, el último reducto que queda a los particulares para obtener el reconocimiento de su garantía patrimonial, el reconocimiento de responsabilidad patrimonial a cargo de las autoridades preventiva y ejecutiva de resolución en el marco de sus respectivas competencias.

Por todo lo expuesto, debería ser reconsiderado el sistema de impugnaciones de los actos del FROB, y en este punto cabe reconsiderar no sólo la vía judicial cuyos defectos se han expuesto, sino incluso la vía administrativa, que es bastante limitativa para el particular afectado, y es previa al posible control judicial.

En nuestra opinión el problema sobre cómo mejorar la revisión en vía administrativa, dejando al margen los problemas específicos de las normas reguladoras del proceso de resolución, debe ser abordado desde un punto de vista mucho más novedoso, tan novedoso como lo es el poder de resolución y las inmensas facultades que confiere. No parece adecuado que el control administrativo y judicial vayan por los cauces tradicionales en la medida en que pueden ir, que es lo que resulta de la Ley

11/2015, que utiliza un sistema de recursos administrativos comunes (sólo cabrá el recurso potestativo de reposición en relación con los actos clasificados como administrativos), porque la ley olvida que, por ser el FROB y el Banco de España, organismos públicos dotados de autonomía y que siguen el modelo de las agencias independientes, la revisión tanto administrativa como judicial deberían ser configuradas siguiendo dicho modelo, y nuevas soluciones deben ser importadas de aquellos sistemas jurídicos en donde esta figura tiene una tradición más arraigada.

Simplemente fijándonos en la regulación que el Derecho europeo hace del control administrativo de los actos de las Autoridades Europeas de Supervisión a través de una Sala de Recurso específica, al que se refiere el art. 58 de los Reglamentos (UE) nº 1093/2010, nº 1094/2010, y nº 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, y que se encargará de velar por la legalidad en vía administrativa de las actuaciones de las Autoridades Europeas de Supervisión, podemos apreciar que una sala semejante sería necesaria en España para poder someter a un control administrativo las decisiones del FROB y del Banco de España. Merece ser destacado que, la Sala de Recurso a la que se refieren los Reglamentos (UE) nº 1093/2010, nº 1094/2010, y nº 1095/2010, sirven con tal finalidad respecto de las resoluciones de las autoridades del MUS, pero no existe en ella competencia para revisar en vía administrativa las actuaciones de la Junta Europea de Resolución (JUR), que es la autoridad de resolución de la Unión Bancaria Europea. La JUR se regula por el Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución, que no prevé la revisión en vía administrativa de las decisiones de la JUR por una Sala semejante, sino que en su Considerando nº 24, se establece en base a lo previsto en el artículo 291 TFUE que la evaluación de los aspectos discrecionales de las decisiones de resolución tomadas por la Junta deba ser efectuada por la Comisión y por el Consejo.

Este criterio se fundamenta en la «considerable repercusión que las decisiones de resolución tienen sobre la estabilidad financiera de los Estados miembros y de la

Unión como tal, así como sobre la soberanía presupuestaria de los Estados miembros». Especialmente, se hace referencia a que el Consejo será quien, a propuesta de la Comisión, ejerza un control efectivo de la evaluación realizada por la Junta sobre la existencia de un interés público y quien evalúe cualquier modificación significativa del importe del Fondo que deba utilizarse en una medida de resolución concreta.

La regulación paralela del control de los actos de la autoridad de resolución, al menos de la que lo es desde el punto de vista ejecutivo, esto es del FROB, no prevé un control administrativo en alza, y es esto lo que debe ser mejorado. Para ello, lo que hay que comenzar por considerar es que si el poder de resolución, cuyo ejercicio motiva la actuación administrativa recurrible, es de nueva creación, nada impide que se configure *ex novo* un sistema de recursos que sea adecuado por contemplar las particularidades de ese poder administrativo novedoso, que, si bien se ha configurado como un poder exorbitante por el interés general al que sirve, nada impide que en contrapartida, se dote a los particulares de un sistema específico de recursos que se cree *ad hoc*, y que equilibre las posiciones en la relación Administración actuante - particular.

Por su parte, la regulación de lo previsto como sistema de impugnaciones en vía judicial es mejorable también. Sobre esta cuestión cabe destacar que ya con el sistema anterior se habían puesto de relieve las limitadas facultades de control judicial, frente a las actuaciones de intervención que el Banco de España realizó en otros casos¹⁰⁵⁹, y que con el FROB todavía se ven más constreñidas ante la configuración de una potestad de resolución excesiva que, en gran parte, se basa en la indefinición de la ley sobre los elementos concurrentes en los que se cimientan sus decisiones, cuestión ésta a la que nos referiremos más adelante.

¹⁰⁵⁹ Se ha destacado que el control judicial de ciertos extremos que fundamentan las intervenciones de entidades bancarias es prácticamente imposible de realizar ante la discrecionalidad reconocida al regulador, como se puso de manifiesto en las Sentencias dictadas en el caso Banesto, la primera de 5 de mayo de 2004 (sobre intervención del banco y remoción de los administradores), y la segunda de 14 de marzo de 2006 (en la que se conmina a los accionistas a renunciar a su derecho de suscripción de acciones en la ampliación de capital, evitando que se recuperara por los anteriores accionistas el control de la entidad). Vid. ARIÑO ORTIZ, G. (2011), ob. cit. *Lecciones de Administración y...*, págs. 934-936. El autor pone de manifiesto que el control judicial en estos casos deja patente la incapacidad del Tribunal para juzgar una situación consumada y ya irreversible.

El control judicial se prevé, cuando estemos ante las decisiones de la JUR, en el Reglamento UE 806/2014, y en este caso, de conformidad con su Considerando nº 120 y artículo 37.2 *in fine*, el Tribunal de Justicia de la UE es competente para controlar la legalidad de las decisiones adoptadas por la JUR, el Consejo y la Comisión, de conformidad con el artículo 263 del TFUE, así como para determinar su responsabilidad extracontractual. Además, el Tribunal de Justicia, de conformidad con el artículo 267 del TFUE, y también es competente para pronunciarse con carácter prejudicial, a petición de las autoridades judiciales nacionales, sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. El mismo Considerando nº 120 se refiere a la competencia de las autoridades judiciales nacionales «de conformidad con su legislación nacional, para controlar la legalidad de las decisiones adoptadas por las autoridades de resolución de los Estados miembros participantes en el ejercicio de las funciones (...), así como para determinar su responsabilidad extracontractual».

Todo lo anterior viene fundamentado en los defectos existentes para garantizar la esencia del derecho de propiedad privada en estos casos, que en realidad, lo que va a conllevar es a dotar al sistema de una vía para solucionar mejor las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, que cobran especial importancia en estos.

1.4.3. Otros controles de la actividad del FROB: el control parlamentario y el económico.

Como contrapartida a las exorbitantes del FROB, existen controles añadidos al control jurídico que se efectúa a través del sometimiento a la vía judicial. De este modo, con la finalidad que la actuación de este organismo no pueda desvirtuarse en la práctica se somete al control parlamentario y al control económico que la misma Ley 11/2015 prevé.

El control parlamentario se considera como un modo de control de carácter político y sólo un sector doctrinal lo considera, además, como modo de control

también jurídico¹⁰⁶⁰. En la Constitución española se atribuye al Parlamento el control del poder ejecutivo, en el artículo 66.2 al declarar que «las Cortes Generales controlan la acción del Gobierno», y se define como la actividad de vigilancia, exposición, discusión y evaluación de la acción del Gobierno, efectuados en sede parlamentaria, y protagonizados, usualmente, por las minorías en la oposición¹⁰⁶¹.

El FROB se somete al control parlamentario y tal como está previsto en el artículo 56 de la Ley 11/2015, con periodicidad al menos semestral, el Presidente del FROB debe comparecer ante la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados, con el fin de informar sobre la evolución de las actividades del FROB y sobre los elementos fundamentales de su actuación económico-financiera y sobre la gestión de los mecanismos financieros previstos en la Ley. También, el Presidente de la Comisión Rectora del FROB comparecerá para informar específicamente sobre las medidas de resolución implementadas por parte de dicho Fondo. Se prevé también que la Comisión Rectora del FROB eleve a los Ministros de Hacienda y Administraciones Públicas y de Economía y Competitividad un informe trimestral sobre la gestión y actuación del FROB, donde se dará debida cuenta, entre otros aspectos, de las actuaciones de carácter económico y presupuestario de mayor impacto acometidas por el FROB durante el citado periodo. El Ministro de Economía y Competitividad dará traslado de dicho informe a la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados.

En general, respecto al control parlamentario y en relación con la solicitud de informaciones que el mismo puede hacer al organismo objeto de control, se ha destacado que su acción no es absoluta, siendo el punto más discutido el de los límites

¹⁰⁶⁰ ARAGÓN REYES, M. (1986), “El control parlamentario”, en *Revista de derecho político*, pág. 20. En cualquier caso, el control parlamentario también se aplica en sede europea al Banco Central Europeo en relación a sus tareas como regulador, por lo que los fundamentos que se utilizan para sujetar a este último a tal control, sirven igualmente para los demás reguladores. Al respecto, vid. el Considerando 55 del Reglamento (UE) nº 1024/2013, de 15 de octubre, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito, y del que resulta que “La atribución de funciones de supervisión implica para el BCE la gran responsabilidad de defender la estabilidad financiera de la Unión y de hacer uso de sus facultades de supervisión de la forma más eficaz y proporcionada. Cualquier traspaso de competencias de supervisión de los Estados miembros a la Unión debe verse contrarrestado con unos requisitos de transparencia y rendición de cuentas adecuados. Así pues, el BCE debe rendir cuentas del ejercicio de estas funciones ante el Parlamento Europeo y el Consejo, como instituciones con legitimidad democrática de representación de los ciudadanos de la Unión y de los Estados miembros.”

¹⁰⁶¹ SERRA CRISTÓBAL R. (2009), “Pequeñas minorías y control parlamentario”, en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, Nº. 21, pág. 101.

de la protección que, ante una negativa de información, o ante la presentación de información insuficiente, puede dispensar el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional¹⁰⁶².

Sin embargo, debemos indicar que el control parlamentario puede servir para reforzar la transparencia de la actividad del FROB¹⁰⁶³, el cual, por ser un organismo dotado de cierta autonomía respecto de la Administración General del Estado, como se ha destacado al tratar su naturaleza jurídica, y por tener unos poderes exorbitantes, se debería acercar en su configuración, a lo que podemos considerar un organismo singular que sigue, en parte, el modelo de las agencias europeas, y de hecho se inserta en una red de organismos similares en el MUR que configura a todas las autoridades de resolución, tanto las nacionales como la europea, como organismos públicos singulares e independientes¹⁰⁶⁴.

A pesar de todo, la independencia o autonomía respecto a la Administración del Estado es sólo aparente, no es real, al igual que ocurre con el Banco de España, pero en este caso, existe incluso mayor dependencia¹⁰⁶⁵. Como organismo singular que

¹⁰⁶² En este sentido, se hace referencia en la STC 196/1990, de 29 de noviembre (Fundamento Jurídico Sexto) a algunos límites de tal recurso indicando que al TC “no le corresponde el control de cualesquiera alteraciones o irregularidades que se produzcan, dentro del ámbito parlamentario, en las relaciones políticas o institucionales entre Legislativo y Ejecutivo, pero sí le compete ciertamente el conocimiento y, en su caso, la reparación de las lesiones de derechos fundamentales que excepcionalmente tengan lugar en dicho campo. Vid. GÓMEZ CORONA, E. (2007), “El control parlamentario en la jurisprudencia constitucional”, en *Teoría y realidad constitucional*, Nº 19, pág. 389.

¹⁰⁶³ Tanto el control parlamentario como la transparencia administrativa en sentido estricto sirven para fortalecer el procedimiento democrático. En este sentido, SOMMERMANN K.P. (2010), “La exigencia de la administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho”, en GARCÍA MACHO R. (Ed.), *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Ed. Marcial Pons, Madrid, pág.19.

¹⁰⁶⁴ Su equivalente en el ámbito europeo, esto es la Junta Europea de Resolución, es también un organismo independiente, como declaran los Considerandos nº 39, 47, 97, y artículo 47 del Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución. Este último prescribe que “la Junta y las autoridades nacionales de resolución actuarán con independencia y en el interés general”.

¹⁰⁶⁵ Basta leer el artículo 54.1 de la Ley 11/2015 que regula la composición de la Comisión Rectora del FROB, que estará integrada por 11 miembros: a) El Presidente; b) Cuatro miembros designados por el Banco de España, uno de los cuales, será el Subgobernador, que ostentará la Vicepresidencia primera de la Comisión Rectora; c) Tres representantes del Ministerio de Economía y Competitividad, designados por el Ministro, con al menos rango de Director General; d) El Vicepresidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; e) Dos representantes del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, designados por el Ministro, con al menos rango de Director General. Además, asistirán a las sesiones de la Comisión Rectora, con voz pero sin voto, un representante designado por el Interventor General de la Administración del Estado y otro por el Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado. Se ha destacado que la vinculación a la Administración del Estado, o más bien a los políticos que

pretende ser independiente, requiere de unos medios de control e inspección de su actividad administrativa independiente que sólo se puede conseguir vinculándolo al Parlamento¹⁰⁶⁶. De este modo, en la Junta Europea de Resolución se somete también al control del Parlamento Europeo y de los nacionales¹⁰⁶⁷, debiendo el FROB seguir el mismo modelo.

Del mismo modo, la transparencia en la actuación del FROB se fortalece también mediante el sometimiento al control económico efectuado por el Tribunal de Cuentas¹⁰⁶⁸, ya que de conformidad con el artículo 52.5 de la Ley 11/2015, el FROB aunque no estará sujeto a las normas generales que regulan el régimen económico-financiero, contable y de control de los organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, sí lo está por lo que respecta a la fiscalización externa del Tribunal de Cuentas. En aplicación de esta regla, el Tribunal de Cuentas fiscalizó y aprobó por primera vez en su Pleno, en su sesión de 27 de marzo de 2014, el «Informe de fiscalización de la legalidad de las actuaciones del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, de los Fondos de Garantía de Depósitos y del Banco de España relacionadas con la reestructuración bancaria, referida al periodo 2009-2012»¹⁰⁶⁹.

en cada momento estén ejerciendo legítimamente el poder ejecutivo, se debía a que en el primer momento se iban a inyectar ingentes cantidades de dinero público (ahora ya no es público, pues se autofinancia desde el sector bancario), pero su dependencia es un error del legislador porque permite una injerencia política injustificada en los procedimientos de resolución bancaria. En este sentido, GONZÁLEZ VÁZQUEZ J.C. (2014), ob. cit. "Aspectos controvertidos del régimen jurídico del FROB", pág. 152.

¹⁰⁶⁶ En relación con el control de la actividad de las administraciones independientes, vid. TOMÁS MALLÉN B. (2004), ob. cit. *El derecho fundamental...*, págs. 306-308.

¹⁰⁶⁷ Del Considerando nº 42 del Reglamento UE 806/2014 resulta así: «En aras de la transparencia y el control democrático y para salvaguardar las prerrogativas de las instituciones de la Unión, la Junta debe ser responsable ante el Parlamento Europeo y el Consejo de las decisiones tomadas en virtud del presente Reglamento. Por idénticas razones de transparencia y control democrático, los Parlamentos nacionales deben tener derecho a recabar información sobre las actividades de la Junta y a dialogar con ella».

¹⁰⁶⁸ A la acción fiscalizadora del Tribunal de Cuentas como herramienta de transparencia aunque en el ámbito de la contratación pública se refiere OLLER RUBERT M. (2010), "El procedimiento de contratación pública como garantía de la transparencia", en GARCÍA MACHO R. (Ed.), *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Ed. Marcial Pons, Madrid, pág.279.

¹⁰⁶⁹ El Informe nº 1029, de fiscalización de la legalidad de las actuaciones del Fondo de reestructuración ordenada bancaria, de los Fondos de garantía de depósitos y del Banco de España, relacionadas con la reestructuración bancaria, referida al período 2009-2012, está disponible en [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/I1029%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/I1029%20(1).pdf)

El informe hace referencia al cumplimiento de la legalidad en los procesos de reestructuración de ese periodo, y a cómo se aplicaron los fondos públicos. En sus págs. 23 y 24, parte de las cantidades invertidas en estos procesos, indicando: «El importe de las aportaciones al capital de las entidades

Su control, no obstante, excedió de lo estrictamente económico, alcanzando cuestiones jurídicas, pues indudablemente estas afectan a la aplicación de los recursos financieros del FROB. De modo que, por un lado se verificó que las actuaciones de reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito llevadas a cabo en el periodo 2009-2012 por el FROB, los Fondos de Garantía de Depósitos y el Banco de España, que fueron muchas, se adecuaron a la normativa aplicable en la materia; y por otro lado, expone el análisis del cumplimiento de la legalidad en los procesos de reestructuración. Como es lógico, el análisis jurídico iba seguido de un desglose de los recursos públicos empleados o comprometidos en el proceso de reestructuración.

A la vista del informe la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas del Congreso, en su sesión del día 10 de junio de 2014, hizo algunas apreciaciones, instando al FROB, entre otras cosas, a que en el futuro, extremara la diligencia en la adopción de todas las medidas que la normativa le permite con objeto de asegurar la defensa del interés público en las entidades participadas o apoyadas por el mismo FROB, estableciera mecanismos claros y transparentes de seguimiento, control e información de los apoyos financieros públicos empleados o comprometidos en la reestructuración de entidades financieras, así como de la gestión de esos apoyos por parte de las entidades financieras destinatarias, y emprendiera todas las actuaciones judiciales precisas para la recuperación de los recursos que hayan podido sustraerse de las entidades de crédito beneficiarias de apoyos financieros por sus directivos y administradores de una forma no ajustada a derecho. Para esto último

afectadas por la reestructuración ascendió a un total de 57.004 millones de euros, de los que 50.802 millones fueron aportados por el FROB y el resto, 6.202 millones, por el FGDEC. El importe correspondiente al FROB se distribuyó de la siguiente manera: a) Cuotas participativas suscritas en Cajasur por 800 millones de euros. b) Capital suscrito como consecuencia de la conversión de participaciones preferentes convertibles (en adelante, PPC) en acciones o participaciones de capital emitidas durante el FROB 1 de las entidades CX, NCG y BFA, por 6.877 millones de euros. c) Suscripción de acciones de Banco de Valencia, CX y NCG durante el FROB 2, por 5.182 millones de euros. d) Ampliaciones de capital correspondientes a Banco de Valencia, CX, NCG, BMN, Banco Gallego y BFA durante el FROB 3, por 37.943 millones. En el caso de BMN y Banco Gallego las suscripciones se realizaron en 2013. 2.6. Por su parte, el importe correspondiente al FGDEC se distribuyó de la siguiente forma: a) Ampliaciones de capital suscritas en el Banco CAM, por 5.249 millones de euros. b) Asunción por el FGDEC de las pérdidas incurridas por el FROB en la reestructuración de Unnim Banc, que, como se desarrolla en el punto 2.35 de este Informe, se materializaron, tras la conversión de las participaciones preferentes previamente suscritas, en acciones de esta entidad, por 953 millones de euros.

está expresamente legitimado el FROB de conformidad con los artículos 64.1.ñ) en relación con 4.1.g), ambos de la Ley 11/2015¹⁰⁷⁰.

Llegado este punto, nos queda poner en relación estos dos controles (parlamentario y económico), con su posible utilidad en dos vertientes: la que afecta a la defensa de los intereses generales y la que afecta a los particulares, y ello porque, de estos controles resulta información muy reveladora, pero para que resulte de utilidad deben ser mejorados algunos procesos e instituciones administrativas.

En el primero de los sentidos, la cuestión tiene relación con la mejora de la transparencia administrativa y la posibilidad de que se implementen los mecanismos necesarios para que la sociedad en general, pueda pronunciarse e intervenir en la actividad administrativa. Un ejemplo de que se requiere esta mejora es el caso de la intervención a través del proceso de resolución del Banco de Valencia, pues se consideró que la actuación del FROB en ese asunto dio lugar a pérdidas para las cuentas públicas porque tras la intervención del mismo por el Banco de España el 21 de noviembre de 2011, su gestión provisional y venta en proceso competitivo se llevó a cabo por el FROB, hasta que se adjudicó a CaixaBank después de realizar 2 ampliaciones de capital suscritas íntegramente por el FROB por un total de 5.500 millones de euros¹⁰⁷¹. A ello se añade que la adjudicación del Banco de Valencia a Caixabank se hizo en diez días, y por el precio de venta de un euro¹⁰⁷². Precio que si se

¹⁰⁷⁰ De acuerdo con el artículo 64.1.ñ) de la Ley 11/2015 el FROB está legitimado para revisar cualquier operación o actuación llevada a cabo por la entidad en resolución de la que pueda derivarse posibles responsabilidades de cara al ejercicio de acciones que puedan corresponderle al amparo del artículo 4.1.g), el cual le permite, en aplicación de lo dispuesto en la legislación concursal, mercantil y penal, ejercer cualquier acción contra los administradores de las entidades y cualquier otra persona física o jurídica, para asegurar la reparación de los daños y perjuicios causados en proporción a su participación y la gravedad de aquellos.

¹⁰⁷¹ El informe de Oliver Wyman, hecho público días antes, fijaba la cantidad de fondos necesarios para mantener el Banco de Valencia con la solvencia adecuada, con unos criterios muy conservadores en 1.846 millones de euros.

¹⁰⁷² Estas cifras se utilizan para poner de relieve la irregularidad de los acuerdos del FROB en el asunto de la venta del Banco de Valencia. Vid. pág. 33 del Informe nº 1029, de fiscalización de la legalidad de las actuaciones del Fondo de reestructuración ordenada bancaria, de los Fondos de garantía de depósitos y del Banco de España, relacionadas con la reestructuración bancaria, referida al período 2009-2012. El Tribunal de Cuentas en su informe crítico la gestión del FROB en Catalunya Banc y Novagalicia. En Novagalicia después de una inyección de capital de 5.425 millones de euros el 1 de enero de 2014 se vendió a Bandesco por 1.000 millones de euros, y Abanca (antes Novagalicia) obtuvo unos beneficios de 1.157 millones de beneficios en 2014. Los datos anteriores y también los de venta del Banco de Valencia se han obtenido del interesante análisis contenido en CLIMENT SERRANO s. (2016), "¿Quién paga, quién gana? El caso de la venta del BdV", en *European Research on Management and Business Economics*, Vol. 22, Nº 1, pág. 53.

analiza el desembolso público realizado, arroja importantes pérdidas patrimoniales para las arcas públicas ya que la dotación inicial del FROB se formó a cargo de los presupuestos públicos, y no era resultado de las cuotas anuales que desde su creación se efectúan por las propias entidades. El problema en este punto es la falta de regulación de mecanismos para que los ciudadanos, en general, puedan formar parte de las decisiones que se adopten en relación con las intervenciones administrativas en entidades, pero son decisiones tan técnicas y urgentes, que, como se ha visto, excluyen a los interesados en el sentido estricto y jurídico-administrativo del término, que mucho más difícil parece dar cabida a la voz de los ciudadanos en estos procedimientos.

En la segunda vertiente, la utilidad de estos controles, se encuentra en la posibilidad de completar el control judicial con ellos, pues alcanza puntos que quedan excluidos de la revisión jurisdiccional por disposición de la ley o porque el propio tribunal (Audiencia Nacional o Tribunal Supremo), no entra a valorar algunos extremos, como se ha visto en los casos comentados anteriormente, al entender que quedan bajo la cobertura del margen de discrecionalidad existente para apreciar los presupuestos habilitantes de la actuación administrativa, o porque tienen relación con la gestión posterior de la entidad intervenida.

Sin ser exhaustivos, fijémonos a modo de ejemplo en el Informe del Tribunal de Cuentas nº 1029, de fiscalización de la legalidad de las actuaciones del Fondo de reestructuración ordenada bancaria, de los Fondos de garantía de depósitos y del Banco de España, relacionadas con la reestructuración bancaria, referida al período 2009-2012. Este Informe del TCU, pone de manifiesto, además de otras irregularidades en relación con la actuación del FROB en los casos de Banco Gallego¹⁰⁷³, o en general, en lo referente a las relaciones entre el propio FROB y los gestores de las entidades

¹⁰⁷³ En relación con el mismo, se considera que el FROB “no realizó las actuaciones necesarias para designar, a través de Nova Caixa Galicia, un número de miembros del Consejo de Administración de Banco Gallego que representara una proporción equivalente a la titularidad indirecta que ostentaba dicho Fondo en el capital de este Banco (de más de un 45% a partir de octubre de 2011 y del 99,95% a partir de marzo de 2013”. Vid. Informe del Tribunal de Cuentas nº 1029, de fiscalización de la legalidad de las actuaciones del Fondo de reestructuración ordenada bancaria, de los Fondos de garantía de depósitos y del Banco de España, relacionadas con la reestructuración bancaria, referida al período 2009-2012, en su págs. 50-51.

reestructuradas¹⁰⁷⁴, otros casos en los que los perjuicios sí podrían concretarse, por ejemplo, en la reestructuración de Catalunya Banc, el FROB, en su condición de accionista mayoritario del mismo desde su intervención no actuó con la debida diligencia en la adopción de las medidas que como tal le permitía la normativa específica de reestructuración y la general reguladora de las sociedades de capital, y que ello supuso un perjuicio para la gestión ordinaria de dicha entidad que desembocó en resolución¹⁰⁷⁵. La no inmediata destitución de los consejeros de la entidad supuso que el cese se produjese el 9 de mayo de 2013 por acuerdo de la Comisión Rectora del FROB, respecto del Presidente Ejecutivo y al Consejero Delegado de la entidad a causa de la imputación de hechos de significativa relevancia acaecidos como la suspensión de dos procesos de venta de la entidad, además de «la vulneración de los deberes básicos de sus respectivos cargos, el posicionamiento contrario al interés de la sociedad, el intento de eludir su responsabilidad y la perturbación de la gestión de la entidad, llegando incluso a la paralización de la misma». También se les imputó haber contratado por 375.705 euros la elaboración de un estudio de la situación de Catalunya Banc con vistas a su presentación institucional a los eventuales interesados en la subasta de la entidad, sin que el Consejo conociera el resultado final de dicho estudio y concluyendo que había resultado un coste innecesario para Catalunya Banc¹⁰⁷⁶. Por todo ello, el Tribunal de Cuentas consideró que desde octubre de 2011, fecha en que el FROB se incorporó al Consejo de Administración, «debió haber ejercido plenamente los derechos que le atribuía la normativa específica de reestructuración y de las sociedades de capital, y debió haber establecido los instrumentos necesarios

¹⁰⁷⁴ El Informe TCU nº 1029, en su pág.67 también indica que se han observado “algunas carencias en la instrumentación por parte del FROB de los procedimientos aplicables en el gobierno y funcionamiento de las entidades apoyadas financieramente con fondos públicos y en sus relaciones con los representantes y personas designadas por el Fondo en los órganos de administración de las entidades de crédito”.

¹⁰⁷⁵ Según se recoge en las pág. 48 y ss del Informe del TCU, el problema gira en torno a que pese a adquirir el FROB la condición de socio mayoritario con la intervención, no se adoptó la decisión de cesar a ninguno de los consejeros existentes en el momento en que, sin que consten las causas que motivaron la decisión de mantener a los mismos, no produciéndose hasta el año 2014 la inscripción del cambio de miembros en el Consejo de Administración en el Registro Mercantil, cuando la adquisición del 90% de la participación en el capital social se había producido el 11 de octubre de 2011, otorgando previamente escritura pública en la que se acordaba el cese de 6 consejeros, que no se produjo, llegando a declararse la situación de resolución el 27 de noviembre de 2012. En el mes de diciembre de 2012 y por aplicación de las ayudas del plan de resolución, el FROB ya ostentaba el 100%.

¹⁰⁷⁶ Vid. Informe del Tribunal de Cuentas nº 1029, de fiscalización de la legalidad de las actuaciones del Fondo de reestructuración ordenada bancaria, de los Fondos de garantía de depósitos y del Banco de España, relacionadas con la reestructuración bancaria, referida al período 2009-2012, en su pág. 49.

para evitar llegar a la situación descrita» situación que, según manifestó en su informe el propio FROB, supuso un perjuicio para la gestión ordinaria de dicha entidad.

En tales circunstancias, si la gestión de la entidad estaba en manos de la Comisión Gestora del FROB, un agravamiento de la situación de crisis de la entidad si se deriva de su mala gestión da lugar, esto es, no es inevitable según la situación anterior de la entidad y la evolución del mercado, debe generar responsabilidad patrimonial para la Administración actuante, de acuerdo con las reglas generales ¿O también existen reglas especiales aplicables al FROB en este ámbito?.

La posible responsabilidad patrimonial del FROB no encarna más que una parte de la posible responsabilidad patrimonial que puede derivarse de la función supervisora entendida en sentido amplio, posibilidad que merece un estudio más estructurado y sistemático, que tome como punto de partida los requisitos generales para su reconocimiento, las dificultades para su aplicación en relación con la actividad de supervisión financiera, y que ponga en relación los distintos casos que se pueden dar en la práctica.

2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS SUPERVISORES FINANCIEROS.

2.1. Principales dificultades para la aplicación de las bases generales de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas.

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es uno de los soportes estructurales del Derecho Administrativo, siendo otro pilar esencial el control de la legalidad, especialmente, a través del recurso contencioso-administrativo¹⁰⁷⁷. Ambos son garantías del Estado de Derecho¹⁰⁷⁸, y no es una coincidencia que el

¹⁰⁷⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T.R. (2013), ob. cit. *Curso de Derecho...*, pág. 370. PITA BRONCANO C. (2006), "La responsabilidad patrimonial de la Administración", *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 24, pág. 122.

¹⁰⁷⁸ Su vinculación con las bases mismas del Estado de Derecho queda patente al servir para contrarrestar los privilegios de las monarquías anteriores a la Ilustración, pues es un logro de la misma, consecuencia directa de la Revolución Francesa, aunque sobrevenida en su evolución posterior, momento en el que comienzan a debilitarse las máximas sobre las que se basaba el sistema anterior y totalmente contrario a lo que entendemos por Estado de Derecho, pues suponían inmunidades de poder. Decimos que es sobrevenida en la evolución posterior de la distribución de poderes derivada del pensamiento ilustrado ya que, la jurisdicción contencioso-administrativa inicialmente y de forma paradójica, surge como excepción al sometimiento a un control judicial de la actividad administrativa, de modo que se trataba, en sus orígenes de una revisión administrativa interna de la propia actuación de los poderes públicos. Posteriormente evoluciona a un sistema de control judicial. Vid. GARCÍA DE

artículo 106 CE se refiera en su primer párrafo al control judicial de la legalidad en la actuación administrativa, y en su segundo párrafo a la responsabilidad patrimonial a que dicha actuación pueda dar lugar¹⁰⁷⁹. El control judicial de la legalidad en la actuación administrativa y la responsabilidad que se pueda derivar de ella, son dos instituciones indisolublemente unidas, su reconocimiento es esencial, y no es posible admitir, desde un punto de vista teórico, que haya “inmunidades de poder”¹⁰⁸⁰. La

ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE E. (1962), “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, en *Revista de administración pública*, nº 38, pág. 164. El sistema anterior se basaba en principios como el *the King can do no wrong* (“el Rey no puede equivocarse”), máxima que representaba la inmunidad de la Corona en Reino Unido, pero que en general, era aplicada a todos los países de *Common Law*. De forma similar, el Derecho continental, de base latina, también aplicaba un principio semejante, así en el Derecho francés, *Roi est au-dessus des lois*, recogía la máxima de que “el Rey está por encima de la Ley”, en el Derecho continental, de base latina, la máxima que procedía del antiguo Derecho Romano, donde también se aplicaba la máxima *rex est lex*, “el Rey es la Ley”. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T.R. (2013), ob. cit. *Curso de Derecho...*, págs. 371-379; Y también, DI DONATO F. (2013), “La hiérarchie des normes dans l'ordre juridique, social et institutionnel de l'Ancien Régime”, en *Revus: Journal for constitutional theory and philosophy of law*, nº 21, pág. 240.

¹⁰⁷⁹ Si bien el artículo 106.2 CE hace referencia a la responsabilidad derivada del funcionamiento de los servicios públicos, nutrida jurisprudencia realiza una interpretación extensiva del concepto, quedando amparada por la norma toda actividad de la Administración. En este sentido, por todas, la STS, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, nº 7888/1998, de 23 de diciembre, en su Fundamento Jurídico Cuarto: «La Jurisprudencia de este Tribunal ha venido identificando que la responsabilidad de la Administración se produce como consecuencia del ejercicio de cualquier función administrativa que determina un daño no directamente procurado, extendiéndose dicha responsabilidad a todas las formas de acción u omisión administrativa que impliquen una lesión individualizada, tanto en la esfera personal como patrimonial del lesionado, de los contenidos económicos de éste; lesión que constituye un perjuicio antijurídico, no por la forma de producirse, sino en sí mismo, el cual, el titular del bien, o derecho, no tiene el deber jurídico de soportar, aunque el funcionario que lo ocasione obre con toda licitud (Sentencia de esta Sala Tercera de 16 de diciembre de 1994), así como, que a los fines del artículo 106.2 de la Constitución la Jurisprudencia ha homologado «como servicio público toda actuación, gestión o actividad, o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo» (SAN 3434/2016, de 26 de septiembre, Fundamento Jurídico Tercero, con cita a las SSTs de 15 de junio de 1989 y 22 de marzo de 1995)”. En el mismo sentido, la STSJ Castilla La Mancha nº 4092/2016, de 16 de febrero de 2016, Fundamento de Derecho Quinto, que considera que “funcionamiento de los servicios públicos” debe ser entendido «como toda actuación, gestión, actividad, o tarea propia de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad». Vid también, GONZÁLEZ PÉREZ J. (1996), *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, pág. 249; y, PULIDO QUECEDO M. (2010), *Responsabilidad patrimonial del Estado*, Ed. Aranzadi, Navarra, pág. 197.

¹⁰⁸⁰ Las dificultades prácticas para cubrir las aparentes zonas de inmunidad son tratadas en GARCÍA DE ENTERRÍA E. (2011), ob. cit. *Democracia, ley e inmunidades...*, toda la obra, pero ver especialmente la pág. 102. En este sentido, la responsabilidad patrimonial de la Administración es uno de «los pilares del Derecho administrativo, concebido éste como un Derecho garantizador de las posibles extralimitaciones del Poder». Vid. MARTÍN REBOLLO L. (1994), “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica”, *Documentación administrativa*, nº 237-238, (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas / coord. por Luis Martín Rebollo), Ed. INAP, Madrid, pág. 25.

responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución esencial que ha quedado configurada en sus elementos por la práctica judicial de décadas¹⁰⁸¹.

En relación con la actividad de supervisión financiera, entendida en un sentido amplio, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de los reguladores financieros es una cuestión muy controvertida que, en España, nunca ha dado lugar a pronunciamientos de condena en los que se reconozca esa responsabilidad¹⁰⁸². Si bien, en principio, las reglas aplicables para su reconocimiento son las mismas que en otros ámbito de la actividad administrativa, y se exigen los mismos requisitos¹⁰⁸³, los argumentos utilizados para no reconocerla son de diversa índole, y en algunos casos, pueden hacernos dudar del carácter objetivo, que de modo general, se atribuye a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas¹⁰⁸⁴. Ante la inexistencia de pronunciamientos de condena para los reguladores, debemos preguntarnos, incluso, si hay algún motivo para que deba ser excluida su aplicación, y aunque hay

¹⁰⁸¹ El desarrollo jurisprudencial de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, deriva del carácter casuístico de la institución. Vid. MARTÍN REBOLLO L. (2000), “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración, un balance y tres reflexiones”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2000, pág. 281.

¹⁰⁸² Particularmente, diversos procedimientos iniciados para reclamar responsabilidad patrimonial a organismos reguladores, en concreto, el que más ha sido perseguido en este sentido es la Comisión Nacional del Mercado de Valores, han concluido con sentencias desestimatorias utilizando diversos argumentos, pero no encontramos pronunciamientos estimatorios. Vid. BETANCOR A. (2010), ob. cit. *Regulación: mito y derecho, desmontando el mito...*, pág. 594.

¹⁰⁸³ Aunque recogida en otras muchas, sirva de ejemplo, la SAN 3535/2013, de 16 de julio, en su Fundamento de Derecho Segundo, recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo consolidada durante décadas en relación con la interpretación de la regulación general que anteriormente contenían los artículos 139 y ss de la Ley 30/1992, hoy incluida en los artículos 32 y ss de la Ley 40/2015, de modo que el Tribunal Supremo -entre otras, Sentencias de 5 de diciembre de 1988 , 12 de febrero , 21 y 22 de marzo y 9 de mayo de 1991 , o 2 de febrero y 27 de noviembre de 1993 , etc.-, ha estimado que para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos es necesario que concurrieran los siguientes requisitos o presupuestos: 1. hecho imputable a la Administración, 2. lesión o perjuicio antijurídico efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación a una persona o grupo de personas, 3. relación de causalidad entre hecho y perjuicio, y 4. que no concorra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad. O, como señala el mismo Alto Tribunal en sus sentencias de 14 de julio y 15 de diciembre de 1986 , 29 de mayo de 1987 , 17 de febrero o 14 de septiembre de 1989 , para que nazca dicha responsabilidad era necesaria «una actividad administrativa (por acción u omisión -material o jurídica-), un resultado dañoso no justificado y relación de causa a efecto entre aquélla y ésta, incumbiendo su prueba al que reclama; a la vez que es imputable a la Administración la carga referente a la existencia de la fuerza mayor cuando se alegue como causa de exoneración».

¹⁰⁸⁴ MARTÍN REBOLLO L. (1994), ob. cit. “La responsabilidad patrimonial...”, pág. 41. También en relación con la posición doctrinal mayoritaria sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, DOMÉNECH PASCUAL G. (2010), “Responsabilidad patrimonial de la administración por actos jurídicos ilegales: ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 183, septiembre-diciembre (2010), Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pág. 180.

motivos que dificultan su aplicación, no los hay para excluirla totalmente porque es una garantía para el ciudadano en el Estado de Derecho.

Las particularidades que dan lugar a que quede limitada su aplicación cuando se trata de la actividad de regulación financiera, se centran o bien en el amplio margen de discrecionalidad concedido a los reguladores, o bien en la gran cantidad de conceptos técnicos de los que se hace depender su decisión y que, de entrada, quedan indeterminados.

Los reguladores deben intervenir sólo cuando sea imprescindible, y esto requiere la adecuada concreción de los conceptos jurídicos indeterminados que en esta materia encontramos, para no traspasar el límite de lo aceptable desde el punto de vista de la libertad de empresa de los operadores, y al mismo tiempo para dispensar la adecuada protección a la estabilidad financiera. La libertad de empresa, constitucionalizada en el artículo 38 CE, es el primer límite que cualquier regulador encuentra en su actividad, y que sólo puede verse afectado si los intereses generales, que deben prevalecer, lo requieren. En lo referente a la regulación financiera, igual que en otros ámbitos, la valoración de cuándo el regulador queda habilitado para actuar invadiendo la libertad de empresa de un operador que está poniendo en peligro los intereses generales, esto es, la estabilidad financiera, requiere un juicio de proporcionalidad que realizará el regulador, y que difícilmente podrá ser sometido a control judicial, aunque la escasa jurisprudencia que se ha pronunciado sobre este juicio de proporcionalidad, en realidad considera que en él, lo esencial, es la valoración de la finalidad que persigue la norma que habilita al regulador para actuar invadiendo la libertad de empresa¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸⁵ Al respecto se ha destacado la existencia de escasos pronunciamientos judiciales sobre alegaciones concretas, en relación con la invasión desproporcionada de la libertad de empresa en el ámbito de la regulación financiera, sí hay más pronunciamientos en otros sectores económicos. En la escasa jurisprudencia existente encontramos que el Tribunal Supremo tiene declarado que los límites de la libertad de empresa se encuentran establecidos en las leyes, no dando lugar a una interpretación restrictiva de las normas que afecten a la misma, sino valorando la finalidad perseguida por tal norma, y determinado esto, la aplicación de la habilitación para intervenir es automática. En este sentido, encontramos la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo de 9 de febrero de 2009, Fundamento Jurídico Cuarto. Vid. BETANCOR A. (2010), ob. cit. *Regulación: mito y derecho, desmontando el mito...*, pág. 584. En general, se debe partir de la interpretación constitucional de la libertad de empresa, de la que resulta que la libertad de empresa no debe ser considerada un derecho absoluto, sino sujeto a límites y restricciones por razón de su función social y su ejercicio se encuentra condicionado por las exigencias de la economía general (STC 227/1993 de 9 de julio, en su Fundamento Jurídico 1). Respecto a los límites que pueden afectar a la libertad de empresa, también las SSTC

El margen de discrecionalidad que los supervisores disfrutaban para decidir que procede actuar, y las medidas adecuadas, así como el momento idóneo para aplicarlas, o para decidir no actuar como consecuencia de la valoración de la escasa afectación del bien colectivo a proteger, frente a la libertad de empresa que es límite de su actuación, es muy amplio por lo complicado que resulta concretar de antemano las variables y circunstancias económicas de cada momento.

Por otro lado, los requisitos que habilitan su actuación, cuando no se trata de decisiones discrecionales, en la mayoría de ocasiones dependen de conceptos jurídicos indeterminados, y aunque tras la reforma es posible afirmar que algunos de los conceptos ya conocidos antes en la actividad de regulación, se han objetivado dotando al sistema de mayor seguridad jurídica, esto es predicable respecto de lo que entendemos como supervisión prudencial. Sin embargo, en relación con la determinación de los presupuesto habilitantes de la acción de los reguladores, otros muchos conceptos quedan sin determinar.

Por su parte, hay cuestiones que deben ser decididas con margen de discrecionalidad, como cuándo una posible situación de insolvencia o los incumplimientos de las normas prudenciales, pueden afectar a la estabilidad financiera en un futuro, cuestión que debe ser valorada, en base a un criterio de oportunidad según se estime por el regulador que concurre o no.

La discrecionalidad, se ha considerado como el principal peligro para la legalidad. Peligro no supone efectivamente lesión de la legalidad, pero sí se ha llegado a considerar un auténtico Caballo de Troya para el Estado de Derecho en el que pueden quedar encubiertos comportamientos que no se ajusten a la legalidad¹⁰⁸⁶. En cualquier caso, la esencia misma de la discrecionalidad no supone la libre actuación de la Administración, y de entrada, no implica un comportamiento contrario a la Ley, sino

37/1981 y 109/2003, sentaron la doctrina de que la determinación de estos límites está asegurada por una doble garantía: por un lado, la reserva de ley y por otro, la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer de un contenido esencial, pero que no determina la Constitución cual debe ser ese contenido esencial, correspondiendo al Tribunal Constitucional resolver las controversias que al respecto puedan plantearse.

¹⁰⁸⁶ HUBER, H. (1953), "Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaat", en *Festgabe für Z. Giacometti*, Zürich, pág. 66, citado en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (2013) *Curso de Derecho Administrativo I*, Ed. Civitas, Madrid, pág. 480; y también por PONCE SOLÉ, J. (2014), "Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero", en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas, Nueva Época*, nº 11 (enero-junio 2014), Ed. INAP, Madrid, pág. 1.

todo lo contrario, siendo además necesaria. Sí sin embargo, la imprecisión que la acompaña, supone un peligro para esa legalidad, y por ello es esencial que pueda quedar sujeta a control judicial, y en su caso, pueda dar lugar a una acción reparadora a través de la responsabilidad patrimonial. Sin estos dos elementos, la legalidad a la que debe ajustarse el proceder administrativo sí corre peligro.

A pesar de todo, y del hecho de que desde este planteamiento y sobre la base de lo que es el Estado de Derecho, lo lógico sería que el reconocimiento y aplicación de la responsabilidad patrimonial fuese directamente proporcional a la amplitud del margen de discrecionalidad¹⁰⁸⁷, lo cierto es que ocurre lo contrario.

Es decir, aunque en teoría la actuación discrecional por ser legal puede ser y debe ser responsable, en la práctica, la determinación de la responsabilidad subsiguiente es una tarea más difícil cuanto más amplio es el margen de discrecionalidad. Esto no significa que excluyamos de plano la responsabilidad patrimonial derivada de la regulación financiera, porque si lo hiciéramos, ya no nos encontraríamos en un Estado de Derecho.

Tampoco debe suponer lo contrario, de modo que el regulador siempre resulte responsable de cualquier perjuicio que los particulares sufran por su participación como operadores o inversores en los mercados, pues como acertadamente se ha señalado, esto funcionaría como una especie de aseguramiento general frente a cualquier pérdida que los particulares pudieran sufrir en el funcionamiento normal de los mercados financieros, incentivando la asunción de riesgos excesivos, lo que no supondría la limitación del riesgo moral que participa como elemento incentivador de la asunción de riesgos de los particulares¹⁰⁸⁸. También esta opción resulta inadmisibles, no sólo por los costes públicos que supondría, sino porque esta solución contiene un error técnico-jurídico al olvidar que no hay nada más volátil que los valores que se incorporan a los mercados financieros, por lo que se debe partir de que, en términos de pérdidas y beneficios derivados de las inversiones en los mercados financieros, especialmente, en el mercado bursátil, no hay otro negocio jurídico que se parezca más a un juego de azar, pues incorpora un elemento aleatorio en la determinación de su valor futuro. Pero esta no es la cuestión que aquí nos interesa tratar.

¹⁰⁸⁷ BETANCOR A. (2010), ob. cit. *Regulación: mito y derecho, desmontando el mito...*, pág. 593.

¹⁰⁸⁸ *Íbidem*.

Lo cierto es que en la práctica será muy difícil realizar el control judicial del margen de discrecionalidad. Trasladando esto a la institución de la responsabilidad patrimonial, la consecuencia será, en la práctica, la muy posible desestimación de una reclamación de responsabilidad patrimonial, por no poder llegar a determinarse la antijuridicidad de la posible pérdida sufrida –como exige el artículo 32.1 *in fine* Ley 40/2015-. No será, en estos casos, tarea fácil comprobar la extralimitación del regulador en base a una actuación que deja de ser discrecional para convertirse en arbitraria, y por tanto antijurídica.

Otras dificultades de su aplicación derivan de la faceta subjetiva de la supervisión financiera, es decir, de la compleja distribución competencial de las redes europeas de supervisores, que se complica en España, por la distribución interna de competencias con los reguladores autonómicos, actualmente ya sólo ostentando competencias residuales. La complejidad en la distribución de competencias entre los reguladores europeos y las Autoridades Nacionales en el MUS y en el MUR, van a dificultar mucho la aplicación de la hipotética responsabilidad patrimonial de los mismos como reguladores, por falta de definición de sus competencias en algunos casos, y por compartirse en otros, existiendo ciertas lagunas, como se ha puesto de relieve en el Capítulo II, ya que realmente no se puede responder de aquello de lo que no se es competente.

2.2. El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial en la actualidad

La responsabilidad patrimonial de la Administración se ha considerado configurada en el Derecho español como una responsabilidad objetiva¹⁰⁸⁹, aunque no universal¹⁰⁹⁰. Pero no puede pasar desapercibido que de la práctica jurisprudencial,

¹⁰⁸⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ T.R. (2013), ob. cit. *Curso de Derecho Administrativo...*, pág. 388. En este sentido la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, aunque esta última declara el carácter objetivo de la responsabilidad y no resuelve en consecuencia. Vid. DOMÉNECH PASCUAL G. (2010), ob. cit. “Responsabilidad patrimonial de la administración...”, pág. 203.

¹⁰⁹⁰ En este sentido, la STS, Sala Tercera, Fundamento de Derecho Tercero, nº 3406/2011, de 3 de junio, citando lo anteriormente declarado en STS de diez de octubre de 2007, recurso nº 851 / 2004: «Es cierto que la principal característica de la responsabilidad patrimonial es su carácter directo y objetivo, en el doble sentido de que la reclamación se formula frente a la Administración actuante sin necesidad de concretar al funcionario causante del daño, y de que la responsabilidad, y por tanto la obligación de indemnización, nace sin necesidad de que exista culpa, ni siquiera ilicitud o anormal funcionamiento, de la Administración» ello tampoco convierte, a través de esta institución, a la Administración en una

resultan gran cantidad de matices de carácter subjetivo, lo que lleva a algunos sectores a replantearse este carácter objetivo de la institución¹⁰⁹¹, entendiéndose que en estos casos se ha rebasado lo aceptable para llegar a considerarse como decisión no arbitraria según la “teoría del margen de tolerancia”, o la de la “escala de la discrecionalidad”¹⁰⁹², admitidas por algunos sectores doctrinales en ciertos ámbitos, y que justifican la no imposición de una responsabilidad estrictamente objetiva cuando interviene cierto factor discrecional.

En relación con la función de regulación financiera, los matices subjetivos hacen surgir una línea jurisprudencial que llega a identificar los casos de anormalidad en esta actividad pública con la concurrencia de un mínimo de negligencia¹⁰⁹³. De hecho, se

aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, así lo ha declarado en números sentencias, por todas SSTs de 7 de febrero de 1.998, 10 de febrero de 2.001 y 26 de Febrero de 2.002, al afirmar que: «para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, (...) es necesario que el daño sea antijurídico al no existir deber de soportarlo pues lo contrario convertiría a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual aunque sea objetiva o por el resultado, como declaró esta Sala, entre otras, en su Sentencia de 7 de febrero de 1.998, recurso de casación nº 6282/93, Fundamento Jurídico Tercero”.

¹⁰⁹¹ DOMÉNECH PASCUAL G. (2010), ob. cit. “Responsabilidad patrimonial de la administración por actos jurídicos ilegales...”, pág. 181; También, DOMÉNECH PASCUAL G. (2012), “Responsabilidad patrimonial de la Administración por el ejercicio ilegal de potestades de intervención en la economía”, en *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, REBOLLO PUIG M. (Dir.), Ed. Iustel, Madrid, pág. 370; Y MUÑOZ GUIJOSA M.A. (2012), “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 187, Ed. CEPC, Madrid, pág. 109. Vid. también LÓPEZ MENUDO F. (2000), “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso: un paso adelante en la definición del sistema”, en *DS: Derecho y salud*, Vol. 8, Nº. 2, págs. 81 y 87.

¹⁰⁹² GARCÍA ÁLVAREZ G. (2006), “La modulación de la responsabilidad de la Administración en determinados casos de ejercicio ilegal de potestades urbanísticas”, en *Revista de Administración Pública*, Ed. CEPC, Madrid, núm. 169, Madrid, pág. 159.

¹⁰⁹³ En este sentido, la STS, Sala Tercera, nº 4496/2012, de tres de Julio, en la reclamación de responsabilidad patrimonial dictada en el caso de Forum-Afinsa (en uno de los 450 recursos interpuestos en reclamación de responsabilidad patrimonial en el caso Forum-Afinsa, según Fundamento Jurídico Primero de la STS, Sala Tercera, nº 4493/2012, de 26 de junio), por los daños sufridos como consecuencia de la defectuosa supervisión de la actuación de la entidad FORUM FILATÉLICO, S.A., y en el que se demandaba al Ministerio de Sanidad y Consumo, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de España se recuperó la doctrina de la STS de 27 de enero de 2009 aplicada anteriormente en el caso Gescartera y por la que no se impuso responsabilidad a los reguladores en esos casos porque «no puede exigirse a la Administración en el ejercicio de sus facultades de supervisión e inspección una garantía absoluta del adecuado funcionamiento del sistema y que la mera apelación al ejercicio de esas facultades no puede constituir título suficiente para la imputación de responsabilidad patrimonial», y en ese sentido, se cita también la Directiva 1997/9/CE, de 3 de marzo de 1997, que versa sobre los sistemas de indemnización de los inversores en el ámbito de las empresas de inversión -comprendiendo también a las entidades de crédito y el art. 4.6 del Real Decreto 2606/1996, de 20 diciembre, que regula los Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. La Directiva comunitaria señala en su considerando tercero que

encuentran pronunciamientos que excluyen la responsabilidad del regulador por haber actuado en el “ejercicio ponderado y razonable” de sus facultades¹⁰⁹⁴, y de los que parece deducirse la exclusión de una responsabilidad objetiva como consecuencia de los riesgos concurrentes en el mercado regulado¹⁰⁹⁵.

La cuestión se complica tras la reforma de la regulación financiera porque al fijarnos en el ámbito internacional y en el europeo, la responsabilidad patrimonial de los supervisores no tiene la misma extensión que la clásica responsabilidad objetiva del Derecho español.

De entrada resulta de las directrices del Comité de Basilea, en concreto del Principio nº 2 del documento Principios para una supervisión eficaz del Comité de Basilea de 2012, que es uno de los principios que deben integrar el estatuto de los reguladores que el marco jurídico para la supervisión bancaria debe amparar legalmente al supervisor. La protección legal del supervisor debe extenderse, según el mismo documento, a la «protección al supervisor y a su personal frente a demandas entabladas en su contra por acciones u omisiones realizadas de buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones»¹⁰⁹⁶. Con ello se está configurando, en realidad, una responsabilidad subjetiva en el plano internacional, que abarca el funcionamiento anormal de la actividad supervisora, siendo necesaria una actuación realizada con mala fe o negligencia grave, para poder derivar responsabilidad. Al mismo tiempo, de las directrices del Comité de Basilea resulta una limitación práctica importante y es que también se recoge, en el mismo Principio 2, que el supervisor «posee plena discrecionalidad para adoptar cualquier medida o decisión supervisora que afecte a los bancos o grupos bancarios bajo su supervisión», y es esta plena discrecionalidad en relación con el carácter subjetivo de esa posible responsabilidad, la que acaba reduciendo el éxito de una reclamación de responsabilidad, en la práctica.

«ningún sistema de supervisión puede ofrecer una garantía completa, particularmente en el caso de que se cometan actos fraudulentos».

¹⁰⁹⁴ BETANCOR A. (2010), ob. cit. *Regulación: mito y derecho, desmontando el mito...*, pág. 599.

¹⁰⁹⁵ En este sentido, la STS (Sala de lo Contencioso) nº 2396/2008, de 16 de mayo, en su Fundamento de Derecho Octavo declara: «La mera causalidad lógica se detiene allí donde el sentido de las normas reguladoras de un determinado sector impiden objetivamente reprochar a la Administración el resultado lesivo padecido por un particular».

¹⁰⁹⁶ Vid. Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz, de 2012, págs. 24 a 26. Última entrada el 14 de enero de 2017 en http://www.bis.org/publ/bcbs230_es.pdf

En el Derecho de la UE se reconoce igualmente en lo referente a la actividad de supervisión, y si se configura como subjetiva u objetiva, requiere un análisis mayor porque la tendencia es a considerarla como responsabilidad subjetiva, siendo esta una excepción que se aleja del carácter objetivo que resulta aparentemente a la vista del artículo 340 TFUE, para derivar responsabilidad extracontractual de la actividad de las Instituciones europeas, y especialmente, del mismo Banco Central Europeo¹⁰⁹⁷.

El carácter subjetivo de la responsabilidad patrimonial de este último todavía no está definida de forma expresa desde el punto de vista normativo, pero sí se pretende reducir su reconocimiento a los casos de negligencia grave o mala fe según se propone en el punto 1.7 del Dictamen del Banco Central Europeo de 27 de noviembre de 2012 que recoge una propuesta de reglamento del Consejo que atribuye funciones específicas al Banco Central Europeo en lo que respecta a las medidas relativas a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y una propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) nº 1093/2010 por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea).

Al margen de esta propuesta, mayor precisión requiere cómo interpretar la remisión a los principios comunes de los Estados miembros sobre responsabilidad extracontractual, que contiene el artículo 340 TFUE, en relación con la determinación de la responsabilidad del Banco Central Europeo, ya que recoge que «deberá reparar los daños causados por él o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros». En sentido semejante, pero en relación con la Junta Europea de

¹⁰⁹⁷ Este criterio objetivo es el que aparentemente resulta de la simple lectura del artículo 340 TFUE, y que se ha interpretado como tal inicialmente por el TJUE, sin embargo, hay materias en las que el mismo TJUE abre la puerta a la valoración de la culpa en las Instituciones europeas para poder llegar a ser responsables. Así, se exigen por el TJUE tres requisitos para que la Unión Europea responda civilmente por los daños ocasionados al dictar un acto jurídico ilegal: que exista una relación de causalidad entre el acto y los daños, que la norma jurídica vulnerada tenga por objeto conferir derechos a los particulares perjudicados, y que la vulneración sea suficientemente caracterizada. La interpretación de este último elemento, es decir, la suficiente caracterización de la vulneración jurídica ha sido interpretada, entre otras, en STJCE de 5 de marzo de 1996 (Brasserie du Pêcheur y Factortame y otros, C-46/93 y C-48/93), y en esa interpretación en la que se funden matices de carácter subjetivo y elementos objetivos, encontramos que para que haya responsabilidad en las Instituciones por una ilegalidad cometida en su actuación, es necesaria una falta de diligencia en la aplicación de las normas comunitarias, siendo por tanto esta interpretación, la que convierte en subjetiva la responsabilidad patrimonial de la Administración europea. Vid. DOMÉNECH PASCUAL G. (2010), ob. cit. "Responsabilidad patrimonial de la administración por...", pág. 182.

Resolución (JUR), el Considerando nº 120 del Reglamento UR 806/2014, la admite sin regularla de modo especial, por lo que se aplicaría por analogía la interpretación que consideremos adecuada del artículo 340 TFUE, y el Reglamento UE 1093/2010, en su artículo 69 regula también la responsabilidad extracontractual de la Autoridad Bancaria Europea, la admite remitiéndose también a «las reglas comunes de los Estados Miembros».

Sobre la interpretación de lo que son reglas o principios comunes de los Estados Miembros, debemos comparar, aunque sea brevemente, el Derecho de la Unión y el de los Estados miembros a nivel interno, y en este último caso ver cómo se regula la responsabilidad patrimonial en general y cómo se regula la responsabilidad patrimonial de los reguladores financieros para el caso de que queden acogidos a normas especiales, porque no sólo hay diferencias entre Estados miembros, sino que algunos Estados miembros siguen un sistema general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y otro diferente para sus autoridades reguladoras.

Respecto a la responsabilidad extracontractual general, derivada de la actividad como Administración pública en cualquier ámbito, se ha considerado una responsabilidad objetiva en el Derecho de la Unión Europea sobre la base de los pronunciamientos del TJUE en esta materia, que ha exigido, para su reconocimiento la ilegalidad del comportamiento reprochado a las instituciones comunitarias, la realidad del daño, y la existencia de un nexo causal entre el comportamiento y el perjuicio invocado¹⁰⁹⁸. Se configura, por tanto, de entrada, como responsabilidad objetiva, sin valorar la culpa o negligencia del agente.

Sin embargo, hablando de la responsabilidad patrimonial de los supervisores, no podemos mantener que sea un principio o norma común su configuración como responsabilidad objetiva, y existen algunas razones para defender la conveniencia de la aplicación de matices de índole subjetiva en la actividad de regulación financiera.

Además del criterio que comienza a ser tendencia en el Derecho de la Unión Europea, y que traslada el principio del Comité de Basilea, a la vista de los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados miembros podría aceptarse, ante la

¹⁰⁹⁸ MUÑOZ MACHADO s. (1994), “La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo”, en MARTÍN REBOLLO (Coord.), *Documentación administrativa*, nº 237-238, (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas), pág. 108.

inexistencia de un criterio uniforme sobre la responsabilidad objetiva de los reguladores, la conveniencia de que se considere común que la responsabilidad de las autoridades financieras es subjetiva, siendo consecuencia del hecho de que en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros se admite la responsabilidad de los supervisores con carácter general cuando concurre culpa en mayor o menor medida, aunque algunos excluyen que exista responsabilidad sin ella, de modo que la regla general es que la responsabilidad admitida de forma común por los Estados miembros, es la faceta subjetiva de la responsabilidad patrimonial.

Esta afirmación requiere mayor precisión considerando las regulaciones concretas de algunos Estados miembros tanto en relación a su regulación general sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas como en lo referente a los reguladores financieros. Así, fuera de la actividad de supervisión existe mayor coincidencia en las soluciones que recogen los distintos ordenamientos jurídicos. El Derecho alemán, sí admite la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas con independencia de la culpa al final de su evolución¹⁰⁹⁹, al igual que en el Derecho francés, que admitió este carácter objetivo desde sus orígenes pero matizando en la práctica la extensión de los efectivos daños producidos, postura ajustada a la del Consejo de Estado francés que en su informe anual de 2005 advierte de las consecuencias negativas de la socialización ilimitada del riesgo¹¹⁰⁰, que es en lo que definitiva se convierte un sistema de responsabilidad patrimonial muy amplio como es el objetivo. Esta razón aconseja su reducción cuando estamos tratando la actividad pública de los reguladores financieros, porque, como se ha indicado, en la propia actividad financiera existen demasiados riesgos implícitos.

De otro lado, cabe tener en cuenta que en otros sistemas, la asimilación a la configuración que se ha manifestado en esta institución en el Derecho norteamericano, que, como en el Derecho inglés, reconocen responsabilidad del

¹⁰⁹⁹ En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 9-10 de junio de 1952: “No significa ninguna diferencia que la intervención haya sido jurídica, ilícita no culpable, o ilícita culpable”. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ T.R. (2013), ob. cit. *Curso de Derecho Administrativo...*, pág. 375.

¹¹⁰⁰ *Íbidem*, pág. 379.

Estado cuando hay una actuación culposa en él o en sus funcionarios, apreciándose la culpa de conformidad con las reglas comunes¹¹⁰¹.

Respecto a la función pública de supervisión, lo cierto es que no podemos considerar que las reglas sobre responsabilidad patrimonial que siguen los Estados miembros sean uniformes. Así mientras hay ordenamientos que no establecen un régimen especial, aplicando el régimen de responsabilidad extracontractual general, como Italia¹¹⁰² y Dinamarca, existen otros Estados miembros que regulan expresamente inmunidades para las autoridades regulatorias, y que son de diferente calado: Alemania acoge una inmunidad total para sus reguladores financieros, mientras que se exige un comportamiento con mala fe en Reino Unido¹¹⁰³ e Irlanda, grave negligencia en Luxemburgo, y algún tipo de culpa en Bélgica. En Francia, por su

¹¹⁰¹ Íbidem, pág. 374.

¹¹⁰² En el caso de Italia debe ser puesto de relieve que, en aplicación de sus reglas generales, encontramos pronunciamientos en los que se condena a la Consob (el equivalente a nuestra CNMV) a resarcir los perjuicios sufridos por los inversores, en base a defectos de supervisión del regulador. En este sentido, la Sentencia de la Corte de Casazione italiana de 18 de abril de 2007 impone responsabilidad patrimonial por omisión de sus funciones de vigilancia. Del mismo modo la Sentencia de la Suprema Corte italiana nº 3132 de 6 marzo 2001, acogió por primera vez el principio de protección del consumidor y la responsabilidad del regulador, que, aunque no está obligado a realizar sugerencias a los inversores y respaldar los beneficios de las transacciones financieras individuales, sí lo consideró obligado a controlar y garantizar la exactitud de la información contenida en el folleto de personas que se preparan para lanzar ofertas públicas iniciales, declarando, en este sentido que “una volta accertato dagli atti che risultava la falsità di essenziali dati del prospetto, l'organo pubblico istituzionalmente preposto ad assicurare l'effettività di minimi standard informativi aveva la potestà legale di intervenire con iniziative istruttorie, integrative, repressive su operazioni che, prima facie, quel livello di veridica informazione non fornivano”. Se considera que el reconocimiento de responsabilidad es la última fase de la evolución jurisprudencial de la responsabilidad aquiliana. Vid. TUCCI A. (2009), “Vigilanza sugli intermediari finanziari e responsabilità civile della Consob”, en *Banca Borsa Titoli di Credito: rivista di dottrina e giurisprudenza*, Vol. 62, Nº 4, pág. 488; También, CILLA C. (2011), “Condannata la consob a risarcire il danno ai risparmiatori per non aver operato con diligenza nell’ambito dei suoi poteri di controllo. Nota a Cass. civ. sez. III, 23 marzo 2011, n. 6681”, en *Osservatori sulla Giurisprudenza, Il Diritto Amministrativo, Revista Iuridica*, Anno III, Editore: Atena Alta Formazione, pág. 2. La Corte Suprema italiana llega a la conclusión de que existe antijuridicidad en el daño porque sí existe una obligación de la Consob de garantizar la veracidad de las informaciones incluidas en el folleto, y además existe nexo causal porque el perjuicio sufrido por los inversores, según la hermenéutica aplicada aparece como resultado de la opción de los mismos que deriva de su libertad de contratación, pero que está condicionada por la garantía del control del supervisor, en el sentido de que los inversores no habrían hecho la inversión, que resultó desastrosa, si hubiesen tenido conocimiento de información veraz sobre el emisor.

¹¹⁰³ En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ T.R. (2013), ob. cit. *Curso de Derecho Administrativo...*, pág. 374,. Lo consideramos como Estado miembro a pesar del Brexit, y hasta que finalice el proceso de su salida de la Unión Europea, pues no es un proceso fácil la separación de un Estado miembro y muchas cosas al respecto deben ser discutidas. Vid. ABELLÁN L. (2016), “Instrucciones para pactar un divorcio en el seno de la Unión Europea. El artículo 50 del tratado prevé la retirada de un Estado, pero el proceso es muy incierto”, nota de prensa publicada en El País, el 24 de junio de 2016, consultado el 17 de enero de 2017 en http://internacional.elpais.com/internacional/2016/06/22/actualidad/1466620930_621082.html

parte, la inmunidad no se ha normativizado pero sí es resultado de la casuística procesal, exigiéndose negligencia grave¹¹⁰⁴. En general, se aprecia una tendencia a restringir la responsabilidad patrimonial de los reguladores de otros países europeos, limitándola a los casos de dolo o culpa grave, incluso hay países que han reformado su regulación para que en este ámbito la responsabilidad no sea objetiva, sino subjetiva; así ha ocurrido en Italia, país en el que paradójicamente, esta restricción no ha impedido que se reconozca tal responsabilidad en favor de los inversores que han sufrido pérdidas por fallos regulatorios¹¹⁰⁵.

En España, toda vez que no existe regla especial positivizada que implique una inmunidad para las autoridades reguladoras, no existe, salvo error por nuestra parte, ningún pronunciamiento que imponga responsabilidad de este tipo a los reguladores, pero sin embargo, el sistema general seguido en el Derecho español es el de considerar que estamos ante una responsabilidad extracontractual objetiva¹¹⁰⁶ para la mayoría de la doctrina, y así resulta del artículo 32 de la Ley 40/2015, aunque a la vista de su aplicación en la práctica procesal y de otras consideraciones teóricas¹¹⁰⁷, podemos plantearnos la relevancia de esos matices subjetivos para mantener el carácter objetivo de la institución.

Las especiales características de la materia hacen que el elemento subjetivo de la culpa cobre especial importancia para llegar a poder reconocer responsabilidad patrimonial en los supervisores. Así, las principales razones que pueden fundamentar una propuesta en la que la responsabilidad no sea objetiva en los reguladores son: en primer lugar, el riesgo inherente a la actividad financiera que se pretende regular, y que aconseja que el regulador tenga una responsabilidad basada en la culpa, no de

¹¹⁰⁴ TISON M., (2005), "Do not attack the watchdog!. Banking supervisors liability after Peter Paul", en *Common market law review*, Vol. 42, nº 3, Ed. Kluwer Academic Publishers, Holanda, págs. 649 y ss.

¹¹⁰⁵ Así, en Italia el legislador introdujo tal restricción en los años 2005 y 2006. TUCCI A. (2009), "Vigilanza sugli intermediari finanziari e responsabilità civile della Consob", en *Banca Borsa Titoli di Credito: rivista di dottrina e giurisprudenza*, Vol. 62, Nº 4, pág. 486 y ss.

¹¹⁰⁶ MARTÍN REBOLLO L., (2000), "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración, un balance y tres reflexiones", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2000, pág. 288. El autor pone de relieve que, en su inicial configuración legal, y sobre la base del artículo 121 de la LEF "La idea de la que se parte es la de garantizar al perjudicado, que encontrará la cobertura de la Administración independientemente de que haya o no culpa o negligencia del funcionario, superándose así la dicotomía entre responsabilidad directa y subsidiaria. Se asume, pues, un criterio mucho más favorecedor para los afectados".

¹¹⁰⁷ Existen teorías que vinculan la ilegalidad o antijuridicidad del daño, con la culpa, en contra de lo que resulta a la vista del artículo 32 de la Ley 40/2015 que recoge una responsabilidad objetiva. Vid. MEDINA ALCOZ, L. (2005), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Ed. Civitas, Navarra, pág. 256.

carácter objetivo, para no convertir el sistema en una aseguradora de los riesgos asumidos por los particulares¹¹⁰⁸; en segundo lugar, otra razón es seguir las mismas tendencias internacionales en la configuración de esta institución; en tercer lugar, encontramos otra razón en la disparidad de criterios acogidos entre los Estados miembros sobre el carácter objetivo o subjetivo de tal responsabilidad, lo que hace aconsejable, por armonizar que en todos se considere subjetivo, quedando en concordancia, del mismo modo con el tipo de responsabilidad de las propias autoridades europeas; y en cuarto lugar, no olvidemos que los reguladores tienden a ser configurados como autoridades independientes u organismos públicos singulares, de modo que sus propias especialidades de funcionamiento y régimen jurídico, así como su finalidad, hacen que el régimen de su responsabilidad se aleje también de las reglas generales para dejar de ser objetivo y considerarse abiertamente subjetivo, razón está que además, concuerda bien con el hecho de que el modelo que siguen los reguladores es el de las agencias independientes de origen anglosajón, y como se ha indicado, en los ordenamientos jurídicos de base anglosajona, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones se basa en la culpa.

Una última cuestión que dificulta el reconocimiento de responsabilidad patrimonial en ciertos casos es la aplicación del denominado “riesgo regulatorio”, y es que los operadores deben asumir que la participación en un mercado regulado les somete a los cambios regulatorios que en desarrollo de la normativa puedan dictarse o acordarse por el supervisor y que puedan limitar sus ganancias. En este caso, se parte de la base de que nos estamos refiriendo a actuaciones de cualquier tipo incluidas en las funciones del regulador pero ejecutadas sobre la base de la legalidad, esto es, no antijurídicas, porque entonces no quedarían cubiertas por este riesgo regulatorio que deben asumir. Dentro del marco del riesgo regulatorio, las pérdidas que pudieran sufrir los operadores quedan incluidas dentro de su riesgo empresarial, y no podrán

¹¹⁰⁸ Vid. STS (Sala de lo Contencioso) nº 2396/2008, de 16 de mayo, en su número SEXTO del voto particular que contiene, y en el que se estima que debería imponerse la responsabilidad en el caso tratado por omisión de la CNMV, está acogiendo una responsabilidad subjetiva: «la protección del inversor, naturalmente ha de exigirse en términos de razonabilidad por cuanto no puede hacerse responsable a la Administración de cualquier riesgo que el inversor sufra en el desarrollo normal de las actuaciones de dicho libre mercado, mas ello en modo alguno puede excluir la responsabilidad de la Administración que, conociendo el alcance y riesgo que las irregularidades existentes en la agencia suponían, deja de actuar durante un largo período de tiempo sin ejercer en plenitud la facultades que el ordenamiento le confiere, y de la que la menos restrictiva resultaba la información al público sobre dichas irregularidades”.

ser reclamadas alegando la vulneración de los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima¹¹⁰⁹. También la limitación del reconocimiento de responsabilidad patrimonial en relación con las pérdidas derivadas del riesgo regulatorio es un indicador de que se está excluyendo implícitamente la responsabilidad por funcionamiento normal.

De todos modos, esta limitación se suele justificar con la misma explicación que anteriormente hemos ofrecido, al tratar la protección de la garantía patrimonial frente a los casos de expropiación forzosa, pues los elementos patrimoniales afectados deben estar patrimonializados para que sean indemnizables¹¹¹⁰. La referencia a la expropiación forzosa, cuando estamos analizando la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es inevitable por tratarse de instituciones emparentadas por su origen¹¹¹¹, en relación con el principio de indemnidad de los particulares¹¹¹², aunque

¹¹⁰⁹ Al respecto, vid. la STS, Sala Tercera, Sección Primera, nº 5582/2016, 21 de diciembre, en su Fundamento de Derecho Cuarto, que hace referencia a jurisprudencia anterior y en relación a las retribuciones todavía no patrimonializadas en el sector eléctrico, criterio cuya extensión realiza la sentencia a las ganancias en el sector de las energías renovables: “en un sistema regulado no existe un derecho al mantenimiento de una determinada retribución, sino que los sujetos que invierten han de asumir el “riesgo regulatorio” como un riesgo empresarial que puede suponer la disminución de las retribuciones contempladas en un determinado momento”. El mismo criterio se puede aplicar a los casos en que, por aplicación de normas de desarrollo y actos administrativos del regulador, realizados conforme a Derecho, los operadores ven menguadas sus expectativas sobre ganancias futuras, y que se puede extender también a los costes de la actividad que pueda imponer el regulador. Esta idea es consecuencia de la doctrina constitucional recogida, entre otras en SSTC 270/2015, de 17 de diciembre, 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016, de 16 de febrero, 30/2016, de 16 de febrero, 42/2016, de 3 de marzo y 61/2016, de 17 de marzo, conforme a la cual “un ámbito sujeto a una elevada intervención administrativa en virtud de su incidencia en intereses generales, y a un complejo sistema regulatorio que hace inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica”.

¹¹¹⁰ En este sentido, en relación con el riesgo regulatorio, se hace referencia a la todavía no patrimonialización de las expectativas patrimoniales todavía no adquiridas, y por tanto excluidas como lesión efectiva a efectos de responsabilidad patrimonial, en la STS, Sala Tercera, Sección Primera, nº 5582/2016, 21 de diciembre, en su Fundamento de Derecho Tercero: “y sin que dicha sujeción conlleve una afectación desfavorable de los derechos adquiridos desde una perspectiva constitucional, esto es, no incide en derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas”. En el mismo sentido, se ha destacado que “las meras expectativas creadas por una situación estatutaria, que subsiste pero con modificaciones exigidas por razones de interés general apreciadas por el poder legislativo no generan un derecho a indemnización” (STS de 30 noviembre 1992) “ni tampoco los derechos no incorporados al patrimonio de su titular o cuya adquisición depende de cargas todavía no cumplidas por el interesado” (STS de 14 febrero 2002).

¹¹¹¹ La cercanía de ambas instituciones ha sido puesta de relieve por algunos autores, precisamente porque ambas implican una privación, una “privación querida en el caso de la expropiación y no querida –consecuencia marginal de la acción administrativa– en el supuesto de la responsabilidad”. Vid. MARTÍN REBOLLO L. (2000), ob. cit. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración...”, pág. 309.

con estructuras diferentes, y con diferencias esenciales: materialmente, se diferencian en que la expropiación forzosa es el resultado querido del ejercicio de una potestad pública, la expropiatoria, perfectamente definida en sus elementos como institución, la responsabilidad patrimonial puede surgir de cualquier actividad administrativa y dar lugar a la afectación de derechos e intereses de diferente índole, de forma accidental, residual o incidental¹¹¹³, y de muy diferentes formas, siendo esta amplitud de posibilidades la que genera su delimitación casuística, lo que se traduce en la falta de concreción y precisión positivada de la institución de la responsabilidad patrimonial frente a la determinación normativa de la expropiación forzosa; formalmente, y como consecuencia de lo anterior, ocurre lo mismo desde el punto de vista procedimental, pues el procedimiento administrativo expropiatorio está totalmente definido por la ley, mientras que otro tipo de privación patrimonial que pueda generar responsabilidad patrimonial, en realidad, es un imprevisto para la Administración, algo que ha ocurrido, sin buscarse, y por tanto, no es posible establecer reglas formales para la obtención de ese resultado, salvo cuando ya ha ocurrido la pérdida patrimonial y para obtener una compensación; finalmente, y relacionado con esto último, las diferencias también son espirituales, porque, la obligación de reparar los perjuicios ocasionados se presuponen y se aceptan en la expropiación forzosa, y no se plantea su omisión, mientras que la posible reparación vía responsabilidad patrimonial de los perjuicios ocasionados en actuaciones no expropiatorias, está sujeta a la concurrencia de una serie de requisitos y condiciones que, si no concurren, excluirán la reparación.

En general, una de las mayores dificultades que encontramos para configurar la responsabilidad de los supervisores es la imposibilidad de que, por todos estos motivos, puedan establecerse reglas generales de cuándo sí y cuando no los supervisores son responsables patrimonialmente de su actuación. Esto parte del hecho no sólo de las peculiaridades de la propina normativa reguladora de la función de supervisión financiera, sino de la propia configuración de la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, pues ya en general,

¹¹¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ T.R. (2013), ob. cit. *Curso de Derecho Administrativo...*, pág. 433.

¹¹¹³ *Íbidem*, pág. 390.

sobre escasa regulación positiva, la institución realmente, está sobre todo asentada sobre su desarrollo jurisprudencial, también casuístico.

Todo ello hace que determinar unas reglas generales para su reconocimiento sea una tarea tan compleja como imposible, pero a pesar de las dificultades, sí vamos a tratar de realizar, a continuación, una aproximación sobre la problemática de cada uno de los supuestos que pueden darse como situación de hecho generadora de esa responsabilidad en lo referente a la regulación financiera, más concretamente a la bancaria, y que diferenciamos porque en cada uno de ellos, la estructura de la institución es diferente.

En nuestra opinión se pueden diferenciar dos casos de responsabilidad patrimonial: 1. Los supuestos de responsabilidad patrimonial por omisión del supervisor. 2. Los supuestos de responsabilidad patrimonial en el ejercicio del poder de resolución de una entidad de crédito y en relación con la gestión de activos intervenidos a entidades de crédito.

Además, cabe también la posibilidad de que se pueda derivar responsabilidad civil derivada de delito, que aunque similar a la responsabilidad patrimonial es un supuesto diferente, y puede existir también, a cargo del Estado, responsabilidad patrimonial por inobservancia del Derecho Europeo.

3. LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL GENERADOS EN LA ACTIVIDAD DE SUPERVISIÓN.

3.1. Razones para la distinción de supuestos de responsabilidad y su punto común.

La referencia separada a los supuestos de responsabilidad por omisión del supervisor de los que lo son como consecuencia de una actuación positiva es necesaria porque en la estructura de ambos supuestos existen diferencias de extrema importancia.

En primer lugar, la distinción es consecuencia de cómo actúa en la acción y en la omisión administrativa, la caracterización de la ilegalidad de esa actuación positiva o negativa como presupuesto de responsabilidad –nos referimos, con ilegalidad, a la antijuridicidad del perjuicio que el particular no tiene obligación de soportar-, siendo esta ilegalidad un requisito que, se ha considerado en algunos sistemas jurídicos, por

ejemplo el inglés, como elemento subjetivo o culpabilístico¹¹¹⁴. Lo cierto es que ambos supuestos no tienen la misma estructura porque en las actuaciones positivas, fijándonos en el Derecho inglés donde la distinción es muy clara, para dar lugar a responsabilidad debe concurrir culpa en diferentes grados, y que será necesariamente mala fe en los actos decisorios, y simple negligencia en los casos de actuación material, mientras que una omisión es considerada directamente ilegal, según se recoge en el mismo Derecho inglés¹¹¹⁵, lo que podría hacernos pensar que es objetiva en este caso, aunque hay sectores doctrinales que identifican la ilegalidad de la actuación administrativa con un comportamiento culposo en la Administración actuante incluso en nuestro Derecho¹¹¹⁶, pues se identifica con la existencia de una culpa *in vigilando* o *in omittendo*¹¹¹⁷, aunque para mantener esta propuesta, es necesario que el regulador tenga asignadas competencias y que no las haya ejercitado, como título de imputación.

La referencia a esta particularidad de la regulación de la responsabilidad patrimonial en el Derecho anglosajón tiene sentido si consideramos que los reguladores financieros, tradicionalmente en este Derecho son agencias independientes, que es la tendencia actual de todos los ordenamientos jurídicos en la configuración del estatuto del regulador, aunque todavía falte avanzar en este sentido hacia una mayor autonomía de los supervisores en el Derecho español, y aunque se cuenta con muy poca experiencia en el Derecho continental, en comparación con el modelo de las *public utilities* de los Estados Unidos de América¹¹¹⁸.

Por este motivo, la consideración de cómo se regula la responsabilidad en el sistema anglosajón es obligada, y muy probablemente sea de ese modelo de donde deberemos importar las soluciones a los problemas que estamos abordando y que parecen no tener respuesta. Pero es lógico que no encontremos soluciones buscando en el sistema tradicional, ¿cómo encontrar una solución en un sistema que está transformándose y en el que aparecen mezclados elementos del modelo continental de regulación, en que es la propia Administración general la que asume la titularidad

¹¹¹⁴ ORTEGA ÁLVAREZ L. (1995), "La responsabilidad civil de la administración pública", en *THEMIS: Revista de Derecho*, nº 32, (Ejemplar dedicado a: Derecho Público), pág. 19.

¹¹¹⁵ *Íbidem*.

¹¹¹⁶ MEDINA ALCOZ, L. (2005), ob. cit. *La responsabilidad patrimonial...*, pág. 256.

¹¹¹⁷ JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ A. (1986), "Responsabilidad administrativa por culpa "in vigilando" o "in omittendo"", en *Poder Judicial*, nº 2, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 117-128.

¹¹¹⁸ ESTEVE PARDO J. (2012), ob. cit. "Origen, principios y técnicas de la regulación...", pág. 39.

de la regulación de los sectores económicos, con algunos de los rasgos del modelo anglosajón en el que la regulación es asumida por agencias independientes? Es imposible encontrar soluciones satisfactorias si buscamos sólo en el sistema tradicional; las soluciones en este caso, están, en parte, en el derecho anglosajón. No podemos olvidar que las agencias reguladoras independientes en el Derecho Norteamericano del que son originarias, tienen una especial fisonomía que no coincide exactamente con la de las agencias reguladoras que en las últimas dos décadas han proliferado en el Derecho Europeo, donde, sin embargo, su caracterización es diferente porque son entidades auxiliares de la Comisión¹¹¹⁹, de modo que las consecuencias jurídicas vinculadas a su estatuto las separan enormemente del régimen jurídico de aquellas, y esto afecta tanto a su independencia como a su responsabilidad. Pero si se pretende importar el modelo anglosajón, especialmente el norteamericano, debemos fijarnos en su régimen jurídico.

En segundo lugar, como problema común a los supuestos de responsabilidad por actuación positiva y por omisión, encontramos la dificultad de salvar el juicio de antijuridicidad respecto de las decisiones sujetas a un amplio margen de discrecionalidad, que siempre ha sido difícil de someter al control judicial de la adopción de medidas de carácter económico¹¹²⁰, pero que además, puede suponer la exclusión de la responsabilidad patrimonial de la Administración ante la dificultad práctica para precisar si la conducta se ajustó a la legalidad.

En el mismo Derecho anglosajón al que antes nos referíamos, encontramos que se valora la dificultad de llevar a cabo un adecuado control de la discrecionalidad, que se trata de lograr mediante la objetivación parcial de la responsabilidad, bajo el

¹¹¹⁹ GARCÍA ÁLVAREZ G. (2017), ob. cit. "Las autoridades europeas de supervisión y su compatibilidad...", pág. 23-24.

¹¹²⁰ Merece la pena hacer aquí una referencia a las limitaciones del control judicial que en el ámbito del Derecho Europeo y en Derecho comparado se aplican respecto de las valoraciones económicas que forman parte de las decisiones administrativas, ya que el control judicial queda limitado a la legalidad y no a la valoración económica amparada por un considerable margen de discrecionalidad técnica. En este sentido, por ejemplo, la STJUE de 29 de octubre de 1980, en el caso 138/1979, SA Roquette Frères contra Consejo de las Comunidades Europeas. En la misma, su considerando nº 25, venía a establecer tal limitación sobre el control judicial, al indicar "Cuando la aplicación de la política (...) implica la necesidad de evaluar una situación económica compleja, la facultad discrecional de que dispone no se aplica exclusivamente a la naturaleza y al alcance de las disposiciones que haya que adoptar, sino también en cierta medida a la comprobación de los datos de base, (...). Al controlar el ejercicio de esta competencia, el Juez debe limitarse a examinar si la misma no adolece de error manifiesto o de desviación de poder o si la autoridad de que se trate no se ha extralimitado manifiestamente de su facultad de apreciación".

presupuesto de que un uso gravemente negligente o irrazonable de la discrecionalidad da lugar a un abuso de poder. De modo que partiendo de una responsabilidad subjetiva, cuando es difícil de controlar se establecen reglas que la objetivan¹¹²¹.

En el Derecho español se sigue el proceso inverso, se considera objetiva de entrada, y ante la imposibilidad de concretar la antijuridicidad de la actuación por encontrarnos, en muchos casos, ante decisiones discrecionales, se acaban desestimando las reclamaciones de responsabilidad por considerarse que la actuación no es ilegal, y en realidad, lo que ocurre es que existe una presunción de legalidad ante la imposibilidad de demostrar que la Administración no se ha desviado o extralimitado, y en consecuencia, se resuelve que el particular tiene obligación de soportar, en su caso, los perjuicios sufridos.

Es en este punto donde falla la construcción de la responsabilidad administrativa en la actividad de supervisión en nuestro sistema, por el amplio margen de discrecionalidad que encontramos en parte de las facultades públicas que componen la actividad, o en los casos en que sus funciones son regladas, en la gran cantidad de conceptos jurídicos indeterminados que deben ser concretados para desencadenar la actuación del regulador. Precisamente, esto es lo que hace injustos los resultados desestimatorios de algunas reclamaciones de responsabilidad patrimonial interpuestas frente a reguladores, porque aunque un sistema de responsabilidad objetivo es más garantista para el ciudadano que uno subjetivo, hay en esta construcción un obstáculo insalvable. Así, encontramos en nuestro Derecho una línea jurisprudencial que mantiene que no existe lesión antijurídica salvo que resulte acreditado que la decisión de la Administración es absolutamente irrazonable y arbitraria, cuando se están ejerciendo funciones discrecionales o incluso en actos reglados, cuando estos se hacen depender de conceptos jurídicos indeterminados¹¹²².

Si miramos la problemática aquí tratada desde el punto de vista inverso, se puede evitar caer en el desconcierto resultante al tratar de aplicar un sistema de

¹¹²¹ ORTEGA ÁLVAREZ L. (1995), ob. cit. "La responsabilidad civil de la administración...", pág. 19.

¹¹²² En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ T.R. (2013), ob. cit. *Curso de Derecho Administrativo...*, pág. 450. Los autores critican esta línea jurisprudencial por absurda e incomprensible, citando como ejemplo las SSTs 12 de julio y 26 de diciembre de 2001, 24 de enero de 2002, y 23 de junio de 2003.

responsabilidad objetivo que, por las excepciones aplicables, conduce a situaciones irresarcibles por esta vía, o bien, más que irresarcibles, excluidas de plano del posterior análisis de concurrencia de los presupuestos necesarios para reconocer esa responsabilidad patrimonial (aunque concurren), por no identificarse la ilegalidad de la propia actuación que es el presupuesto desencadenante de la posible responsabilidad, cuando en realidad, lo que ocurre es que no se puede apreciar si existe o no esa antijuridicidad.

Por este motivo, de forma implícita, se está aceptando una construcción subjetiva en lugar de objetiva, acogiendo la idea por la que se identifica ilegalidad con culpabilidad. Pero como la aceptación no es expresa, no se incorporan factores correctivos a favor del particular.

Este planteamiento en conjunto es, por sí mismo, contrario a la esencia del Derecho administrativo que debe ser una parcela del Derecho garantista de la posición jurídica del ciudadano, ya que excluye la reparación ante la imposibilidad de cerciorarse de la ilegalidad de la actuación aplicando una suerte de presunción de irresponsabilidad para la Administración, en los casos en que incluso existe daño efectivo, actividad u omisión de la Administración y nexo causal entre ellos, concurrencia de elementos que ni siquiera se tiene oportunidad de valorar, si de entrada, se determina que la actuación no es ilegal y que el perjuicio no es antijurídico, porque esa antijuridicidad es indemostrable.

Parece más adecuado introducir un tipo de responsabilidad de carácter subjetivo para aplicar correctivos sobre ella y hacerla accesible en los casos en los que esté justificado reconocerla, al menos en lo referente a la responsabilidad de los reguladores financieros, criterio en concordancia con las tendencias internacionales y de la Unión Europea, y que permite superar el obstáculo de la discrecionalidad técnica como elemento que dificulta el control de la legalidad administrativa, mediante criterios preestablecidos que la objetiven, pues en caso contrario, quedan ámbitos excluidos del control judicial.

La previa determinación de los elementos objetivos del ejercicio de competencias como modo de reducir el margen de discrecionalidad ha sido utilizado en otro contexto diferente a la atribución de responsabilidad patrimonial, pero también como fórmula para limitar la discrecionalidad de las autoridades reguladoras

europeas, para salvar la dificultad de someter a control judicial las decisiones discrecionales que las mismas adoptaran, aplicando la doctrina Meroni contenida en la STJUE de 13 de junio de 1958¹¹²³, cuando se tratara del ejercicio de funciones delegadas.

La exclusión del control judicial debe considerarse no ajustada a lo previsto en el artículo 106.1 CE que no excluye ninguna parcela del mismo, en la dicción literal de su enunciado. Frente a ello, y dado que de la Jurisprudencia europea resulta que sí hay parcelas excluidas del control judicial, y en concreto el margen de apreciación implícito en las normas de carácter económico, respecto del que cabe únicamente en el ámbito europeo, un control de razonabilidad o proporcionalidad de los métodos o soluciones aplicadas¹¹²⁴, para tratar de armonizar ambos sistemas, sí sería conveniente que ya que en el Derecho europeo se tiende hacia la configuración de una responsabilidad patrimonial de los supervisores de carácter subjetivo, ese margen de discrecionalidad se pueda controlar con los referidos criterios de objetivación preestablecidos. Estos criterios se deben incorporar a la norma y favorecen la aplicación de la técnica de control de los hechos determinantes en cuanto que mediante ella se podrá comprobar si los elementos fácticos incorporados a la norma concurren o no, haciendo así posible el control de la legalidad de esas decisiones discrecionales.

Merece ser destacado que las decisiones discrecionales a las que nos estamos refiriendo son tanto las discrecionales en sentido jurídico estricto como aquellas que acogen cierto grado de discrecionalidad técnica que, aunque parecidas deben ser distinguidas, porque no son el mismo supuesto y pueden darse igualmente en lo

¹¹²³ Así el apartado 3.c) del punto III. Tercer motivo: desviación de poder de la STJUE de 13 de junio de 1958 en el asunto 9/56, entre Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA, y CECA, venía a declarar que, en relación con las facultades delegadas: “puede ser controlado rigurosamente en relación con criterios objetivos fijados por la autoridad delegante, o una facultad discrecional”. Sin embargo, la doctrina Meroni, se ha visto recientemente limitada por las STJUE de 5 de mayo de 2015, dictadas en los asuntos 146/2013 y 147/2013, que consideraba que la misma no era aplicable en los casos de funciones delegadas a través de una cooperación reforzada, en la que las Administraciones delegantes no eran organismos europeos sino organismos de los Estados miembros. Vid. GARCÍA ÁLVAREZ G. (2017), ob. cit. “Las autoridades europeas de supervisión y su compatibilidad...”, pág. 32, 36-37, y 39.

¹¹²⁴ HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ J.C. (2012), “Discrecionalidad y control de las apreciaciones económicas de la Comisión en el marco del Derecho europeo de control de concentraciones”, en REBOLLO PUIG M. (Dir.), La regulación económica. En especial, la regulación bancaria (Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo), Ed. Iustel, Madrid, pág. 733, con cita a BARNÉS VAZQUEZ, J. (2006), “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, en *Innovación y reforma del Derecho administrativo*, Ed. Global Law Press, Sevilla, pág. 180.

referente a la actividad de los reguladores. La discrecionalidad en general permite decidir la solución adecuada para cada caso, siendo esta discrecionalidad objeto de control a través de las técnicas de control de la discrecionalidad tradicionales. La discrecionalidad técnica, también muy empleada en materia financiera, no es la discrecionalidad propiamente dicha, sino la dificultad técnica para llegar a concretar algunos de los elementos concurrentes por necesitarse de conocimientos especializados, y respecto de los que se ha considerado que el regulador deberá tomar una decisión-elección, es decir, deberá elegir entre varias posibles soluciones que pueden estar fundamentadas por diferentes razones técnicas, la que crea más conveniente¹¹²⁵, siendo esta decisión-elección imposible de controlar, pues de la misma sólo podrán ser controlados los elementos formales¹¹²⁶. La determinación previa de unos límites al ejercicio de esa elección discrecional en ambos casos, favorecería el control de ambas al ser un correctivo de la actuación del regulador, que además de permitir identificar los supuestos de funcionamiento anormal de su actividad en lo que nos sirve para perfilar su posible responsabilidad, facilitaría la aplicación de la técnica de los hechos determinantes, como técnica de control¹¹²⁷.

En consecuencia, para preestablecer algunas reglas de responsabilidad objetiva en el ejercicio de potestades discrecionales, el primer paso sería descubrir cuál es el margen de discrecionalidad¹¹²⁸, o al menos, aproximarse a sus límites lo máximo posible desde un punto de vista abstracto, para luego fijar los resultados en términos de responsabilidad por no haberse observado esos límites preestablecidos.

Esta propuesta facilitaría el control judicial de la legalidad de la actividad administrativa cuando los márgenes de discrecionalidad son tan amplios, como en el ámbito de la regulación financiera, porque el alcance de la discrecionalidad está íntimamente ligado con el alcance del control judicial¹¹²⁹. En realidad, esta propuesta

¹¹²⁵ En este sentido, el Fundamento Octavo de la STS (Sala Contencioso- administrativo) nº 6042/2005 de 11 de octubre, en relación a cómo contabilizar el fondo de comercio en la OPA de Banesto por el que el Banco de Santander adquirió el 51,892% del capital social de Banesto.

¹¹²⁶ BETANCOR A. (2010), ob. cit. *Regulación: mito y derecho, desmontando el mito...*, pág. 551 a 563.

¹¹²⁷ Se ha señalado que el Estado de Derecho en nuestros días consiste en gran medida en el progreso del "rule of law", del principio de legalidad, es decir, de la limitación de las facultades discrecionales, que siempre existen en el ejercicio del poder administrativo, ARIÑO ORTIZ, G. (2011), ob. cit. *Lecciones de Administración*, pág. 927.

¹¹²⁸ HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ J.C. (2012), ob. Cit. "Discrecionalidad y control de las apreciaciones...", pág. 733.

¹¹²⁹ BETANCOR A. (2010), ob. cit. *Regulación: mito y derecho, desmontando el mito...*, pág. 545.

favorece la posterior aplicación de las clásicas técnicas de control de la legalidad: control de la desviación de poder, control de los hechos determinantes, control por los principios generales del Derecho¹¹³⁰.

Mientras las técnicas clásicas son aplicadas por el jurista, al interpretar la correcta aplicación de ese margen de discrecionalidad, y es esto lo que hasta ahora viene haciéndose por los tribunales como ejercicio previo de reconocimiento de la ilegalidad de la actuación administrativa, para poder aplicar la consecuente responsabilidad, lo que aquí proponemos es que el margen de discrecionalidad se concrete por el legislador mucho más, a través de elementos objetivos, para poder facilitar la identificación de cuando la Administración no ha ejercitado bien esos poderes discrecionales.

De este modo, la consecuencia sería para la institución de la responsabilidad patrimonial, la posibilidad de identificar mejor la antijuridicidad del acto dictado en el ejercicio de potestades discrecionales, venciendo así la dificultad práctica de hacerlo, porque mientras no se pueda acreditar esa antijuridicidad la presunción de legalidad del acto administrativo no permite reconocer este elemento.

En realidad, la responsabilidad en estos casos, no sería objetiva sino subjetiva porque implicaría el incumplimiento de la ley, y ello, es identificable con un funcionamiento anormal del regulador, de modo que su actuación sería culpable por antijurídica.

Pasamos a examinar los supuestos de responsabilidad patrimonial diferenciando según sean consecuencia de una omisión o según sean consecuencia de una actividad positiva del regulador, centrándonos en los elementos más controvertidos para poder derivar responsabilidad patrimonial de la actividad de los supervisores, y sin profundizar en aquellos elementos que deben concurrir, pero que están bien caracterizados en estos casos, por ajustarse a las reglas generales de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en general, como por ejemplo, la existencia de un perjuicio concreto y evaluable económicamente¹¹³¹.

¹¹³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA E. (2011), ob. cit. *Democracia, ley e inmunidades...*, pág. 39 y ss.

¹¹³¹ En relación con el elemento del perjuicio patrimonial existente, en general, no encontramos problemas específicos para su configuración cuando se trata de actividad de supervisores financieros. Esto sin embargo, sí se encuentra algún pronunciamiento concreto en este ámbito que nos permite perfilarlo mejor, como por ejemplo, la STS 2661/2007, de 19 de abril, en relación con la supervisión por

3.2. Los supuestos de responsabilidad patrimonial por omisión del supervisor. Análisis de las principales dificultades.

En numerosas ocasiones, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial resueltas por los tribunales en materia de regulación financiera, lo han sido por omisión y en relación con la actividad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), y nunca han sido estimadas¹¹³², a pesar de que teóricamente no cabe excluir tal responsabilidad. En estos casos los perjudicados son los inversores o depositantes que han confiado en la solvencia de la contraparte en base a la actividad pública de control que despliega el regulador.

Aunque hasta ahora nos hemos referido sólo de forma tangencial a la CNMV, en este apartado sí vamos a tratar cómo se han resuelto los casos planteados judicialmente en reclamación de responsabilidad a la misma, porque la CNMV participa en la supervisión prudencial de entidades de crédito en cuanto a sus operaciones en el mercado de valores, según resulta del artículo 233.1.c.2º TRLMV¹¹³³, y porque es en su actividad como regulador donde se han planteado estos casos en su mayoría, como veremos, y las conclusiones obtenidas en relación con la CNMV, son aplicables

la CNMV de una oferta pública de acciones emitida por el Banco Santander Central Hispano, S.A., en la que se desestima la reclamación de responsabilidad por falta de legitimación en el recurrente al no alegar perjuicios concretos sino la defensa de la legalidad. De su Fundamento de Derecho Cuarto resulta que "sólo se le hubiera podido reconocer la legitimación para impugnar si hubiera invocado los perjuicios patrimoniales que para él mismo resultaban de la diferencia de valor de contraprestación de las acciones cuya oferta de adquisición se autorizaba. El planteamiento impugnatorio del recurrente responde, pues, a lo que el tribunal de instancia calificó como "un puro interés por la legalidad en la medida en que no quiere consentir que un organismo público cometa lo que entiende que es un acto ilegal", interés insuficiente para cumplir el requisito de legitimación activa que exige la Ley reguladora de esta Jurisdicción en su artículo 19.1 .a)". Como se puede apreciar, en realidad, la configuración de este requisito se ajusta, en general, a las reglas generales de esta institución.

¹¹³² BELANDO GARÍN, B. (2016), "El control administrativo de la Autoridad Europea del Mercado de Valores (ESMA)", en *Las vías administrativas de recurso a debate*, Ed, INAP, Madrid, pág. 132 (vid, especialmente, nota al pie nº 27). Vid. también BETANCOR A. (2010), ob. cit. *Regulación: mito y derecho...*, pág. 594, que destaca la reticencia de la jurisprudencia a admitir la responsabilidad patrimonial de los organismos reguladores.

¹¹³³ El Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, le confiere principalmente la supervisión, inspección y sanción de las entidades enumeradas en su artículo 233, y que no son entidades de crédito, sino operadores del mercado de valores, depositarios de los mismos, servicios de inversión y agencias de calificación crediticia. Además, expresamente respecto de las entidades de crédito, será órgano regulador con las funciones indicadas, de las "entidades de crédito y sus agentes, extendiéndose esa competencia a cualquier sucursal abierta fuera del territorio nacional, así como las entidades de crédito autorizadas en Estados no miembros de la Unión Europea que operen en España".

igualmente al Banco de España, con quien comparte la supervisión prudencial de las entidades de crédito que cotizan en bolsa.

Diversos son los obstáculos que han impedido aplicar tal responsabilidad a la CNMV, fundamentalmente, estos se ciñen a la previa delimitación de sus competencias, esto es a la extensión de sus facultades, y a la existencia de nexo causal entre el ejercicio de estas, con el posible resultado lesivo, para lo cual es necesario que no existan elementos que interfieran en esa relación de causalidad, excluyéndola.

En general, a la vista de la jurisprudencia que trata esta materia, se llega a la conclusión de que los reguladores no incurren en responsabilidad si ejercen sus funciones y potestades de forma razonable, y hay un ejercicio racional si se realiza ejerciendo su discrecionalidad técnica, de modo que el ejercicio discrecional de sus funciones sirve de cobertura de irresponsabilidad por los eventuales daños soportados por los ciudadanos¹¹³⁴. Sin embargo, esta afirmación a *sensu contrario* nos lleva a la consideración de que si el regulador no ejerce bien esa discrecionalidad técnica, sí será responsable de los daños producidos a los ciudadanos, no siendo, por tanto, su responsabilidad patrimonial una utopía, pero existiendo mucha dificultad práctica para determinarla y acreditarla, porque es el control de esa discrecionalidad, la tarea más compleja para atribuir responsabilidad al regulador, pero no el único obstáculo que debe ser superado.

Claramente si la actuación del regulador fuese arbitraria o contraria a la norma, existiría responsabilidad patrimonial, cuando concudiesen también los demás requisitos para derivarla. Las decisiones discrecionales que suelen ser muy determinantes para apreciar la responsabilidad en las actuaciones administrativas positivas, no se han planteado tan frecuentemente como las que lo son por omisión, precisamente, porque la omisión cuando se debió actuar, es por definición, un acto antijurídico, ilegal, o contrario a derecho. Y por tanto, también es culpable.

En estos casos, las mayores dificultades que encontramos para articular la responsabilidad patrimonial del regulador por defectos de supervisión recaen, de entrada, en la dificultad para probar el nexo causal entre la pérdida patrimonial del

¹¹³⁴ BETANCOR A. (2010), ob. cit. *Regulación: mito y derecho*,..., pág. 600.

inversor (generalmente) y la pasividad del supervisor¹¹³⁵. Es esta una responsabilidad *in vigilando*, que no resulta imputable por hechos propios, sino que es vicaria, pues deriva de hechos de otros, de los hechos de los operadores que directamente generan daños a los inversores, y que no han sido correctamente supervisados por el regulador. Desde este punto de partida, estaremos siempre ante un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración¹¹³⁶, porque implica que un deber de actuar, en estos casos, que es controlar a los operadores, y cuya configuración resulta de la ley, se ha incumplido, de modo que la inactividad representa un comportamiento, contrario a la ley, y por tanto antijurídico, y constituye una fuente de responsabilidad por el funcionamiento anormal de un servicio público (en un sentido amplio, identificado como actividad administrativa)¹¹³⁷.

En este sentido, el Tribunal Supremo tiene declarado que la CNMV es un órgano de regulación, y como tal, no ejerce sus funciones directamente sino mediante el establecimiento de normas reguladoras que afectará a la actividad de particulares en un sector económico, en este caso, el financiero de valores¹¹³⁸, pero que no implica

¹¹³⁵ BELANDO GARÍN, B. (2016), "La eventual responsabilidad administrativa del supervisor en la oferta pública de suscripción. A propósito de la fallida salida a bolsa de Bankia", en MARIMÓN DURÁ R. (Dir.), *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial. Análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Ed. Aranzadi (Navarra), pág. 210. Y JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ A. (1986), ob. cit. "Responsabilidad administrativa por culpa "in vigilando"..."", págs. 117-128.

¹¹³⁶ BELANDO GARÍN, B. (2016), ob. cit. "La eventual responsabilidad administrativa del supervisor...", pág. 210.

¹¹³⁷ Vid. entre otros MARTÍN-RETORTILLO BAQUER L. (1963), "Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción", *Revista de administración pública*, nº 42, pág. 191. También, GÓMEZ PUENTE, M. (1994), "Responsabilidad por inactividad de la Administración", *Documentación administrativa*, nº 237-238, (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas / coord. por Luis Martín Rebollo), pág. 149. En este sentido, y en relación con la actividad de la CNMV, en el caso Gescartera, la STS 121/2009, de 27 de enero, Sala Tercera, Fundamento Jurídico Cuarto, declara: "Al margen de tal debate doctrinal, lo que interesa ahora decir, es que la mención que el artículo 106 de la Constitución y el artículo 139 de la Ley 30/1992 hacen a "servicio público" no puede ser identificado con el concepto estricto al que un sector de la doctrina se refiere en la clasificación tripartita, esto es, la identificación de servicio público con actividad de prestación, pues la limitación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones no se circunscribe al concreto ámbito de la actividad de prestación. Tal afirmación resulta igualmente de la doctrina del Tribunal Supremo, y concretamente la sentencia antes citada de 20 de octubre de 1997, en su fundamento jurídico cuarto, como hemos tenido ocasión de ver, define el vínculo entre el resultado dañoso y la Administración en relación a "una actuación del poder público en uso de potestades públicas", lo que engloba cualquiera de las actividades citadas siempre que resulten del ejercicio u omisión de potestades públicas. Y en tal sentido el término "servicio público" al que se refieren los artículos citados, hemos de entenderlo en sentido amplio como actividad o inactividad administrativa en el ámbito de potestades públicas".

¹¹³⁸ Así se afirma en STS, Sala Tercera, nº STS 343/2015, de 6 de febrero de 2015, en su Fundamento Jurídico Primero.

desplazamiento de la actividad prestada por entidades privadas¹¹³⁹, y esto determina que su responsabilidad sea vicarial. Sin embargo, su función como regulador y la finalidad de garantizar transparencia en el mercado de valores para así proteger a los inversores, determinan que cuando estos no resulten suficientemente protegidos por su actividad pública, la responsabilidad del regulador deba considerarse objetiva –con matices–, directa y normalmente concurrente con los operadores del mercado (emisores de las acciones) y los auditores de cuentas –estos dos últimos a través de su responsabilidad extracontractual civil–, por aplicación, en el caso de la CNMV de los artículos 106 CE y concordantes de la Ley 40/2015¹¹⁴⁰. Y debe ser considerada así, de entrada, a la vista de tales normas generales.

El problema radica, y esto acaba dejando desprotegidos a los inversores, en que por las potestades discrecionales que se le conceden a la misma, se desdibuja lo que debería ser un funcionamiento anormal de su potestad de control, hasta el punto de que, al excluirse la responsabilidad por funcionamiento normal de los casos de responsabilidad por omisión, y no estar bien delimitado cuando deja de ser un funcionamiento normal o anormal, por la difícil apreciación de si la decisión fue discrecional o arbitraria, los inversores nunca ven reparados los perjuicios sufridos por esta vía. Esta es una consecuencia práctica del propio sistema, por los motivos expuestos, sin que debamos considerar que es una contradicción jurisprudencial frente a la norma¹¹⁴¹. La solución descansa sobre la configuración legal de sus funciones y en este punto mucho tiene que ver que se hayan predeterminado los límites del ejercicio de esa discrecionalidad en la norma.

¹¹³⁹ Concretamente, la misma STS, Sala Tercera, nº STS 343/2015, de 6 de febrero de 2015, en su Fundamento Jurídico Primero, declara que la “regulación no sustituye la iniciativa privada por la pública, ni supone la actuación económica directa de la Administración en el mercado, sino tan solo la vigilancia del cumplimiento de las normas y la adopción de las medidas legalmente establecidas a tal fin; sin que ello suponga el desplazamiento del riesgo propio de la actividad económica”.

¹¹⁴⁰ SÁNCHEZ ALVAREZ M. M. (1999), “La responsabilidad de la CNMV, observaciones al artículo 92 de la Ley del Mercados de valores”, en *Jueces para la democracia*, nº 35, pág. 62.

¹¹⁴¹ Se ha mantenido la tesis de que es la jurisprudencia la que se aleja de la norma en estos casos, vid. BLANQUER D. (2014), *La CNMV, su transparencia y responsabilidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 691. Aunque aparentemente es así, nuestra construcción demuestra que son los pormenores interpretativos de los presupuestos y requisitos exigidos para la aplicación de la responsabilidad patrimonial de los reguladores, la que acaba dejando desprotegidos a los inversores, pero la jurisprudencia, en este punto, aplica, las reglas generales, porque lo contrario sería inadmisibles, y todo es porque en el fondo cuando se trata de un caso de culpa *in vigilando*, es necesario que el funcionamiento sea anormal, y esa anomalía está vinculada a un mínimo de culpa (en grado de negligencia, en realidad) en el regulador, como se ha expuesto.

3.2.1. La antijuridicidad de la omisión: la concreción de las funciones incumplidas.

La definición o concreción de las funciones de control del supervisor, como presupuesto de su responsabilidad, debe ser nítida, sin que el Tribunal Supremo haya admitido que la omisión del regulador pueda derivarse únicamente de no realizar aquello que sea necesario para no lesionar la confianza legítima que los inversores depositan en el regulador y en las informaciones que surgen del mismo¹¹⁴², puesto que esta idea es demasiado genérica y abstracta, y lo que es necesario es que las obligaciones del supervisor estén perfectamente definidas.

En relación con la delimitación de sus funciones, la reforma de la actividad supervisora implementada desde el año 2009, amplía y concreta las funciones de los reguladores en gran medida, de modo que con ella, del mismo modo que se amplía la esfera de control de los supervisores sobre lo que se ha considerado prudencial, se amplían y definen mucho más las competencias de los reguladores, y esto afecta a la posibilidad de concretar la responsabilidad patrimonial en el ejercicio de sus funciones.

Debemos comenzar indicando que la aparente impunidad de los reguladores, y más concretamente de la CNMV, deriva de lo previsto en el actual artículo 238, segundo párrafo del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (antes artículo 92 de la Ley del Mercado de Valores), del que resulta que la «incorporación a los Registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la información periódica y de los folletos informativos sólo implicará el reconocimiento de que aquellos contienen toda la información requerida por las normas que fijen su contenido, y en ningún caso

¹¹⁴² La STS, Sala Tercera, nº 4493/2012, de 26 de junio, en su Fundamento Jurídico Primero hace referencia a la confianza legítima como elemento que por sí sólo no tiene entidad para sostener la pretendida responsabilidad del supervisor, refiriéndose a la doctrina anteriormente recogida en las SSTs de 10 de mayo de 1999, 21 de febrero de 2006, 1 de febrero de 1999, 1 de diciembre de 2003 y otras más, se considera que no existe nexo causal sobre la base de la vulneración de la confianza legítima porque «La protección de la confianza legítima no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, siendo tan solo susceptible de protección aquella sobre aspectos concretos, que se base en signos o hechos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes, sin que los actos de las autoridades con relación a Fórum y Afinsa descritos anteriormente garantizasen el acierto o desacierto de la gestión realizada, ni la eventual existencia de irregularidades administrativas, ni mucho menos las presuntas actividades delictivas que pudieran imputarse a los responsables de la gestión de ambas sociedades...".

determinará responsabilidad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por la falta de veracidad de la información en ellos contenida», afirmación que da lugar a que la mayoría de la doctrina interprete que, bajo ninguna circunstancia, la CNMV responderá de la falta de veracidad de la información que publique en sus registros y derive de dichos documentos¹¹⁴³. De esta regla se deduce que las funciones de control respecto a estos documentos son simplemente formales¹¹⁴⁴.

De este modo, el limitado alcance de las facultades de control de la CNMV en base a esta norma, ha sido utilizada como razón para evitar su responsabilidad, aplicando el Tribunal Supremo el criterio de que, en su ejercicio, tiene la CNMV una responsabilidad objetiva¹¹⁴⁵ aunque no automática, en cuanto que es necesario que concurra una imputación causal que genere responsabilidad patrimonial, requiriéndose «una acción u omisión administrativa a la que pueda anudarse en una relación de causalidad el resultado lesivo»¹¹⁴⁶.

Nuestro primer análisis debe recaer, por tanto, sobre la extensión de sus funciones. El mismo Tribunal Supremo tiene declarado que «las potestades otorgadas a la CNMV antes descritas, incluyen facultades de vigilancia, solicitud de informes,

¹¹⁴³ SÁNCHEZ ALVAREZ M. M. (1999), ob. cit. "La responsabilidad de la CNMV,..." pág. 57.

¹¹⁴⁴ SÁNCHEZ ALVAREZ M. M. (1999), ob. cit. "La responsabilidad de la CNMV,..." pág. 57, con cita a JIMÉNEZ-BLANCO A. (1989), Derecho Público del mercado de valores, Madrid, pág. 119.

También la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, nº 5070/2008, de 9 de octubre, en su Fundamento Jurídico Sexto, limita la extensión del control de la CNMV en relación con la limitación de su propio control judicial, al indicar que «la impugnabilidad jurisdiccional de las decisiones de registro adoptadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores no puede ser examinada sin atender al limitado ámbito en que la verificación de este organismo se produce. El supervisor del mercado de valores no tiene por qué analizar los acuerdos mercantiles de emisión desde todos sus puntos de vista, incluidos los relativos a su mayor o menor acomodación a cualquiera de los preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas. En el régimen de verificación y registro prescrito por el Real Decreto 291/1992 (después sustituido por el Real Decreto 1310/2005, inaplicable *ratione temporis* a este litigio) la Comisión Nacional del Mercado de Valores sólo debía comprobar si, además de los aspectos formales y la suficiencia de la información facilitada por el emisor, dichos acuerdos no incurren en las "muy graves infracciones del ordenamiento jurídico" que, además de serlo, perjudiquen los intereses de los inversores o discriminen a éstos. Cualquier otra supuesta infracción de las leyes queda fuera de su función verificadora, sin perjuicio de que para impugnar los acuerdos mercantiles de ampliación de capital y emisión de valores disponen los accionistas de los cauces procesales de impugnación ante la jurisdicción competente».

¹¹⁴⁵ En este sentido, la STS, Sala Tercera, nº STS 343/2015, de 6 de febrero de 2015, en la que se analizó la posible responsabilidad patrimonial de la CNMV por la descapitalización de la entidad La Seda de Barcelona, por sus administradores, sin que se ejerciera por la CNMV la potestad sancionadora correspondiente, en su Fundamento Jurídico Primero declara que «el servicio público atribuido a la CNMV es la supervisión e inspección del mercado de valores», añadiendo «Desde este punto de vista, cualquier circunstancia que concurra en el mismo servicio público, ha de entenderse incluido en el ámbito de desarrollo del servicio público, y por ello le es atribuido en una relación de causalidad objetiva».

¹¹⁴⁶ *Íbidem*.

inspección, sancionadoras, de intervención; pero no incluye facultades coercitivas de investigación, de suerte que su actividad de inspección se encuentra circunscrita a los documentos que los operadores bursátiles pongan a su disposición, pudiendo ejercer potestades sancionadoras en caso de ocultación u obstrucción, pero no ostentando facultades compulsivas en la recabación de datos»¹¹⁴⁷.

La concreción de sus funciones se basa en el principio de habilitación administrativa que «supone que la Administración solo tiene las potestades públicas expresamente otorgadas por el Ordenamiento Jurídico y por norma con rango suficiente en cada caso»¹¹⁴⁸. La atribución de competencias suficientes es el primer requisito para imputar responsabilidad¹¹⁴⁹, pero hay que tener en cuenta que las competencias de la CNMV al igual que las de los demás reguladores o autoridades (nos referimos, sobre todo, al Banco de España, y FROB en lo referente a la ejecución del poder de resolución) han sido ampliadas de forma exorbitante con la reforma y están conectadas entre sí –ex artículos 234 y 235 TRLMV 2015-, de modo que actualmente no deberían entenderse circunscritas a un simple control formal¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁷ Así resulta del Fundamento de Derecho Primero de la STS, Sala Tercera, nº STS 343/2015, de 6 de febrero.

¹¹⁴⁸ Íbidem.

¹¹⁴⁹ Así fue considerado, entre otros en la STS de 16 de mayo de 2009, en su Fundamento Jurídico Octavo, al considerar que el regulador tenga atribuidas funciones concretas es un extremo «de crucial importancia para el análisis jurídico (...) y, más en general, para la adecuada comprensión del significado del nexo causal en los supuestos de responsabilidad patrimonial por omisión. En efecto, aun cuando el hecho de que la CNMV no ejerciese todas sus potestades desde el primer momento sea una de las causas en sentido lógico de la pérdida patrimonial sufrida por los recurrentes, ello no significa, por sí solo, que quepa hacer a la CNMV jurídicamente responsable de dicha pérdida patrimonial. La razón es que la CNMV no tenía un deber jurídico de realizar una determinada actuación. De aquí que no se le pueda objetivamente imputar un resultado lesivo que no estaba obligada a evitar. La función que la ley encomienda a la CNMV es supervisar e inspeccionar los mercados de valores y, en los términos ya explicados, asegurar la transparencia de los mismos». También se recoge que es imprescindible una previa atribución competencial para que se derive este tipo de responsabilidad por omisión, pasividad o inactividad del regulador. Vid. GÓMEZ PUENTE, M. (1994), ob. cit. “Responsabilidad por inactividad...”, pág. 151.

¹¹⁵⁰ Realmente, y en general, sus funciones se configuran de un modo suficientemente amplio, para poder ejercer su actividad de control, y para obtener informaciones necesarias directamente en el ejercicio de sus funciones. De los artículos 234 y 235 TRLMV se puede destacar que la “Comisión Nacional del Mercado de Valores dispondrá de todas las facultades de supervisión e inspección necesarias para el ejercicio de sus funciones”, que podrá ejercer bien directamente, en colaboración con otras autoridades, nacionales o extranjeras, o mediante solicitud a las autoridades judiciales competentes. Se enumeran una serie de facultades que a la vista de la anterior declaración de la norma, que le atribuye todas las facultades necesarias para el ejercicio de sus funciones, deberán ser consideradas simplemente una enumeración abierta, incluyendo, entre otras, a efectos de su función de inspección, facultades para: «a) Acceder a cualquier documento bajo cualquier forma y recibir una copia del mismo. b) Requerir de cualquier persona la remisión de información en el plazo que razonablemente fije la Comisión Nacional del Mercado de Valores y, si es necesario, citar y tomar declaración a una

El abanico de funciones y de facultades de la CNMV se completa tras la reforma por ser considerada autoridad que colabora en materia de supervisión prudencial, y en este sentido también participa en el MUS y en el MUR, colaborando con el Banco de España de conformidad con el artículo 242 TRLMV, y con otras autoridades competentes de la Unión Europea siempre que sea necesario para llevar a cabo las funciones establecidas en la ley –ex artículo 244.1 TRLMV-, y tiene atribuidas directamente funciones de supervisión prudencial de las entidades que se dedique a servicios de inversión, de conformidad con los artículos 256 y ss TRLMV, siendo destacable que los niveles de solvencia se controlan aplicando lo determinado para entidades de crédito en el Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio de 2013, y normas concordantes con el mismo como la Directiva 2013/36/UE, y la LOSSEC. En este contexto, sus funciones son lo suficientemente amplias para poder deducirse responsabilidad de su actividad de control, aunque para derivarla habrá que atender a las circunstancias del caso concreto.

3.2.2. La verificación del nexo causal: su interrupción y la teoría del riesgo.

La segunda de las cuestiones que debemos analizar en relación con la posible imputación de los reguladores es la existencia de nexo causal entre la omisión, y el resultado lesivo¹¹⁵¹. Así, la verificación de que existe este nexo causal entre ambos, se

persona para obtener información. c) Realizar inspecciones con presencia física en cualquier oficina o dependencia. d) Requerir los registros telefónicos y de tráfico de datos de que dispongan. e) Requerir el cese de toda práctica que sea contraria a las disposiciones establecidas en esta ley y sus normas de desarrollo, así como requerir que no se repita dicha práctica en el futuro; f) Solicitar el embargo o la congelación de activos. g) Exigir la prohibición temporal para ejercer actividad profesional. h) Recabar de los auditores de las empresas de servicios de inversión y de las entidades del artículo 233.1.a).1.º y 2.º cualquier información que hayan obtenido en el ejercicio de su función. i) Adoptar cualquier tipo de medida para asegurarse que las personas y entidades sometidas a su supervisión cumplen con las normas y disposiciones aplicables, o con los requerimientos de subsanación o corrección realizados, pudiendo exigir a tales personas y entidades, aislada o colectivamente y a tal fin, la aportación de informes de expertos independientes, auditores o de sus órganos de control interno o cumplimiento normativo. j) Acordar la suspensión o limitación del tipo o volumen de las operaciones o actividades que las personas físicas o jurídicas puedan hacer en el mercado de valores. k) Acordar la suspensión o exclusión de la negociación de un instrumento financiero, ya sea en un mercado secundario oficial o en un sistema multilateral de negociación. l) Remitir asuntos para su procesamiento penal. m) Autorizar a auditores o expertos a llevar a cabo verificaciones o investigaciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 253.6.c),...” Además, puede ejercer potestad sancionadora sobre las entidades supervisadas de conformidad con los artículos 271 y ss TRLMV.

¹¹⁵¹ En este sentido, la SAN 3434/2016, de 26 de septiembre, Fundamento Jurídico Tercero, declara que “Es reiterada, asimismo, la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que considera esencial para

realizará sólo tras la comprobación de que sí existió la omisión de un deber de actuar concreto en el regulador¹¹⁵², es decir, la comprobación del nexo causal es posterior a la determinación de la conducta antijurídica del regulador, y para que exista tal relación de causalidad, es necesario que los perjuicios se hubieran podido evitar si el regulador hubiera procedido de conformidad con la norma. La relación de causalidad existente debe ser directa, inmediata, y exclusiva¹¹⁵³, rasgos que sin embargo, no excluyen la posibilidad de concausas o de concurrencia de culpas¹¹⁵⁴.

En relación con el nexo causal, el hecho de que exista un comportamiento fraudulento, omisivo o de ocultación de información por los operadores que vienen obligados a presentar las informaciones al regulador que la ley exige, para que este pueda ejercer sus funciones –como ocurre en el caso de los artículos 234 y 235 TRLMV–, es relevante. Se deduce de la ley que, en gran parte, las funciones de control de la CNMV se desempeñan sobre la información recabada, por lo que la veracidad de esta es esencial-, y si se presentan informaciones falsas, este hecho es, desde un punto

que se estime la responsabilidad patrimonial de la Administración la existencia de un nexo causal directo e inmediato entre el acto imputable a la Administración y la lesión producida que para ser resarcible, ha de consistir en un daño real, habiendo precisado la jurisprudencia (en Sentencias de 20 octubre 1980 , 10 junio 1981 y 6 febrero 1996 , entre otras), que la relación causal ha de ser exclusiva sin interferencias extrañas procedentes de terceros o del lesionado, pues la responsabilidad objetiva ha de ser entendida en un sentido amplio, al tratar de cubrir los riesgos que para los particulares puede entrañar la responsabilidad del Estado, pero para que esa responsabilidad se haga efectiva, se exige la prueba de una causa concreta que determine el daño y la conexión entre la actuación administrativa y el daño real ocasionado, como han puesto de manifiesto Sentencias como las de 24 octubre y 5 diciembre de 1995”.

¹¹⁵² Así, el nexo causal se examinar en segundo lugar, proceso que se describe en el caso de reclamación de responsabilidad a la CNMV por defectos de supervisión en el asunto de AVA, Agencia de Valores, en el que se comercializaron valores pignorados sin que se diera esta información a los inversores. Este asunto fue resuelto por la STS, Sala Tercera, nº 2396/2008, que en su Fundamento de Derecho Séptimo, declara: “Esta violación por la CNMV del deber jurídico que le impone el art. 89 LMV es incluso reconocida, aunque en términos muy suaves, por la propia sentencia impugnada cuando al final de su fundamento jurídico sexto dice que “la CNMV tiene facultades para informar directamente a los clientes, y posiblemente debió hacerlo ante la pasividad de la Agencia”. Ello significa, desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial por omisión, que concurre el primer requisito, consistente en la inactividad cuando existe un deber jurídico, claro y preciso, de actuar. Ahora bien, como también señala la sentencia recurrida, no concurre el siguiente requisito, relativo al nexo de causalidad entre la omisión y la pérdida patrimonial sufrida por los recurrentes, pues el 25 de noviembre de 1997 los valores estaban ya pignorados y los recurrentes no habrían ya podido hacer nada para evitar las consecuencias de la doble prenda. Sólo por esta razón de falta de nexo causal, aun siendo cierto que la CNMV infringió el art. 89 LMV, se debe concluir que no ha lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración solicitada por los recurrentes”.

¹¹⁵³ GÓMEZ PUENTE, M. (1994), ob. cit. “Responsabilidad por inactividad...”, pág. 192.

¹¹⁵⁴ La admisión de la responsabilidad concurrente entre la Administración y el propio perjudicado o un tercero se recoge, entre otras en la STS de 17 de febrero de 1989, y también, más recientemente, la STS 36/2016, de 19 de enero en su Fundamento de Derecho Cuarto, al referirse a la STS 12 de abril de 2005, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 160/2004.

de vista teórico, un elemento que por irregular e inesperado, según el comportamiento exigible y esperable de conformidad con las normas, rompe el nexo causal en nuestra opinión, porque al ser una intervención no ajustada a las normas, se puede equiparar a un caso de fuerza mayor para el regulador. Lo imprevisible se equipara a la fuerza mayor¹¹⁵⁵, y este es un elemento que por disposición legal excluye siempre la responsabilidad patrimonial –ex artículo 32.1 Ley 40/2015-.

Sin embargo, este argumento consistente en la identificación entre comportamiento fraudulento, omisivo o de ocultación de los operadores con un caso de fuerza mayor, que puede clarificar muchas situaciones como las de la emisión de preferentes en el caso de Bankia¹¹⁵⁶, no se utiliza, sino que, en casos similares, se excluye la responsabilidad del regulador, utilizando otros argumentos. Fijándonos, como ejemplo, en el caso de Bankia, su particularidad, y razón por la que el supervisor podía haber tenido que asumir responsabilidad patrimonial, no deriva del alcance de las funciones que la CNMV tiene para comprobar que la información presentada es veraz, pues siempre se ha considerado como una comprobación simplemente “formal” –del anterior artículo 92 LMV-, sino de cómo se ejercieron las funciones de control de la solvencia de la entidad por parte de los dos reguladores implicados que eran Banco de España y CNMV, siendo esta la respuesta que contesta cuál es la omisión

¹¹⁵⁵ GÓMEZ PUENTE, M. (1994), ob. cit. “Responsabilidad por inactividad...”, pág. 187.

¹¹⁵⁶ La problemática jurídica desde el punto de vista penal contra la entidad emisora, en el caso de la pérdida de valor de las preferentes emitidas por Bankia, se basa en el presupuesto de que la emisión autorizada por la CNMV se hizo en base a una información financiera consolidada que daba apariencia de solvencia y que se recogía en el Folleto informativo presentado a la CNMV y que la misma registró el 29 de junio de 2011. Además, antes de dar lugar a la suspensión de pago de intereses de diversas emisiones de obligaciones subordinadas especiales y de participaciones preferentes dirigidas a inversores minoristas, las cuentas del año 2011, se presentaron fuera de plazo y sin auditar. Es en el mes de mayo de 2012, después de haber dimitido Rodrigo Rato, como presidente de la entidad, y de haberse designado a su sucesor, cuando la entidad se dirige al FROB para solicitar un rescate a raíz del cual el FROB se convierte en accionista mayoritario de la entidad. La entidad sigue registrando pérdidas, y ya intervenida reformula las cuentas anuales de 2011, el 25 de mayo de 2012, que con los ajustes necesarios arroja una diferencia en pérdidas de 3.000 millones de euros respecto a las cuentas presentadas en 2011. A partir de ese momento se comienzan a ejercitar acciones penales contra Bankia como persona jurídica, y los miembros de su Consejo de Dirección, que posteriormente es ampliada contra BFA (Banco Financiero y de Ahorro, entidad bancaria sucesora del SIP en que se integró anteriormente Bankia y otras seis cajas de ahorros). Las querellas se sucedieron ampliándose en varios momentos durante los años 2013 y 2014, y en conjunto, los cargos lo eran por los delitos de estafa de inversores, apropiación indebida, publicidad engañosa, administración fraudulenta y desleal, delito de maquinación para alterar el precio de las cosas, recogidos respectivamente en los artículos 248, 282 bis, 252, 282, 295 y 284 del Código Penal. El proceso y los cargos se explican extensamente por GONZÁLEZ CUSSAC J.L. (2016), “Responsabilidad penal sobre OPS de acciones en el mercado bancario: el caso BFA-BANKIA”, en MARIMÓN DURÁ R. (Dir.), *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial. Análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Ed. Aranzadi (Navarra), pág. 21 a 43.

determinante del hecho antijurídico, en este caso. En nuestra opinión, la cuestión no es la valoración de si se controló la OPA de Bankia sobre las informaciones inveraces proporcionadas por la entidad que es lo que se ha planteado en la práctica, sino por qué no colaboraron en el ejercicio de sus funciones Banco de España y CNMV, porque en conjunto el sistema anterior ya atribuía a los reguladores competencias que iban mucho más allá de la mera comprobación formal¹¹⁵⁷, y la falta de solvencia de algunas entidades se había detectado por los inspectores del Banco de España, que denunciaron la pasividad del órgano para aplicar medidas correctoras (tanto preventivas, como sancionadoras) a las entidades¹¹⁵⁸, siendo este un defecto de

¹¹⁵⁷ Precisamente, en el asunto de la posible responsabilidad de la CNMV en el caso de AVA, Agencia de Valores, encontramos un voto particular en la STS, Sala Tercera, de 16 de mayo de 2008, que tiene en cuenta, precisamente, la finalidad de la norma y de las funciones como regulador del mercado de valores, que de una forma espiritualizada permiten extender su campo de actuación, entendiendo que no por no existir norma concreta, la falta de actuación de conformidad con la finalidad general de la norma utilizando todos los recursos coactivos (se refería al procedimiento sancionador que no fue abierto o la difusión de informaciones por el mismo regulador una vez las conoció y que se limitó a que requerir a AVA que las difundiera y no lo hizo, y aquí encontramos la omisión determinante de la responsabilidad). Del voto particular es destacable, por este motivo que sí considera que había una obligación general que se incumplió y que sí hubiera podido evitar los perjuicios ocasionados desde ese momento, destacado del mismo: “cuando un órgano como es la Comisión Nacional del Mercado de Valores, conoce en toda su gravedad, en enero de 1.997, las graves irregularidades existentes en un operador del mercado de valores, viene obligada, porque así lo exige el respeto al principio de legalidad, y por ello, de su obligación de velar por la seguridad del Mercado para el que ha sido creada, a hacer uso en términos razonables de las facultades que el ordenamiento jurídico le atribuye, incurriendo en otro caso en responsabilidad por omisión en los términos que posteriormente precisaremos, puesto que para ello el ordenamiento jurídico le atribuye una potestad sancionadora e incluso de simple información al público, llegando, en el caso más grave, a la propia intervención de empresa y a la medida cautelar de suspensión de los Consejeros de la empresa que irregularmente actúa, todo ello para prevenir, en garantía y en interés de los inversores, que los mismos no queden en absoluto desprotegidos, pues estos actúan en el Mercado asumiendo los riesgos propios de un libre mercado, mas también con la plena confianza basada en la seguridad de una correcta actuación del órgano creado por la Ley con la misión de proteger sus intereses en términos de razonabilidad, como antes decíamos. Es por ello que entiendo, contrariamente a la opinión mayoritaria, que la Comisión Nacional del Mercado de Valores tenía el deber jurídico de actuar y, además, lo hizo en parte, tarde e insuficientemente, (...) máxime cuando la propia Comisión en el escrito dirigido a AVA el 24 de enero de 1.997 claramente advirtió del grave daño que a los inversores se podía ocasionar, como es lógico, por el mero hecho de que los valores en que estaba materializada su inversión aparecían depositados a nombre de la propia entidad AVA que, desde luego, no contaba con autorización de la Comisión para actuar por cuenta propia”.

¹¹⁵⁸ Ejemplo de ello, son algunas noticias encontradas en prensa sobre el comunicado que hicieron los inspectores del Banco de España, entre ellas, en el periódico Información.es, el 27 de octubre de 2011, se publica la noticia “Los inspectores arremeten contra la gestión en la crisis del Banco de España. Denuncian en un comunicado que sus informes son modificados o suavizados por sus superiores”, consultada el 20 de enero de 2017 en

<http://www.diarioinformacion.com/economia/2011/10/27/inspectores-arremeten-gestion-crisis-banco-espana/1183355.html>

Y también, JUNQUERA, N., noticia “La Fiscalía investigará las denuncias de los inspectores contra el Banco de España. Torres-Dulce: “Me preocupa, si ha existido, tener elementos para perseguir el delito”. El colectivo criticó que la práctica habitual del organismo era “mirar hacia otro lado”, en *El País, Economía*, de fecha 9 de enero de 2013. Consultada el 20 de enero de 2017 en

supervisión manifestado en las obligaciones de colaboración entre Banco de España y CNMV, que sobre supervisión prudencial, sí se regulan, y cuyo funcionamiento normal posiblemente hubiera evitado males mayores, aunque el problema sigue siendo acreditar el nexo causal¹¹⁵⁹.

En cualquier caso, no fue ese el argumento utilizado en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se han llevado a cabo en los últimos años, quedando centradas las reclamaciones en la actividad de la CNMV únicamente, cuando en realidad, la responsabilidad patrimonial en estos casos debería contemplarse como responsabilidad concurrente con la del Banco de España, desde que sus inspectores denunciaron la pasividad del órgano, lo cual, en términos de responsabilidad, lo que acredita desde que hay informes que dictaminan que no se respetan los requerimientos de solvencia en entidades de crédito, que el Banco de España no hizo lo que tenía que hacer según la ley, y que la CNMV tampoco, porque podría haber requerido informaciones al Banco de España sobre el resultado de la actividad inspectora de este respecto a las entidades bajo su supervisión (posibilidad contemplada en el artículo 19.3 LOSSEC, regulada como posibilidad de consulta de la CNMV al Banco de España).

Pero no hacerlo, dado que no está previsto como trámite obligatorio, sino como posibilidad, queda dentro del margen de discrecionalidad de la propia CNMV, para decidir cuándo es necesario requerir más informaciones. A la vista de esto, sí podría resultar conveniente que para concretar objetivamente unos límites al ejercicio de las potestades discrecionales en este caso, y para limitar la discrecionalidad del regulador, se incorporase al artículo 238 TRLMV, la obligación de la CNMV de solicitar información al Banco de España sobre la solvencia de las entidades que le hayan presentado folleto informativo y estados contables, con la finalidad de contrastar las informaciones presentadas al solicitar la autorización de la oferta pública de acciones

http://economia.elpais.com/economia/2013/01/09/actualidad/1357734293_770747.html

Más recientemente, y en relación con el caso Bankia vid. DE BARRÓN I., “Los inspectores del Banco de España piden la dimisión del subgobernador. Consideran que tras la sentencia del Supremo sobre Bankia, Restoy queda desautorizado por su trabajo previo en la CNMV y el FROB”, en *El País, Economía*, de fecha 10 de febrero de 2016. Consultada el 20 de enero de 2017 en

http://economia.elpais.com/economia/2016/02/08/actualidad/1454969830_302233.html

¹¹⁵⁹ El Preámbulo de la LOSSEC, en su nº III declara “El adecuado ejercicio de estas funciones por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores exige una cierta coordinación de este organismo supervisor con otros supervisores tanto nacionales como de otros países”, y en aplicación de esta idea, sus artículos 19.3, 67.2, 82.3.f) regulan la colaboración entre ambos.

proyectada por la entidad, y en este caso, debería modificarse la redacción del artículo 19.3 LOSSEC, en concordancia. Introducir estas normas acotando de forma objetiva la responsabilidad de un regulador, al que es conveniente, de entrada, limitar su responsabilidad a los casos en que actúe con cierto grado de culpa, es decir, mediante una responsabilidad de tipo subjetivo, hubiera probablemente permitido no ya que se reconociera responsabilidad patrimonial en ese caso, que también, sino que se hubieran evitado los perjuicios a los inversores, porque lo que ocurrió con la emisión de participaciones preferentes y acciones subordinadas, se podía haber evitado, delimitando mejor la extensión de la obligación de la CNMV de actuar en colaboración con el Banco de España. De lo que se trata, en realidad, es de que mediante la mejora de la institución de la responsabilidad patrimonial, se mejore el funcionamiento de los reguladores, como reflejo de la buena administración, pues estos para evitar incurrir en tal responsabilidad, deberán esforzarse en cumplir escrupulosamente las funciones que, de este modo, quedan mucho más concretadas. Esta mayor concreción en sus funciones redundará en el incremento de la eficacia deseable de la actividad de control respecto de uno de sus objetivos que es la protección del inversor, y en consecuencia, también respecto al objetivo de velar por la estabilidad sistémica.

En este caso, introducir esta norma determinando la responsabilidad de los supervisores redundaría en una mayor eficacia de la actividad de control y le acercaría a la idea de buena administración. Ambos valores deben inspirar, como principio, el funcionamiento de cualquier Administración, aunque se trate de un organismo independiente.

Aunque este es un ejemplo, de la propuesta que aquí estamos defendiendo, su aplicación puede generalizarse, pero es, en este caso, dónde más relevancia práctica gana, porque es la clásica interpretación de la extensión de la función del artículo 238 TRLMV, la que evita la imposición de responsabilidad a la CNMV, como supervisor. Esta función se interpretó también en la STS, Sala Tercera, nº 121/2009, de 27 de enero, en la que se consideró límite de la facultad de efectuar investigaciones por la CNMV, los documentos que el mismo artículo recoge, pero eran estos, límites en cuanto a la información que se podía requerir a los ciudadanos¹¹⁶⁰, y no a la

¹¹⁶⁰ Así, en el caso Gescartera, en la sentencia indicada, se cuestiona el alcance de las facultades de supervisión e inspección de la CNMV, y haciendo referencia a la STS de 16 de mayo de 2008, se indica:

información que ya estuviera en poder de la Administración, que es el caso de que se requieran más informaciones sobre la entidad a otras autoridades, especialmente, por la CNMV al Banco de España, en aplicación de su obligación de colaborar.

La asunción de esa concreta responsabilidad delimitada previamente en la norma, lo que realmente aporta al sistema es transparencia en la actuación de los reguladores, y esa transparencia como valor de buena administración, se puede lograr acotando la discrecionalidad e imponiendo correctores de objetivos a un sistema de responsabilidad patrimonial subjetivo, y más acorde con la protección de los intereses generales, a la vista de los intereses concurrentes en el ámbito de la regulación bancaria.

En el caso analizado, y con las condiciones normativas que lo acompañaron, el resultado es la impunidad del regulador a pesar de que la información proporcionada por la entidad fue engañosa, pues rompe el nexo causal, por crear una apariencia en la que el regulador, comprobada la adecuación de los estados financieros de la entidad, a efectos de autorizar la oferta pública de acciones, daba por cumplidas sus funciones con normalidad. Y este resultado nos lleva a concluir que la simple comprobación "formal" de las informaciones, es insuficiente para garantizar que el regulador cumple sus funciones adecuadamente y con eficiencia, sobre todo, si se tiene en cuenta la trascendencia de su finalidad¹¹⁶¹. Precisamente, la posibilidad de ejercitar otras facultades de investigación de las informaciones queda dentro del ámbito discrecional de la CNMV, como también queda a su discrecionalidad determinar cuando la

«Las potestades de inspección sólo habilitan a la Administración para investigar hechos, sin que ello comporte automáticamente que la Administración puede hacer uso de cualesquiera instrumentos que repunte útiles para esclarecer los hechos. El art. 39.1 de la Ley 30/1992 es inequívoco en esta materia: "Los ciudadanos están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación sólo en los casos previstos por la Ley". Lo que la Administración puede exigir a los particulares en ejercicio de sus potestades inspectoras es únicamente aquello que la ley prevea en cada supuesto. Tan es así que cuando la ley quiere que la Administración pueda entrar en locales aun sin el consentimiento del interesado, lo dice expresamente».

¹¹⁶¹ El mismo Tribunal Supremo, Sala Tercera, en Sentencia nº 5070/2008, de 9 de octubre, en su Fundamento Jurídico Cuarto, declaró «La decisión de registrar, previa verificación del cumplimiento de los requisitos ya reseñados, tiene, pues, un significado jurídicamente más relevante que el de mero "acto de trámite": supone tanto como confirmar, por parte del organismo público al que se confía la importante tarea de defender los intereses generales del mercado de valores, que la información contenida en el folleto y en los demás documentos exigibles es la establecida por la norma y que los acuerdos de emisión de los valores están exentos de los "muy graves" vicios jurídicos que pudieran poner en peligro los intereses de los inversores o implicar discriminaciones entre ellos. Tal decisión, repetimos, es susceptible de control jurisdiccional si resulta impugnada por quien ostente un interés legítimo, interés que en cada caso habrá de ser demostrado».

información necesaria es suficiente, y esta decisión sólo se puede controlar, con la regulación actual, aplicando los principios generales del Derecho y la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos¹¹⁶², y como se ha visto, no es eficiente.

Cabe tener en cuenta que, aunque en relación con la comprobación del contenido del folleto informativo en el caso de ofertas públicas y del contenido de los estados contables sobre los que se sustenta aquella, puede considerarse una formalidad, también es cierto que tras la reforma, las competencias de los reguladores se ha aumentado en proporción a la expansión de la supervisión prudencial de entidades, y en ese ámbito las funciones ya no deberían considerarse meramente formales. De hecho, el caso de Bankia ocurre ya iniciada la reforma y con algunas normas sobre regulación financiera ya aprobadas, y otras proyectadas, al menos en el ámbito de la Unión Europea. Por lo que utilizar con carácter general la falta de competencias reales para imputar responsabilidad a la CNMV, ya no puede sostenerse fuera del caso previsto en el actual artículo 238 TRLMV. La idea de que sus competencias van más allá de la comprobación formal puede verse reforzada, no sólo por las normas que se recogen en el mismo cuerpo legal y que le atribuyen funciones de supervisión más concretas, sino porque una de las finalidades que se le atribuye a la CNMV, y que se ha considerado su función principal, consiste en proteger a los inversores¹¹⁶³. Precisamente, la intervención administrativa que realiza la CNMV en relación con la autorización de ofertas públicas, se configura como una de las técnicas habituales de intervención administrativa al establecer un control previo por parte de un organismo público, y sirve para garantizar al inversor que se cumple la legalidad por parte del ofertante.

En el caso de Bankia, la obligación legal garantizada al inversor por la CNMV, consistía en valorar cierta solvencia en el ofertante, y esto se cumplió en este caso con

¹¹⁶² BELANDO GARÍN, B. (2016), ob. cit. “La eventual responsabilidad administrativa del supervisor...”, pág. 212.

¹¹⁶³ La protección de los inversores es por tanto su razón de ser junto con las finalidades de velar por la transparencia, y vigilar la correcta formación de los precios, finalidades estas que son consideradas sus principales responsabilidades y que se deducen del TRLMV. En este sentido, RODRÍGUEZ HERRER M.E. (2016), “La supervisión de los mercados de valores en España. El papel de la Comisión Nacional del Mercado de Valores como órgano de control”, *Revista Española de Control Externo*, vol. XVIII, nº 52 pág. 13. La autora, que es la Presidenta de la CNMV, afirma «El objetivo de la institución es conseguir un alto grado de protección de los inversores sin obstaculizar la función primordial de los mercados de capitales que es canalizar flujos financieros hacia la inversión productiva, es decir, financiar la actividad económica y así fomentar el desarrollo del país».

la información que se depositó en el año 2011, como folleto informativo y las cuentas anuales, aunque, en ambos casos, contenían información incierta, y aquí encontramos el fallo del sistema.

Sí que se puede indicar, en este caso, el momento a partir del cual si se hubiera producido posteriormente la oferta pública de acciones habría responsabilidad patrimonial del FROB y de la CNMV, y que se fija en el momento en que como consecuencia del rescate, el FROB se convierte en accionista mayoritario. Si en ese momento no se hubieran revisado las cuentas de 2011, y se hubieran emitido acciones, en esa operación sí hubiera existido responsabilidad porque no se podría sostener desconocimiento en relación con falta de alcance de sus competencias. Planteado de este modo, lo que realmente ocurre es que no estamos ante una responsabilidad puramente objetiva en la CNMV, al igual que la de los demás reguladores, porque se valora, además de todos los elementos que deben concurrir, también el elemento subjetivo, pues en los casos de responsabilidad por omisión o culpa *in vigilando*, lo que ocurre es que la antijuridicidad de la responsabilidad, objetivamente considerada, de conformidad con las reglas generales viene ya incorporada en la propia omisión, que es contraria a lo previsto por una norma, y por tanto la inactividad en esos casos es ilegal¹¹⁶⁴.

Así pues, en el caso de Bankia, no se puede imponer la responsabilidad a la CNMV porque autorizó la OPA de buena fe, bajo la confianza de que la información suministrada era veraz. Como se ha indicado anteriormente, el motivo por el que no se le pueda aplicar responsabilidad en este caso, es más fácil de entender, precisamente por la interrupción de nexo causal por la mala fe de un tercero que es la entidad emisora y sus administradores¹¹⁶⁵. Esto nos permite considerar la conveniencia de sostener una construcción subjetiva de la responsabilidad del regulador, que implícitamente ya se está aplicando, porque en los casos en que concurre una

¹¹⁶⁴ GÓMEZ PUENTE, M. (1994), ob. cit. "Responsabilidad por inactividad...", pág. 190.

¹¹⁶⁵ En relación con el nexo causal y su interrupción una vez verificado el deber jurídico, claro y preciso, de llevar a cabo una determinada actuación en el regulador, el Fundamento Jurídico Octavo de la STS de 16 de mayo de 2008, declara que en ningún caso «puede concebirse a la CNMV como garante de la legalidad y prudencia de todas las decisiones de todas las agencias de valores, ni menos aún como garante de que los clientes de dichas agencias de valores no sufrirán pérdidas económicas como consecuencia de decisiones ilegales o imprudentes de éstas. La mera causalidad lógica se detiene allí donde el sentido de las normas reguladoras de un determinado sector impiden objetivamente reprochar a la Administración el resultado lesivo padecido por un particular».

intención fraudulenta en la entidad, lo que ocurre es que se rompe el nexo causal, sin tenerse en cuenta la posible culpabilidad autónoma del regulador (aunque sea por negligencia en el ejercicio de sus funciones), que podría hacerle responder, por asumir las consecuencias de sus propios actos, si se configurase la regla del artículo 238 TRLMV de la forma que hemos indicado. La adopción de este criterio subjetivo supone que, al margen de lo anterior, y de una posible concausa, si concurre el incumplimiento de las propias obligaciones debe poder imponerse responsabilidad, salvo que la actuación del supervisor no hubiera podido evitar el resultado lesivo.

No podemos finalizar este epígrafe sin referirnos a la teoría del riesgo en relación con la concreción del nexo causal¹¹⁶⁶, y a la alteración que sufre su aplicación en lo referente a la actividad de supervisión de los reguladores, pues esto último justifica también la adopción de un criterio subjetivo y no objetivo de imputación en estos casos. De entrada, la teoría del riesgo ha sido utilizada siempre para facilitar el reconocimiento del nexo causal en ciertas actividades, de modo que la imputación de responsabilidad se configura como objetiva, ajena a la culpa, por el simple hecho de estar desarrollando una actividad, cuando esta es arriesgada.

La imputación de responsabilidad de forma objetiva ha sido durante décadas la caracterización de la responsabilidad de las Administraciones públicas, a pesar de que ya se había señalado que lo adecuado sería adoptar diferentes criterios de imputación (no siempre el objetivo), dependiendo de cada caso, el tipo de evento lesivo, y las circunstancias concurrentes¹¹⁶⁷. Pero esta idea no ha sido la adoptada realmente por la doctrina administrativista que siempre ha considerado que la responsabilidad

¹¹⁶⁶ Esta teoría supone la aceptación de soluciones cuasi-objetivas en actividades de riesgo, y que desde el punto de vista procesal implica la inversión de la carga de la prueba con presunción "iuris tantum" de la culpabilidad del agente del evento dañoso, en tanto este no acredite que obró con la diligencia debida para evitar o prevenir el daño. Sin embargo, la responsabilidad, incluso en este caso, no se basa por completo en el riesgo -en este sentido, las SSTS (Sala Primera) de 25 de abril de 1983, 9 de marzo de 1984, 1 de octubre de 1985, y la STS de 12 de abril de 2002-. Según esta teoría, la inversión de la carga de la prueba se produce porque en situaciones de riesgo, se han de agotar los medios y evitar todas las circunstancias que transformen el peligro potencial en un daño efectivo. Se una exigencia de mayor diligencia, pero no elimina absolutamente el elemento subjetivo de la culpa, de modo que como declara, entre otras, la STS de 25 de marzo de 2010 -nº 1018/2006 -, aplica el principio de la proximidad o facilidad probatoria, o una inducción basada en la evidencia a daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole.

¹¹⁶⁷ En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, VILAR PALASÍ, y LEGUINA VILLA, según se cita en MEDINA ALCOZ L. (2005), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad, y la deslealtad, desde una revisión general del sistema*, Ed. Civitas (Navarra), pág. 153.

patrimonial de las Administraciones públicas es objetiva, como se ha indicado anteriormente. Por su parte, debe aclararse que donde más parece mantenerse un tipo de responsabilidad puramente objetivo es en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones, porque en otros ámbitos jurídicos, la configuración de la responsabilidad objetiva admitida está evolucionando para incorporar matices subjetivos mucho más rápido que en el ámbito jurídico-administrativo¹¹⁶⁸.

Esto sin embargo, como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, cuando se trata de reconocer la responsabilidad de los reguladores, la aplicación práctica de esta forma de imputación la hace quebrar por completo. Y decimos aplicación práctica, porque la teoría sigue manteniendo con apego el carácter objetivo de la responsabilidad de las Administraciones públicas. Tal vez debamos considerarlo un indicio de evolución en el mismo sentido que se ha seguido en la configuración de la responsabilidad extracontractual objetiva en el Derecho civil¹¹⁶⁹.

Se ha apuntado antes, que la diferencia del criterio objetivo en su aplicación a la actividad de supervisión financiera, se debe al amplio margen de discrecionalidad de los reguladores, que hace difícil identificar la antijuridicidad del daño sufrido. Pero esa discrecionalidad, en realidad, juega un doble papel, pues no sólo puede justificar la

¹¹⁶⁸ El artículo 1902 CC, como piedra angular de la responsabilidad extracontractual, se basa fundamentalmente en la existencia de cualquier tipo de culpa o negligencia del responsable para que se pueda imponer la obligación de reparar el daño causado. En base a él se han considerado como causas de exclusión de la responsabilidad civil aquellos casos en los que concurre un supuesto de fuerza mayor o de caso fortuito –STS 15 de julio de 2010 (nº 4717/2010), y STS de 6 de febrero de 2012 (nº 1581/2012)- En el desarrollo de actividades arriesgadas, la teoría del riesgo no hace desaparecer por completo la exigencia de culpa, lo que ocurre es que la culpa se presume en tanto no se demuestre que el agente obró con prudencia y diligencia. Esta inversión de la carga de la prueba se produce cuando las actividades desarrolladas suponen riesgos extraordinarios –así, las SSTS de 27 de febrero de 2003 y 3 de febrero de 2005-. En los casos en que concurre este riesgo especialmente cualificado se objetiva la responsabilidad, pero no al margen de toda culpa, sino que esta se presume, y se invierte la carga de la prueba, exigiéndose para desvirtuar la presunción, que se acredite que se puso mayor diligencia debida que en otros casos -STS de 5 de mayo de 1998- y consistente, no solo a las prevenciones y cuidados legales y reglamentarios, y los aconsejados por la técnica, sino además a todos los que la prudencia imponga y sean necesarios para prevenir el evento dañoso, añadiendo que «si todas las medidas utilizadas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, se exige agotar las diligencias, hasta tanto ello no se haga, el suceso no se puede reputar sea imprevisible, insuperable o irresistible y, en definitiva, sea hecho fortuito». Sólo en estos términos la fuerza mayor o el caso fortuito eximen de responsabilidad civil, en los casos de responsabilidad cuasi-objetiva, pero incluso en estos casos, cuando se trata de responsabilidad extracontractual civil, se sigue exigiendo cierto grado de culpa.

¹¹⁶⁹ En el Derecho civil, incluso aplicando la teoría del riesgo, se considera que la existencia de un riesgo potencial no es suficiente para fundamentar la responsabilidad, ya que se requiere un reproche culpabilístico (Vid. STS de 8 de octubre de 1996, de 19 de septiembre de 1996, 4 de febrero de 1997, 17 de octubre de 1997, 8 de junio de 1998 o 13 de marzo de 2002)

decisión de la Administración convirtiéndola en legal en relación con la valoración de la juridicidad o antijuridicidad del daño, sino que en realidad se puede identificar con el riesgo de la actividad de regulación, siendo un arma de doble filo para el regulador, porque igual que puede servir para justificar sus decisiones, si se demuestra que el exceso le lleva a la arbitrariedad, por aplicación de la teoría del riesgo, debería asumir automáticamente las consecuencias dañosas de su actuación.

En la práctica, suele ocurrir que sin argumentos del todo acertados, acaba excluyéndose la responsabilidad sin llegar a declararse abiertamente que en la actividad de regulación, la teoría del riesgo parece desvanecerse. Esto es un indicador más de que, en el fondo, parece más justo y racionalmente aceptable que la imputación a los reguladores sea por culpa, y no totalmente objetiva, aunque acotada por matices de índole objetiva -para mantener las garantías de los particulares-, y que deben vincularse con la reducción del margen de discrecionalidad, evitando así imprecisiones que pueden conducir a situaciones de irresponsabilidad de las Administraciones públicas; situaciones de irresponsabilidad que, con la configuración actual, ya encontramos. La opción propuesta favorece la observancia del principio de legalidad.

Finalmente, si bien es cierto que la obligación como regulador de la CNMV, y esto es aplicable a los demás reguladores, como el Banco de España y los reguladores europeos, implica una obligación de actividad para el cumplimiento de sus fines, no supone, en consecuencia, una obligación de resultado¹¹⁷⁰. Queda patente a través de lo expuesto que, de la actividad de control de los reguladores se puede deducir responsabilidad no por todos los perjuicios resultantes de su actividad normal -en el sentido de regular en aplicación de la ley-, sino por los perjuicios resultantes de su omisión o incluso, de su actuación irregular, no ajustada a la norma. Lo que nos lleva a concluir, junto con los demás argumentos expuestos, que en los casos de responsabilidad por omisión, sin duda, lo adecuado sería que se configurase como responsabilidad subjetiva -implícitamente ya lo es-, en concordancia con su margen de irregularidad, pero con sus elementos objetivados por la ley en esos casos.

De este modo, las reclamaciones serían muchas menos, porque ya no se plantearían si no estuviera clara y fuera demostrable ese grado de culpa o negligencia,

¹¹⁷⁰ BLANQUER D. (2014), ob. cit. *La CNMV, su transparencia...*, pág. 713.

pero los resultados, en cuanto a la estimación de las reclamaciones, serían más, porque esto dotaría al sistema de mayor seguridad jurídica, al permitir a los tribunales efectuar un control sobre los elementos objetivados de esa responsabilidad subjetiva. Por su parte, los inversores sólo asumirían los riesgos inherentes al funcionamiento del mercado de valores, de modo que en esos casos, los perjuicios serían claramente legales y no antijurídicos.

3.3. Los supuestos de responsabilidad patrimonial como consecuencia de una actuación positiva del regulador.

En estos casos, los perjudicados pueden ser los propios operadores financieros o sus propietarios, es decir, las entidades financieras, sus accionistas o partícipes, incluidos los inversores minoristas, y pueden serlo también sus acreedores (depositantes o acreedores de otros tipos). En estos supuestos la posible responsabilidad patrimonial del supervisor no se aleja demasiado de las reglas generales, centrándose las principales especialidades en la incidencia del margen de discrecionalidad de los reguladores y en la cuantificación del daño.

Las mayores dificultades para aplicar la responsabilidad patrimonial en los casos en que los perjuicios derivan de una actuación positiva del regulador, tienen mucho que ver, también con la discrecionalidad. En realidad, con una inadecuada interpretación de lo que se considera discrecionalidad, pues se confunde discrecionalidad administrativa con dificultad técnica para concretar los presupuestos de la actuación administrativa¹¹⁷¹. Esta dificultad para entender y precisar la concurrencia de elementos técnicos, y para valorarlos por parte de la Administración para fundamentar una decisión, termina por escaparse del control judicial¹¹⁷², pues no se trata en ocasiones ni siquiera de precisar elementos jurídicos, sino elementos pertenecientes a otras disciplinas, sobre todo, en los sectores económicos como los que forman parte del mercado financiero, los elementos son económicos. Esta es la principal dificultad para derivar responsabilidad patrimonial de los reguladores financieros en el ámbito de su responsabilidad positiva, ya que por lo demás, son aplicables las reglas y requisitos generales de la institución.

¹¹⁷¹ BETANCOR A. (2010), ob. cit. *Regulación: mito y derecho*,..., pág. 554.

¹¹⁷² BETANCOR A. (2010), ob. cit. *Regulación: mito y derecho*,..., pág. 555.

En consecuencia, lo que nos interesa en esta sede es analizar los principales casos que por esta vía se pueden dar en la práctica, y sus particularidades. Los supuestos que encontraremos serán: los derivados de adopción de medidas de intervención en situaciones normales, de conformidad con artículos 70 y ss LOSSEC; los vinculados al ejercicio del poder de resolución bancaria, incluyendo, en su caso, los perjuicios que se pudieran derivar de la adopción de medidas de actuación temprana, regulados en los artículos 19 y ss, y 8 y ss de la Ley 11/2015, respectivamente; y en su caso los perjuicios ocasionados por la mala gestión de activos intervenidos a entidades de crédito en cualquiera de los casos anteriores, y en relación con la participación del FROB en los supuestos regulados en el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos, en especial, a través de la SAREB (Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria), sociedad participada en un 45% por el FROB, que podrían resolverse del mismo modo que los casos en que existan diferencias en la valoración de los bienes intervenidos que pasamos a examinar a continuación, pero haciendo previamente la precisión de que la Ley 11/2015 limita a los casos de responsabilidad por culpa, en los que exista una falta o infracción graves, la posible responsabilidad del banco puente o de la sociedad gestora de activos, en el ejercicio de sus funciones frente a accionistas e inversores¹¹⁷³. Esto es una muestra más de que la propuesta sugerida se está comenzando a introducir tímidamente.

¹¹⁷³ Así, del artículo 27.9 de la Ley 11/2015 resulta que «Los cometidos de la entidad puente no conllevarán ninguna obligación o responsabilidad respecto a los accionistas y acreedores de la entidad en resolución, y el órgano de administración o dirección no tendrá ninguna responsabilidad frente a dichos accionistas y acreedores por actos u omisiones en cumplimiento de sus obligaciones a menos que tal acto u omisión implique una falta o infracción graves que afecte directamente a los derechos de accionistas y acreedores». Y de conformidad con el artículo 28.4 de la Ley 11/2015: «La realización de actuaciones en cumplimiento de los objetivos de la sociedad de gestión de activos no conllevará ningún tipo de obligación o responsabilidad frente a los accionistas y acreedores de la entidad en resolución, y el órgano de administración o dirección no tendrá ninguna responsabilidad frente a dichos accionistas y acreedores por actos u omisiones en cumplimiento de sus obligaciones a menos que deriven de una falta o infracción graves que afecten directamente a los derechos de accionistas y acreedores».

3.3.1. *La responsabilidad patrimonial por diferencias en las valoraciones de los bienes intervenidos.*

La cuantificación del daño se centra en los casos en que tal responsabilidad resulta de una intervención bancaria en las diferencias en las valoraciones de los bienes intervenidos.

Los supuestos de intervención que contempla la LOSSEC se aplicarán cuando la entidad no se encuentre en una situación que habilite la intervención del FROB en aplicación de la Ley 11/2015, y se adoptarán por el Banco de España de conformidad con el artículo 71.1 LOSSEC, que deberá dar cuenta razonada al Ministerio de Economía y Competitividad y al FROB. Estos casos incluyen los supuestos en los que existan indicios fundados de que la entidad de crédito se encuentre en una situación de excepcional gravedad que pueda poner en peligro su estabilidad, liquidez o solvencia, aunque diferente de las contempladas en la Ley 11/2015, y cuando se adquiera una participación significativa en una entidad de crédito sin respetar el régimen previsto en la LOSSEC, o existan razones fundadas y acreditadas para considerar que la influencia ejercida por las personas que la posean pueda resultar en detrimento de la gestión sana y prudente de la misma, que dañe gravemente su situación financiera.

En las últimas décadas, el ejercicio de esta facultad, anteriormente contenida en los artículos 31 y ss de la LDIEC, se ha aplicado, de forma indirecta en el caso más conocido y jurisprudencialmente tratado que fue el de la intervención de diversas entidades del grupo RUMASA. En realidad, la aplicación indirecta de esta posibilidad viene determinada porque el riesgo de insolvencia en las entidades bancarias del grupo RUMASA se consideró fundamento de la intervención, pero esta no fue una intervención simplemente, sino una expropiación legislativa o privación singular¹¹⁷⁴.

¹¹⁷⁴ De hecho, esta vía fue puesta en tela de juicio, pues una de las cuestiones discutidas en relación con ella fue si vulneraba tal expropiación el principio de igualdad (artículo 14 CE), al ser una privación singular, y si vulneraba el derecho a la tutela jurídica efectiva (artículo 24 CE), pues al haberse hecho por vía legislativa y no a través del procedimiento de expropiación ordinario, quedaba limitada la posibilidad de impugnar el acuerdo expropiatorio. En relación con esta última cuestión, se ha considerado que los afectados por la expropiación pueden, en este caso, «impugnar ante la jurisdicción competente el acto administrativo de conversión de su título dominical en título concesional para deducir ante ella las pretensiones que estime pertinentes frente al mismo». En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1996), “Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la ley de costas”, en *Revista de Administración Pública* nº 141, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid), pág. 146, citando a PARADA J. R., (1983), “Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas”, en

Precisamente, es que esto fuera así, lo que genera el error conceptual que hemos aclarado en páginas anteriores de este trabajo, y por el que se intenta identificar cualquier intervención, que implique la privación patrimonial de los titulares de derechos en entidades bancarias, con un supuesto de expropiación forzosa¹¹⁷⁵.

En realidad, la intervención de un regulador conforme a la LOSSEC, o en los casos previstos en la Ley 11/2015, no necesariamente suponen una expropiación forzosa, de hecho no se han calificado como tales por el FROB y la Audiencia Nacional, pero en el caso de RUMASA, sí se trató de una expropiación afectando no sólo a entidades bancarias del grupo¹¹⁷⁶, sino también a otro tipo de empresas dedicadas a negocios diversos, y a los que no se puede aplicar el fundamento habilitante de la intervención del Banco de España para salvaguardar la solvencia de las entidades bancarias a todas las entidades expropiadas. En esa ocasión, de forma indirecta se produjo la intervención a través de una expropiación forzosa, que fue acordada por el Consejo de Ministros a través del Real Decreto-ley 2/1983, de 23 de febrero, (de expropiación, por razones de utilidad pública e interés social, de los Bancos y otras Sociedades que componían el grupo RUMASA, S.A.), y convalidado posteriormente por la Ley de 29 de junio de 1983. Aunque este caso, no es estrictamente un supuesto de intervención bancaria, sí lo encubre, porque la norma justifica esta actuación en el riesgo de insolvencia de las entidades bancarias del grupo, y en la estimación discrecional del Gobierno de que una simple intervención de las mismas, de conformidad con la legislación de disciplina bancaria vigente en ese momento, no permitiría resolver el riesgo que se estaba asumiendo¹¹⁷⁷. En cualquier caso, sí se trata de una intervención

Revista de Administración Pública nº 100-102 II, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid).

¹¹⁷⁵ De todos modos, no faltan posiciones que aproximan la institución de la responsabilidad patrimonial y las de la expropiación forzosa, diferenciándolas en su carácter ilícito en el primer caso, y por considerarse intervenciones conforme a Derecho en el segundo. Esta identidad forma parte de la evolución de ambas instituciones en algunos países, como por ejemplo, en Alemania. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ T.R. (2013), ob. cit. *Curso de Derecho Administrativo...*, pág. 375.

¹¹⁷⁶ Concretamente, se expropiaron las acciones un total de dieciocho entidades bancarias incluidas en el grupo RUMASA S.A.: del Banco de Albacete, S. A., del Banco Alicante de Comercio, S. A., del Banco Atlántico, S. A., del Banco Comercial de Cataluña, S. A., del Banco Condal, S. A., del Banco de Extremadura, S. A., del Banco General, S. A., del Banco de Huelva, S. A., del Banco Industrial del Sur, S. A., del Banco de Jerez, S. A., del Banco Latino, S. A., del Banco de Murcia, S. A., del Banco del Noroeste, S. A., del Banco del Norte, S. A., del Banco del Oeste, S. A., del Banco Peninsular, S. A., del Banco de Sevilla, S. A., y del Banco de Toledo, S. A.

¹¹⁷⁷ Literalmente el Real Decreto-ley 2/1983 recoge lo siguiente: «El grupo de Sociedades a que se refiere el Presente Real Decreto-ley viene constituyendo en los últimos años una preocupación

administrativa en empresas privadas a través de una expropiación, ya que el mismo Real Decreto-ley 2/1983, se justifica en los artículos 33.3 y 128.2 de la Constitución española.

Dejando al margen todas las cuestiones que podrían discutirse en este caso como pueden ser la procedencia o no de una expropiación forzosa en lugar de la adopción de medidas menos agresivas para los derechos privativos, como una intervención de las entidades sustituyendo el consejo de administración, o el ejercicio de la potestad sancionadora correspondiente al caso, o cuestiones sobre la admisión y procedencia de las expropiaciones legislativas, cuestión ésta resuelta jurisprudencialmente en sentido positivo¹¹⁷⁸, al igual que la cuestión de si un Real Decreto-ley que aunque norma con rango de ley no es ley formal, podía admitirse a efectos de la expropiación legislativa operada¹¹⁷⁹, lo que nos interesa en esta sede es que esta actuación generó un sinnúmero de reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de esa

permanente de las autoridades monetarias que han venido manifestando formalmente su disconformidad con la política de riesgos e inversiones practicada. Desde el año 1978, dichas autoridades han venido exigiendo la práctica de auditorías externas, tanto de los Bancos que forman parte del grupo como de sus Sociedades más importantes, bien por ser titulares de la mayoría del capital de aquéllos, bien por ser filiales de los mismos o presentar una excesiva concentración de riesgos. Las Inspecciones del Banco de España han puesto reiteradamente de manifiesto la existencia de tales fenómenos, si bien la permanente obstrucción a la actividad inspectora no ha permitido la fijación exhaustiva de todos los pormenores. No obstante, puede establecerse, con elementos suficientes de juicio, que gran parte de los riesgos asumidos por los Bancos que financian al grupo son desproporcionados con la solvencia de los acreditados. Toda esta problemática ha motivado que el Fondo de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios requiriese a los Bancos de referencia a practicar auditorías externas, habiéndose incumplido en el caso de todos los Bancos, salvo uno, los plazos y sus prórrogas concedidos a tales efectos. Las advertencias de las autoridades monetarias se han multiplicado en los últimos años, particularmente acerca de RUMASA Sociedad cabecera del grupo, recomendando una política más prudente de inversiones y una desconcentración de riesgos, advertencias que no sólo han sido desatendidas, sino a las que se ha respondido con hechos consumados, que retuerzan la arriesgada espiral de adquisiciones e inversiones. La intervención de las Entidades bancarias del grupo o la suspensión en sus funciones de sus Administradores, previstas en la Ley y utilizadas en casos de menor envergadura y complejidad, no resolverían los problemas planteados que, además de no ser coyunturales, sino estructurales, involucran un gran número de Sociedades matrices y filiales, que dominan o son dominadas por Bancos, obligando además de a la expropiación de aquéllos a efectuar la de todo el grupo de Sociedades, que constituye una unidad de dirección y de riesgo».

¹¹⁷⁸ Vid. STC nº 166/1986, de 19 de diciembre (Cuestión de inconstitucionalidad número 704/1984), en su Fundamentos Jurídicos nº 9 a 14.

¹¹⁷⁹ En este sentido, en el caso RUMASA y a los efectos previstos en el artículo 128.2 CE que hacer referencia a la intervención de empresas por razón de interés general, mediante ley, la Sentencia nº 111/1983 de Tribunal Constitucional, Pleno, de 2 de Diciembre en su Fundamento Jurídico nº 10, declara que queda equiparado por sus efectos el Real Decreto-ley y la Ley en sentido estricto (formal). Para un estudio más extenso de esta cuestión vid. GARCÍA MACHO R. (1985), "La expropiación del Grupo R.U.M.A.S.A, en torno a una conflictiva sentencia del Tribunal Constitucional español", en Revista Vasca de Administración Pública, nº 11, págs. 223-232.

“intervención” encubierta a través de la fórmula de la expropiación forzosa, que han dado lugar a una línea jurisprudencial que nos interesa tener en cuenta porque, en este caso, el fundamento de la misma expropiación se sitúa según declara el mismo Real Decreto-ley en la «utilidad pública e interés social la defensa de la estabilidad del sistema financiero y de los intereses legítimos de los depositantes y trabajadores, a los que alcanzaría una crisis de la organización (...). Todo ello al amparo de las previsiones contenidas en los artículos 33.3 y 128.2 de la Constitución»¹¹⁸⁰.

En este caso, una de las cuestiones discutidas y por las que se generaron un buen número de reclamaciones recaía en la determinación de la valoración de los elementos patrimoniales expropiados, pues se decía en el mismo Real Decreto-Ley 2/1983, que el justiprecio se fijaría en vía administrativa por el Jurado Provincial de Expropiación de Madrid, en un plazo de seis meses, pero el mismo fue cero, al valorarse también el resultado del balance, y quedar absorbido el pasivo en el activo expropiado.

En los casos de intervención a través del Banco de España o del mismo FROB, cuando respectivamente hagan uso de sus facultades reguladas en la LOSSEC o en la Ley 11/2015, en realidad, y aunque no se califique como una expropiación forzosa sino como otro tipo de privación de derechos, la valoración de las acciones y participaciones intervenidas, generará el mismo problema, y es por esto por lo que nos interesa resaltar las conclusiones a las que se ha llegado en las reclamaciones interpuestas en el asunto de la expropiación de RUMASA, porque la cuestión es si la valoración fijada en el momento de la intervención/expropiación realmente no supone ninguna pérdida patrimonial para el titular, cuestión que tiene mucha relación con la misma naturaleza jurídica de los valores intervenidos, que son cambiantes en muy poco tiempo. Es interesante destacar, las siguientes conclusiones:

- Las valoraciones de los bienes expropiados o intervenidos, que se efectúen por la Administración, quedan cubiertas por la presunción *iuris tantum* de acierto y veracidad de las resoluciones administrativas, presunción «que sólo puede ser desvirtuada mediante una prueba pericial encaminada a

¹¹⁸⁰ Vid. el mismo Real Decreto-ley 2/1983, en su exposición de motivos, *in fine*.

contradecir la afirmación contenida en la resolución recurrida y por ende la valoración efectuada por la Administración»¹¹⁸¹.

- Del artículo 33 CE no resulta que, en todos los casos, el valor de la indemnización por la privación de bienes o derechos sea positivo, pudiendo ser negativo o cero¹¹⁸², de modo que no se considera inconstitucional, la ley que declare que no procede indemnización por ser cero o negativo el valor de los bienes expropiados/intervenidos¹¹⁸³.
- La compensación económica que reconoce el artículo 33 CE no implica que todo expropiado tenga que recibir «una cantidad en metálico como contraprestación compensatoria», pues si la valoración de lo expropiado/intervenido es negativa o cero, dicha compensación económica, dejaría de ser una indemnización, para dar lugar a un enriquecimiento injusto, considerándose que la indemnización referida en el artículo 33 CE no es una «exigencia de la naturaleza jurídica del instituto de la expropiación»¹¹⁸⁴. Si bien así se recoge expresamente, debemos concluir que

¹¹⁸¹ En este sentido, la STS (Sala Tercera) nº 4101/2002, de 6 de junio, en su Fundamento Jurídico Segundo, aunque en este caso, se estaba refiriendo a la intervención de RUMASA, y a las resoluciones de los Jurados Provinciales de Expropiación respecto a la valoración de los bienes expropiados, en la hoja de aprecio, que asumió el Jurado teniendo en cuenta las características técnicas de aquellos. En el mismo sentido, la STS (Sala Tercera) nº 6442/2002, 3 de octubre en su Fundamento de Derecho Segundo, haciendo referencia también a jurisprudencia anterior (entre otras en sentencias de 11 de Octubre y 22 de Junio de 2.000).

¹¹⁸² La STS (Sala Tercera) 4101/2002, de 6 de junio, en su Fundamento Jurídico Segundo, considera que es fundamental tener en cuenta la especial naturaleza de los bienes expropiados. Pues, lo usual en la institución de la expropiación es la privación de bienes inmuebles, que «por su propia naturaleza tienen un valor positivo, independientemente de las cargas que pesen sobre los mismos o de las obligaciones frente a las que con ellos se deba responder», sin embargo, cuando se trata de acciones o participaciones de sociedades, su valor positivo o negativo dependerá del resultado de la valoración de los distintos elementos que integran la empresa y, por tanto, «la valoración ajustada a valores reales de esos elementos que componen el activo y el pasivo de una empresa» puede arrojar un resultado cero o negativo, dando lugar a que el montante de la indemnización sea cero.

¹¹⁸³ Vid. STS (Sala Tercera) nº 4101/2002, de 6 de junio, en su Fundamento Jurídico Segundo.

¹¹⁸⁴ Íbidem. También, en este sentido, la STS (Sala Tercera) nº 6442/2002, 3 de octubre en su Fundamento de Derecho Quinto, haciendo referencia también a jurisprudencia anterior, entre otras a las sentencias de 31 de mayo y 18 de mayo de 2001, considera que «el justiprecio cero es compatible con el instituto de la expropiación». En este caso, el Tribunal Supremo declara que «resultan de especial trascendencia las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 23 de Noviembre de 2.000, demanda 25701/94, caso ex rey de Grecia y otros contra Grecia y la de 9 de Diciembre de 1994, nº 0492/94 en el asunto de Los Santos Monasterios contra Grecia. En ambos asuntos el Tribunal Europeo afirma que sin el pago de una suma que tenga relación razonable con el valor del bien, la privación de la propiedad constituye normalmente un ataque excesivo, y la ausencia total de indemnización solo se justifica, en circunstancias excepcionales en el ámbito del artículo 1 del Protocolo número 1 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Protocolo que establece que «Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de

es más correcto considerar que la indemnización sí es un elemento sustancialmente exigido en la institución de la expropiación forzosa, pero que puede ser de valor cero, siendo esto admisible y compatible con la misma.

- El fondo de comercio y otros elementos intangibles de la valoración de una empresa, «debe entenderse incorporado al balance en la medida en que la cuenta de resultados se integra en el mismo (...), representando la capacidad de la sociedad para generar beneficios o pérdidas a título orientativo y sin necesidad de una capitalización específica»¹¹⁸⁵. Debe, por este motivo, verse la evolución de la empresa en los últimos años, y el resultado sobre la capacidad para generar beneficios futuros de la empresa sólo puede desvirtuarse con una prueba pericial específica, sin que pueda impugnarse meramente con argumentación jurídica sobre la técnica valorativa aplicada.
- Los intereses legales derivados de la expropiación/intervención se devengan *ope legis* (por ministerio de la ley), de manera que, si no se recogen en la resolución administrativa o en su caso, en la sentencia que resuelva un recurso planteado contra la misma, pueden fijarse al ejecutarla (Sentencia de 1 de junio de 1999, recurso número 6753/1995)¹¹⁸⁶.
- El devengo de los intereses de demora en el abono de la compensación económica debe fijarse en el momento en que se declara la necesidad de ocupación¹¹⁸⁷.

sus bienes. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional». El Tribunal Europeo afirma igualmente, que no siempre la compensación, en los casos en que proceda, ha de ser íntegra pues objetivos legítimos de utilidad pública pueden justificar un reembolso inferior al pleno valor de mercado. De lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias a que nos acabamos de referir se infiere que es posible, cuando concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen, sin que ello contradiga los principios generales del Derecho Internacional, la privación a una persona de sus bienes sin indemnización. Sentado lo anterior en el campo del derecho internacional, tal criterio, si bien no es aplicable sin más a nuestro derecho interno, si habrá de servirnos de pauta a la hora de interpretar nuestro ordenamiento jurídico». De modo que concluye que, aunque del artículo 33 de la Constitución resulta, de entrada inadmisibile, con arreglo a los principios, interpretados de conformidad a como lo hace el Tribunal Europeo, la indemnización «no es consustancial a la figura de la expropiación en todos los casos», cuando la valoración de los bienes es cero o negativa.

¹¹⁸⁵ Vid. STS (Sala Tercera), nº 4003/2002, 3 de junio, en su Fundamento Jurídico Cuarto.

¹¹⁸⁶ STS (Sala Tercera) nº 1687/2002, 9 de marzo, Fundamento Jurídico Quinto. También, la STS (Sala Tercera) nº 6442/2002, 3 de octubre en su Fundamento de Derecho Segundo, haciendo referencia también a jurisprudencia anterior (entre otras en sentencias de 30 de Abril de 1.996 y 16 de Septiembre de 1.999).

¹¹⁸⁷ En el caso de RUMASA, la STS (Sala Tercera) nº 1693/2002, de 9 marzo, el Fundamento de Derecho Cuarto, consideró en base a este presupuesto que la fecha inicial para el cómputo de devengo de

A los supuestos en que cabe acordar la intervención de una entidad de crédito con fundamento en las normas de ordenación y disciplina bancaria contenidas en los artículos 70 y ss LOSSEC, o con fundamento en el poder de resolución bancaria regulado en los artículos 19 y ss de la Ley 11/2015, y que incluyan medidas de privación de bienes de particulares, ya sea a través de una venta forzosa, por la similitud de efectos con la expropiación, deben sere aplicables las conclusiones anteriores, por analogía, y teniendo en cuenta que las instituciones de la intervención en tales casos y de la expropiación afectan del mismo modo a la propiedad privada. En estos casos la compensación económica, tanto si se le llama justiprecio como si se le llama indemnización, es un elemento fundamentalmente análogo también con la indemnización de los casos de responsabilidad patrimonial estricta, que se pueden dar, por ejemplo, cuando en los dos casos indicados la valoración se haya fijado erróneamente y se reclame la diferencia de la compensación por esta vía.

A pesar de todo, y considerando que jurídicamente los criterios expuestos serían técnicamente admisibles, no parece totalmente compatible con el Estado de Derecho y con la protección de la garantía patrimonial, la posibilidad de que el valor sea cero, y en estos casos la indemnización, aunque existente, no tenga contenido. Sin embargo, el Derecho de la UE es más restrictivo todavía, porque aunque reconoce la garantía patrimonial, se ofrece una interpretación restrictiva del reconocimiento de la compensación económica que se supedita al interés general¹¹⁸⁸.

intereses de demora, conforme a lo establecido en los artículos 4.6 de la Ley 7/1983, de 29 de junio, y 52.8ª de la Ley de Expropiación Forzosa, al haberse declarado la necesidad de ocupación por Real Decreto Ley 2/1983, de 23 de febrero, debía a partir del día 23 de febrero de 1983.

¹¹⁸⁸ En este sentido, y en relación con los procedimientos de reestructuración de los Bancos chipriotas con apoyo financiero del MEDE, se ha resuelto recientemente varias reclamaciones de responsabilidad patrimonial interpuestas por depositantes de las entidades reestructuradas (Cyprus Popular Bank y del Bank of Cyprus), contra la Comisión europea y el BCE, en los casos de C-8/15 P Ledra Advertising/Comisión y BCE, C-9/15 P Eleftheriou y otros/Comisión y BCE y C-10/15 P Theophilou/Comisión y BCE y en los asuntos acumulados C-105/15 P Mallis y Malli/Comisión y BCE, C-106/15 P, Tameio Pronoias Prosopikou Trapezis Kyprou/Comisión y BCE, C-107/15 P Chatzithoma/Comisión y BCE, C-108/15 P Chatziioannou/Comisión y BCE y C-109/15 P Nikolaou/Comisión y BCE, por STJUE de 20 de septiembre de 2016 (Gran Sala), que en sus nº 69 y 70, concluye que el derecho de propiedad garantizado por esta disposición de la Carta no constituye una prerrogativa absoluta y que su ejercicio puede ser objeto de restricciones justificadas por objetivos de interés general perseguidos por la Unión (vid. también las sentencias de 16 de noviembre de 2011, Bank Melli Iran/Consejo, C-548/09 P, EU:C:2011:735, apartado 113, y de 12 de mayo de 2016, Bank of Industry and Mine/Consejo, C-358/15 P, EU:C:2016:338 apartado 55). La STJUE de 20 de septiembre de 2016 declara que «tal como se desprende del artículo 52, apartado 1, de la Carta, pueden imponerse restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a la consecución de objetivos de interés general y no constituyan, habida cuenta del

En nuestra opinión, este problema puede encontrar una solución en dos pequeñas modificaciones normativas y sobre la base de la similitud de los efectos de las intervenciones de entidades de crédito con afectación patrimonial de los bienes y derechos de los particulares con la expropiación forzosa. Resulta que en las expropiaciones forzosas cuando desaparece la afectación, el primitivo dueño o sus causahabientes podrán recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado, mediante el abono a quien fuera su titular de la indemnización expropiatoria percibida por el expropiado, actualizada conforme a la evolución del índice de precios al consumo en el período comprendido entre la fecha de iniciación del expediente de justiprecio y la de ejercicio del derecho de reversión, ex artículos 54 y 55 LEF. Si la afectación, de conformidad con el artículo 9 LEF queda vinculada con la declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado, y también es presupuesto de la preservación de interés general en las intervenciones bancarias, identificado con evitar el peligro de su estabilidad, liquidez o solvencia -artículo 70.1.b) LOSSEC-, el detrimento de la gestión sana y prudente de la misma, que dañe gravemente su situación financiera -artículo 70.1.c) LOSSEC-, o por la concurrencia de interés público identificado con la estabilidad financiera para acordar la resolución en una entidad bancaria -artículo 19.1.c) Ley 11/2015-, cuando haya desaparecido el peligro de inestabilidad, insolvencia, detrimento de la gestión prudente, o inestabilidad financiera general, debe poderse recurrir a una figura similar a la reversión. Pero esta posibilidad no se prevé ni en la LOSSEC, ni en la Ley 11/2015, que consideran, definitivos los efectos de la intervención a través de medidas como una venta forzosa.

En los casos de resolución de entidades de crédito, la intervención permite diferenciar dos casos, si la finalidad es la liquidación ordenada de la entidad, dado que está desapareciendo, se estará a la prelación de créditos aplicable, de modo que los acreedores serán indemnizados en la medida que alcance el activo para cubrir sus créditos, y los propietarios (accionistas, partícipes y otros inversores) no podrán acudir a un mecanismo similar a la reversión. En el caso de que la resolución lo sea para

objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de noviembre de 2011, Bank Melli Iran/Consejo, C-548/09 P, EU:C:2011:735, apartado 114, y de 12 de mayo de 2016, Bank of Industry and Mine/Consejo, C-358/15 P, EU:C:2016:338, apartado 56)».

reestructurar la deuda y sanear la entidad, dado que la finalidad es su continuidad, sí debería preverse esta posibilidad incluyéndola en el artículo 25 y ss de la Ley 11/2015, cuando regula los tres primeros instrumentos de resolución¹¹⁸⁹ (venta del negocio de la entidad, transmisión de activos o pasivos a una entidad puente, y transmisión de activos o pasivos a una sociedad de gestión de activos). Esta posibilidad podría introducirse incluyéndose una norma en los artículos 25 y ss por la que las ventas o transmisiones en estos casos incluyeran una opción de compra para el transmitente condicionada a la desaparición del interés general que sirve de fundamento a la actuación administrativa. Esta posibilidad es totalmente compatible con el hecho de que la adquisición de activos por el FROB es temporal, y está obligado a desinvertir lo invertido en la adquisición de activos de entidades de crédito según se prevé en los artículos 26, 32, y 33 de la Ley 11/2015, mediante un proceso de privatización, y es compatible también con la regla del artículo 52.6, segundo párrafo, de la Ley 11/2015, conforme a la que no formarán parte del Patrimonio de las Administraciones Públicas «las participaciones, acciones, títulos y demás instrumentos que el FROB pudiera adquirir en el ejercicio de sus facultades de resolución».

Sería conveniente igualmente, y por todo lo anterior, que se pudiese aplicar la posibilidad de que, cuando se estimase conveniente la Administración actuante, la venta o transmisión de la propiedad de los activos o de la entidad quedase sustituida por la asunción de su titularidad fiduciaria por la misma Administración, el banco puente, la sociedad de gestión de activos o un tercero (otra entidad en los casos de absorción), de modo que sólo a efectos de llevar a cabo la reestructuración se adquiriese la titularidad formal por ellos, manteniendo la titularidad real los anteriores propietarios, y recuperándola después¹¹⁹⁰, cumplida la finalidad del procedimiento de resolución. Esta posibilidad, aunque muy utilizada en Derecho civil y mercantil, no lo es

¹¹⁸⁹ En el cuarto caso contemplado como instrumento de resolución en el artículo 25 de la Ley 11/2015, que es la recapitalización interna, no es aplicable el mecanismo que estamos exponiendo, por su propia naturaleza.

¹¹⁹⁰ En este sentido, la STS, Sala 1ª, de lo Civil, nº 803/2010, 1 de Diciembre, en su Fundamento de Derecho Quinto, declara que en estos casos el «dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza. Como consecuencia de la fiducia, el fiduciario está obligado a restablecer la situación real mediante la atribución de la titularidad correspondiente al fiduciante y han de estimarse nulos los negocios jurídicos celebrados con terceros faltando al compromiso que supone la fiducia y siempre que dichos terceros no hayan adquirido de buena fe y a título oneroso» –y si no se respetase, se incurriría en la consiguiente responsabilidad contractual, en este caso-.

tanto en el Derecho administrativo, en el que, sin embargo, no es del todo desconocida, pues se aplica en relación con las actuaciones urbanísticas a través de las Juntas de Compensación¹¹⁹¹. Nada impide que se incorpore en estos casos también, como solución que evite las pérdidas patrimoniales que llevan aparejadas las intervenciones de entidades de crédito, y como complemento a la garantía patrimonial que, en su configuración actual, aparece algo mermada, reduciéndose con ello, igualmente, los casos en que puede derivarse responsabilidad patrimonial por esta actuación administrativa.

3.3.2. *La responsabilidad patrimonial por vulneración del principio no creditor worse off y por acuerdos anulados.*

La responsabilidad por no cumplirse el principio *no creditor worse off*, es un supuesto especial dentro de los que derivan de defectos de valoración pero con la particularidad de que en este caso, no se trata de una diferencia de valoración sin más consecuencias, sino que con esta diferencia está resultando que hubiera sido aconsejable acudir a un procedimiento concursal ordinario de liquidación de la entidad de crédito, en lugar de acudir al procedimiento paraconcursal administrativo de resolución, contradiciendo así uno de los principios que prevé el artículo 4.1.d) de la Ley 11/2015.

Este caso se contempla especialmente, como posibilidad, en el artículo 10.4 del RD 1012/2015, conforme al cual si la valoración determina que los accionistas y acreedores, o el Fondo de Garantía de Depósitos, han incurrido en pérdidas superiores a las que habrían sufrido si la entidad hubiera sido liquidada en el marco de un procedimiento concursal, tendrán derecho a obtener el pago de la diferencia con cargo a los mecanismos de financiación previstos en el artículo 53 de la Ley 11/2015¹¹⁹². Se configura como un supuesto de responsabilidad patrimonial que depende de errores en la valoración realizada conforme al artículo 5 de la Ley 11/2015 y respecto de la que el artículo 7.3, segundo párrafo, del RD 1012/2015, prevé que recoja «la

¹¹⁹¹ Así resulta del artículo 185 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

¹¹⁹² Será compensado a cargo del FROB, y a través de los medios de financiación del mismo, conforme al artículo 53 ley 11/215.

subdivisión de los acreedores por categorías según la legislación concursal, así como una estimación del trato que cabría esperar para cada categoría de accionistas y acreedores si la entidad estuviera sometida a un procedimiento de liquidación concursal. Dicha estimación no impedirá la aplicación del principio recogido en el artículo 4.1.d) de la Ley 11/2015, de 18 de junio, según el cual ningún accionista ni acreedor soportará pérdidas superiores a las que habría soportado si la entidad fuera liquidada en el marco de un procedimiento concursal».

En este caso, conforme al artículo 74.1 *in fine* Ley 11/2015, el importe de la indemnización «alcanzará, como máximo, la diferencia entre el daño efectivamente sufrido por el recurrente y la pérdida que habría soportado en caso de que, en el momento de adoptarse la correspondiente decisión o acuerdo, se hubiera producido la liquidación de la entidad en el marco de un procedimiento concursal».

Esta regla se complementa con las previsiones contenidas en relación con el régimen procesal de los artículos 71 y ss de la misma Ley 11/2015, que nos permite diferenciar, en primer lugar, los casos en que los perjuicios se deriven de actos del FROB que la Ley 11/2015 considera actos mercantiles, ya que, en este caso, el responsable no es el FROB, sino la entidad de crédito, pues estamos ante el caso en que el FROB haya intervenido en la adopción de acuerdos societarios. En estos casos, la Ley 11/2015, hace un tratamiento en que aparece la propia entidad intervenida como legitimado pasivo de la reclamación, siendo el perjudicado un accionista, inversor o acreedor de la misma, que reclamaría la indemnización como consecuencia de la impugnación de acuerdos societarios en base a los artículos 204 y ss del TRLSC, que contemplan la indemnización incluso en el caso de anulación voluntaria o sustitución del acuerdo social impugnado.

En este caso, la entidad de crédito intervenida, y obligada a reparar los perjuicios causados a terceros por los acuerdos de la Junta General con una mayoría representativa del FROB, de conformidad con el artículo 206.3 TRLSC, en teoría, y de conformidad con las reglas generales, debería poder repercutir la cantidad de la indemnización al FROB que ejerció una posición dominante en la misma para adoptar el acuerdo impugnado y perjudicial. Esta posibilidad, es diferente de la contenida en el artículo 71.2 y 3 de la Ley 11/2015, que prevé que los «accionistas, socios, obligacionistas, acreedores o cualesquiera otros terceros que consideren que sus

derechos e intereses legítimos se han visto lesionados por las decisiones adoptadas por el FROB, directamente o a través de las personas físicas o jurídicas que lo representen, en su condición de administrador podrán solicitar, de acuerdo con el artículo 241 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que se les indemnicen los daños y perjuicios sufridos».

Este último supuesto, que implica una reclamación al FROB por la asunción de las funciones del consejo de administración conforme al artículo 241 TRLSC, no se extiende a los perjuicios ocasionados a aquellos por las decisiones de la Junta General, pero en estos casos, debería poder impugnarse, en su caso, el acuerdo administrativo del FROB del que la actuación del mismo pudiera depender. Si ese acuerdo no derivase directamente de un previo acuerdo administrativo, no se podrá ejercer la acción social de responsabilidad respecto de las actuaciones realizadas por las autoridades de supervisión, las de resolución preventiva o las del FROB en el marco de un proceso de actuación temprana o de resolución de la entidad¹¹⁹³.

Cuando el perjuicio resulte de los acuerdos del FROB emitidos con el carácter de acto administrativo según la Ley 11/2015, situación que requiere previamente la estimación judicial de la impugnación de tales acuerdos, la derivación de responsabilidad patrimonial será la garantía última del perjudicado, si la reparación específica no fuese posible. Esta situación, no sólo es posible, sino probable, por la autotutela administrativa fortalecida que se les reconoce a las dos autoridades de resolución, la preventiva (Banco de España), y la ejecutiva (FROB). La cuestión es que los acuerdos del FROB son inmediatamente eficaces y ejecutivos de conformidad con el artículo 65.1 de la Ley 11/2015, sin que debamos considerar probable en la práctica, aunque sí posible, suspender su ejecución aplicando las reglas generales de los artículos 98.1, 108 y 117 de la Ley 39/2015. Estos últimos preceptos, en sede de procedimiento administrativo común, permiten que la suspensión del acuerdo se decida por el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a

¹¹⁹³ Así pues, la acción de responsabilidad civil en estos casos se ejercerá de conformidad con el Derecho privado contra la entidad, y no como acción de responsabilidad patrimonial contra el FROB. En este sentido, vid. LUCAS MARTIN, E.P. (2014), ob. cit. "Competencias mercantiles del FROB", pág. 211.

terceros. El recurso interpuesto en vía administrativa, sólo puede ser el potestativo de reposición, ya que estos acuerdos ponen fin a la vía administrativa, conforme al artículo 72.1 de la Ley 11/2015, por lo que resolverá la misma Comisión Rectora del FROB que emitió el acuerdo, siendo improbable que en el mismo acuerde suspender la ejecución.

La posición del FROB, en esta situación se ve reforzada por la regla contenida en el artículo 74 de la Ley 11/2015, que contempla que si se hubiera interpuesto el recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, competente en estos casos (artículo 72.1 de la Ley 11/2015), y la sentencia hubiera sido estimatoria de las pretensiones del particular, el supervisor y las autoridades de resolución competentes podrían alegar ante la autoridad judicial causas de imposibilidad material de ejecución de dicha sentencia. En estos casos, el Juez o Tribunal si aprecia la concurrencia de las causas alegadas¹¹⁹⁴, fijará la indemnización que deba satisfacerse. Por este motivo, la responsabilidad patrimonial que se recoge en este caso, es el último reducto de las garantías de los particulares frente a la actuación administrativa, que para tener alguna virtualidad dependerá de la valoración de los activos y pasivos de las entidades de crédito en el momento del acuerdo administrativo, y de conformidad con lo previsto en los artículos 5 de la Ley 11/2015 y concordantes del Real Decreto 1012/2015, que desarrolla dicha ley. Lo que nos remite a la problemática sobre la valoración de la empresa y sus elementos patrimoniales, en el sentido ya tratado en el epígrafe anterior.

4. LA COMPATIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL REGULADOR CON SU RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA *EX DELICTO*.

La declaración el 13 de febrero de 2017, como investigados¹¹⁹⁵, de los responsables del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores

¹¹⁹⁴ Las causas alegadas que determinan la imposibilidad material de ejecutar una sentencia, y que deberán ser valoradas por el Juez o Tribunal, se recogen en el artículo 74.2 de la Ley 11/2015, y son: a) El volumen especialmente significativo o la complejidad de las operaciones afectadas o que pudieran verse afectadas; b) La existencia de perjuicios que, de ejecutarse la sentencia en sus estrictos términos, se derivarían para la entidad y para la estabilidad del sistema financiero; c) La existencia de derechos o intereses legítimos de otros accionistas, socios, obligacionistas, acreedores o cualesquiera otros terceros, amparados por el ordenamiento jurídico.

¹¹⁹⁵ Las acusaciones particulares en el caso Bankia pretenden hacer extensiva la responsabilidad a los máximos responsables del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de aquel

(CNMV) con competencias en la evaluación de la solvencia de Bankia en el momento en que la entidad salió a bolsa en 2011, y posteriormente con la nueva OPA de 2012, operaciones con las que se ofrecieron a inversores minoristas participaciones preferentes, da relevancia a la posibilidad de que la responsabilidad de los supervisores en lugar de ser una responsabilidad patrimonial directa y objetiva¹¹⁹⁶, en el sentido que hemos estado comentando hasta aquí, y que encuentra su fundamento jurídico en las normas que se han estado tratando en los epígrafes anteriores, pueda llegar a ser una responsabilidad civil subsidiaria derivada de delito, por la vía del artículo 121 del Código Penal¹¹⁹⁷. Este precepto dispone que «El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de

momento, como «coautores' del mismo delito que se achaca al expresidente de Bankia, Rodrigo Rato, y a los antiguos exconsejeros, en tanto que el organismo "quiso dulcificar la realidad para evitar que aflorara la situación real" de la entidad, en realidad, se contempla la posibilidad de que concurran los delitos de estafa, apropiación indebida, falsificación de cuentas anuales y administración fraudulenta». De las notas de prensa siguientes: EFE "Las acusaciones del caso Bankia confían en que Fernández Ordóñez sea juzgado", de 17 de febrero de 2017, en *Invertia*; y HERNÁNDEZ J.A. (2012), "El juez cita como imputados a Rato, Olivas y Acebes por el 'caso Bankia'", EN El País (Economía), del 4 de julio de 2012. Ambas noticias consultadas el 18 de febrero de 2017, respectivamente en: <http://www.invertia.com/noticias/acusaciones-caso-bankia-confian-fernandez-ordonez-juzgado-3189766.htm>

Y, http://economia.elpais.com/economia/2012/07/04/actualidad/1341396043_061667.html

¹¹⁹⁶ Estas dos características se conciben como elementos diferenciales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones frente a la derivada de delito MARTÍNEZ NOVELLA S. (2002), "La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios", *Cuadernos de derecho local*, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, págs. 201 y 202.

¹¹⁹⁷ La distinción de ambos tipos de responsabilidad se ha realizado por el Tribunal Supremo en diversas sentencias y también se recoge en la jurisprudencia menor. A modo de ejemplo podemos mencionar las siguientes sentencias: Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo criminal, de 23 de octubre de 1984 (RJ 1984\5061) y STS de 17 de julio de 1992 (RJ 1992\6475); también la STSJ Madrid de 19 de julio de 2002 (RJCA 2003\559); las SSAN de 5 de febrero de 2010 (RJCA 2010\161), de 5 de febrero (RJCA 2010\49937) y 15 de febrero de 2010 (RJCA 2010\232). Vid. también, CÀMARA MAS R. (2011), "La responsabilidad civil subsidiaria ex delicto derivada del art. 121 del código penal y la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Breve aproximación jurisprudencial", en *Revista de Derecho UNED*, nº 9, Ed. UNED, pág. 65.

la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario».

Como se ha indicado, la derivación de responsabilidad patrimonial de los reguladores, en su configuración actual, no sigue el criterio de ser subjetiva de forma expresa, y a pesar de que su carácter objetivo, que se arrastra como consecuencia de ser esta la regla general de la institución, a la vista de la amplitud de matices que se han expuesto en los epígrafes anteriores, manifiesta la conveniencia de la adopción del cambio de criterio para configurarla claramente como responsabilidad subjetiva. Pero el tipo de responsabilidad civil subsidiaria que deriva de delito, sólo puede existir si existe delito, dado su carácter accesorio, y aunque es necesariamente vicarial y por hecho de otro, se debe calificar como cuasi-objetiva ya que implica que se responda por hecho de otro, aunque concurriendo cierto elemento subjetivo, en cuanto que no se ha cumplido con el deber de vigilancia de la actividad de aquel por quien se debe responder, y tiene diferente caracterización a la responsabilidad patrimonial que regulan los artículos 32 y ss de la Ley 40/2015, que se configura como responsabilidad autónoma e independiente de otras situaciones jurídicas. Precisamente en esta última sede, el artículo 37 se remite, en cuanto a la responsabilidad civil derivada de delito cometido por personal al servicio de las Administraciones Públicas, a la legislación correspondiente, esto es al Código Penal, si bien, su párrafo segundo declara la compatibilidad de ambas responsabilidades extracontractuales, cuando prescribe «La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial». De ahí que salvo en la cantidad coincidente de las indemnizaciones reconocidas en ambas vías, la reclamación de responsabilidad civil subsidiaria derivada de delito sea compatible con la reclamación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas¹¹⁹⁸. Esto es lógico, porque el resarcimiento por la vía del

¹¹⁹⁸ En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife nº 619/2008, de 30 de setiembre declara su compatibilidad, aunque niega la posibilidad de que se pueda abonar por ambas vías la indemnización. Vid. CÀMARA MAS R. (2011), ob. cit. “La responsabilidad civil subsidiaria ex delicto...”, pág. 63.

artículo 121 CP convertiría en recurso subsidiario la posible reclamación de responsabilidad patrimonial si la reparación no se hubiera obtenido como responsabilidad civil *ex delicto*, y en el caso de que se hubiera obtenido la reparación por esta vía, supondría la exclusión de aquella, al haber desaparecido el perjuicio que ya estaría resarcido.

La responsabilidad civil *ex delicto*, se distingue de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones que es directa y objetiva para estas, en que aquella es accesoria, subsidiaria y derivada respecto de la responsabilidad civil derivada de delito que incumbe al autor del delito¹¹⁹⁹. Su carácter accesorio de la acción penal no altera su naturaleza jurídica para la mayor parte de la doctrina civilista y penalista, como responsabilidad puramente civil, en el sentido de «obligación resarcitoria derivada de delito o de la ‘culpa o negligencia no punible’»¹²⁰⁰.

Dado su carácter subsidiario es necesario para que se decrete la responsabilidad civil subsidiaria del Estado o de cualquier Administración u organismo público, que el autor del delito, es decir, la autoridad, funcionario o agente de la Administración que actúa en el ejercicio de sus funciones, y que dentro de ese marco o con ocasión de las mismas comete un delito, que una vez condenado penalmente sea insolvente para afrontarla¹²⁰¹.

Para diferenciar ambos tipos de responsabilidad debemos partir de la idea de que la comisión de un delito por una autoridad o funcionario público¹²⁰², ha sido considerada por el Tribunal Supremo como un supuesto que «no puede ser nunca una

¹¹⁹⁹ Debe ser destacado que entre la doctrina penalista se mantiene la tesis de que la responsabilidad civil derivada de delito cabe incluso aunque exista absolucón del delito imputado, pero dentro de la sentencia del orden penal, como consecuencia de la acción civil acumulada, lo que realmente supondría reconocer el carácter autónomo de esta responsabilidad y no como accesorio del delito. Por este motivo, algunos no diferencian este tipo de responsabilidad de la responsabilidad civil extracontractual. Vid. SILVA SÁNCHEZ J.M. (2001), “¿“ex delicto”?, Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, págs. 3 y 4.

¹²⁰⁰ HORTAL IBARRA J.C. (2014), “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo resolver la cuadratura del círculo”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, pág. 10.

¹²⁰¹ CÀMARA MAS R. (2011), ob. cit. “La responsabilidad civil subsidiaria *ex delicto*...”, pág. 64.

¹²⁰² El Código Penal utiliza un concepto muy amplio de autoridad y de funcionario público, como resulta de su artículo 24: «1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».

lesión dimanante de la actividad pública del Estado» -STS (Sala Segunda) de 2 de abril de 2002-, de modo que la responsabilidad civil subsidiaria por un delito es siempre consecuencia de la actuación de un funcionario que no cumple sus funciones de acuerdo con la ley, y en consecuencia como responsabilidad civil vicarial implica que el responsable subsidiario no ha vulnerado las normas que prohíben el acto lesivo, sino las que se refieren a la elección del personal, como *culpa in eligendo*, y las que se relacionan con la vigilancia del mismo, como *culpa in vigilando*¹²⁰³. Este tipo de responsabilidad es cuasi-objetiva, porque participa de su carácter parcialmente objetivo en el hecho de que se responde por actos de otro, pero en el fondo, se contempla el elemento subjetivo, en cuanto que es una responsabilidad con cierto grado de culpa, al menos, concretada en negligencia.

El carácter cuasi-objetivo implica que, de entrada, se va a atribuir esta responsabilidad de forma automática, pero con la posibilidad de desvirtuar la imputación de esa culpa *in eligendo* o *in vigilando*, con elementos probatorios suficientes encaminados a acreditar que el órgano puso todos los medios a su alcance para evitar el perjuicio, haciendo una buena selección de su personal, exigiendo ciertos requisitos de profesionalidad u honorabilidad, y que había establecido los procedimientos internos y protocolos de actuación que requerían que el agente, autoridad o funcionario debiese actuar de otro modo¹²⁰⁴.

En realidad, supone la inversión de la carga de la prueba, ya que desde la perspectiva causal, la imputación objetiva del daño al comportamiento negligente del agente, tiene relación con la existencia de un riesgo superior al normal que debe conllevar un mayor esfuerzo de previsión que requiere que aquel que responde por otro, en este caso el organismo público, debe adoptar las medidas necesarias, de tal manera que no hacerlo permite atribuirle el resultado producido, y tener por existente el nexo causal tanto desde el punto de vista físico como desde el jurídico. La

¹²⁰³ JAÉN VALLEJO M. (2002), "Responsabilidad civil subsidiaria del estado (art. 121 CP): Nota sobre el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 4, pág. 2.

¹²⁰⁴ Resultaría aplicable la misma regla que recoge el artículo 1903 CC *in fine*, y que hace referencia a los casos que el mismo precepto trata, y que son casos de responsabilidad civil subsidiaria, considerada como obligación exigible «no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder». Conforme al referido precepto: «La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

imputación objetiva de la responsabilidad civil se considera por el Tribunal Supremo como una cuestión jurídica, en que se valora la posibilidad de imputar al responsable civil el daño causado, apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias¹²⁰⁵.

La prueba para desvirtuar esa posible responsabilidad civil subsidiaria debe ir dirigida a demostrar que se puso la diligencia debida, porque sólo esto rompería el nexo causal entre el acto lesivo y la responsabilidad del responsable civil subsidiario. Ante esta posibilidad, vuelve a ser aplicada la doctrina del riesgo, como presunción de culpa iuris tantum, porque a mayor riesgo mayores deben ser las obligaciones de cuidado de quien asume la posición de garante. En este sentido el Tribunal Supremo se ha referido tanto a la causalidad física que se desarrolla en el plano fenomenológico, como a la causalidad jurídica que se refiere al plano jurídico.

Desde el punto de vista procesal, se pueden plantear de forma sucesiva o simultánea¹²⁰⁶, pero debemos entender que, dado que se excluyen en la cantidad coincidente, si resultaran reconocidas las dos, se abonaría preferentemente la responsabilidad civil *ex delicto*, a la responsabilidad patrimonial, no sólo por el carácter preferente de la vía penal frente a la contencioso-administrativa, sino porque en este caso, la acción de regreso para recuperar lo abonado por el responsable principal es una acción directa para el Estado o Administración de que se trate, por aplicación del artículo 1904 del Código Civil¹²⁰⁷, mientras que en el caso de la responsabilidad patrimonial, aunque también se puede recuperar lo abonado en lugar del funcionario, autoridad o agente del que derive el hecho lesivo por la vía del artículo 36 Ley 40/2015, en este caso, la Administración que respondió por la vía de la responsabilidad patrimonial, debe tramitar el procedimiento que recoge ese precepto, y es necesario que recaiga en el mismo una resolución declaratoria de tal responsabilidad.

¹²⁰⁵ Así el TS (Sala Primera) en SSTs 30 de abril de 1998, 2 de marzo de 2001, 29 de abril y 22 de julio de 2003, 17 de abril de 2007, RC n.º 1007/2007 y 21 de abril de 2008, RC n.º 442/2001, entre otras.

¹²⁰⁶ En este sentido, el auto n.º 58/2000, de 6 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (ARP 2000\3344), en su Fundamento Jurídico Octavo.

¹²⁰⁷ En este caso resultaría aplicable el primer párrafo del artículo 1904 CC, que dispone: «El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho».

5. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR INOBSERVANCIA DEL DERECHO EUROPEO.

La responsabilidad patrimonial en relación con la regulación financiera puede también ser consecuencia del incumplimiento del Derecho de la UE en esta materia, dónde tras la reforma, se sientan las bases de la actividad pública de supervisión.

La configuración de este supuesto es general, en cuanto que sigue las reglas que para tal caso se establecen por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea en cualquier sector, entendiendo como incumplimiento no su inaplicación directa, cuando se trata de normas europeas con efecto directo¹²⁰⁸, pues estaríamos en estos casos ante alguno de los supuestos comentados en cualquiera de los epígrafes anteriores (derivando responsabilidad del regulador por omisión o por actuación positiva, del propio órgano directa o subsidiariamente), sino de supuestos en los que el responsable del incumplimiento es el Estado Legislador, pues se trata de la obligación de reparar los perjuicios causados a los ciudadanos por no incorporar debidamente el Derecho de la Unión Europea que no tenga efecto directo.

Originariamente, este es un supuesto de responsabilidad que se ha ido configurando de forma jurisprudencial por el TJUE¹²⁰⁹, formando así, un principio general del propio Derecho comunitario que obliga al Estado a reparar los perjuicios ocasionados por un incumplimiento en su función legislativa. Su desarrollo en el propio Derecho europeo se considera una consecuencia del proceso de integración de

¹²⁰⁸ De entrada, el propio Ordenamiento europeo cuenta con ciertas garantías de la eficacia de sus normas, como son los principios de primacía, aplicabilidad y eficacia directa. Vid. FUENTETAJA PASTOR J. (2017), "Invalidez y revisión de los actos administrativos contrarios al derecho europeo", ponencia presentada en el XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017, sobre "El alcance de la invalidez de la actuación administrativa", pág. 14. Consultado el 15 de febrero de 2017 en <http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-1603-Actividades-Congresos-de-la-AEPDA-XII-CONGRESO-DE-LA-AEPDA.aspx>

¹²⁰⁹ Se han considerado hitos en relación con su configuración jurisprudencial las STJUE de 19 de noviembre de 1991 (Francovich, asuntos acumulados C-6 y 9/90), y la STJUE de 5 de marzo de 2006 (Brasserie du Pêcheur y Factortame, asuntos acumulados C-46 y 48/93), que configuran sus elementos: 1) su origen se encuentra directamente en el propio Derecho europeo; 2) requiere una lesión a un derecho otorgado por el Derecho comunitario a un particular; c) debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento y la producción del daño; y, d) la infracción del Derecho europeo debe estar suficientemente caracterizada, lo que ha sido interpretado como "la exigencia de un incumplimiento grave y manifiesto de la normativa comunitaria para que surja la obligación de indemnizar a cargo del Estado". Vid. GRÁVALOS OLIVELLA J. (2010), "La responsabilidad patrimonial del Estado como vía de recuperación de ingresos tributarios indebidos", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* / 26-2010, pág. 66.

los Estados miembros, y se ha construido sobre la base de los elementos de responsabilidad extracontractual de las Instituciones europeas¹²¹⁰.

En el Ordenamiento español, se regula este caso en la Ley 40/2015 –artículo 32.3.b) y 32.5-, de modo que lo previsto en el mismo debe ser interpretado teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE. En nuestro Derecho interno, para su reconocimiento se necesitan tres requisitos¹²¹¹: a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares¹²¹²; b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado¹²¹³; c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares¹²¹⁴. Es además necesario que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño,

¹²¹⁰ AEDO BARRENA E.C., (2008), “Responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario: contexto normativo y construcción jurisprudencial”, *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 2, 2008, pág. 17.

¹²¹¹ Los tres requisitos, ya se exigían por la jurisprudencia antes de la reforma introducida por la Ley 40/2015. En este sentido, las STS de 2 de octubre de 2012, 20 de noviembre de 2013 y 4 de febrero de 2014.

¹²¹² La existencia de un derecho subjetivo en el perjudicado, supone que en su esfera jurídica existe un derecho que le legitima para poder reclamar directamente su cumplimiento ante los Tribunales, y también extrajudicialmente, según se configura sobre la teoría de Ihering, y la revisión crítica hecha en el Derecho español por Federico De Castro. En este sentido, MONTORO BALLESTEROS M.A. y FERNÁNDEZ-CARVAJAL R., (1983), *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, Ed. Universidad de Murcia, pág. 86; y también DIEZ PICAZO L. y GULLÓN A. (1992), *Sistema de Derecho Civil, Vol. I*, Ed. Tecnos (Madrid), págs. 417 y 422. Es nota común en los ordenamientos jurídicos de otros Estados también la mayor dificultad para obtener el resarcimiento por vulneración de lo que no sean derechos subjetivos, sino intereses legítimos. En este sentido, GARDINI G. (2002), “La crisis de la diferencia entre derechos subjetivos e intereses legítimos en Italia”, en *Revista Derecho del Estado*, nº 13, pág. 20.

¹²¹³ La caracterización del incumplimiento es un requisito configurado por el TJUE. En este sentido, podemos referirnos a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 19 de abril de 2012, dictada en el Asunto C-221/10 P, caso Artogodan GmbH contra Comisión Europea y República Federal de Alemania, en el Recurso de casación - Artículo 288 CE, párrafo segundo -, en la que se declara ser requisito para derivar responsabilidad de las Instituciones europeas, la existencia de una norma que previamente defina las obligaciones que hayan sido incumplidas por las Instituciones o Administración de que se trate. En el caso indicado, se desestima la reclamación por falta de este requisito configurado sobre la base de jurisprudencia anterior del propio TJUE en sentencias de 4 de julio de 2000, Bergadern y Goupil/Comisión, C-352/98 P, Rec. p. I-5291, apartados 41 y 42; de 19 de abril de 2007, Holcim (Deutschland)/Comisión, C-282/05 P, Rec. p. I-2941, apartado 47, así como de 9 de septiembre de 2008, FIAMM y otros/Consejo y Comisión, C-120/06 P y C-121/06 P, Rec. p. I-6513, apartados 172 y 173.

¹²¹⁴ La relación de causalidad debe ser idéntica a los demás casos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones, y respecto a este elemento, la jurisprudencia del TJUE en el caso Manfredi y otros, resuelto en la Sentencia TJUE (Sala Tercera) de 13 de julio de 2006, en los asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, en su nº 64, declaró que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular la «relación de causalidad», siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.

siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada.

Estos dos últimos elementos más que requisitos son presupuestos procesales para poder efectuar la reclamación, y en cierto modo, configuran la responsabilidad del Estado Legislador como una institución subsidiaria a la que recurrir cuando se han puesto todos los medios para que la norma sea aplicada, sin que se haya logrado. La exigencia de que se haya alegado la infracción del Derecho europeo, es una manifestación del principio de tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y del principio de efectividad del Derecho europeo, que supone, en primera instancia, que cada Estado miembro tiene sus propios medios para garantizar el cumplimiento de las normas, y debe interpretarse en concordancia con el artículo 4.3 TFUE¹²¹⁵, y con el artículo 24 CE en el caso del Derecho español, y conlleva que, en principio, queda garantizada la eficacia del Derecho europeo en relación con su aplicación, pues obliga a los Jueces a asegurar que la norma europea despliega plenamente sus efectos¹²¹⁶. De hecho, se considera que este tipo de responsabilidad es un elemento garantizador de la efectividad del Derecho europeo, más que una consecuencia necesaria de la ineficacia del Derecho interno que sea contrario al europeo¹²¹⁷.

Se concibió inicialmente como un recurso subsidiario a la reparación obtenida por otra vía en el Derecho español, hasta la Sentencia del TJUE de 26 de enero de

¹²¹⁵ Del mismo modo, el TJUE en el caso Manfredi y otros, antes referidos, en su nº 62, consideró que corresponde a cada Estado miembro “la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el efecto directo del Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véase la sentencia de 10 de julio de 1997, Palmisani, C-261/95, Rec. p. I-4025, apartado 27, y Courage y Crehan, antes citada, apartado 29”.

¹²¹⁶ FUENTETAJA PASTOR J. (2017), ob. cit., “Invalides y revisión de los actos administrativos...”, pág. 34.

¹²¹⁷ Se ha puesto de relieve que la responsabilidad derivada del incumplimiento del Derecho europeo procede con independencia de que sea posible declarar la nulidad del acto administrativo causante de los perjuicios que fuese contrario al Derecho europeo, pues hay casos en los que no puede obtenerse la nulidad de pleno derecho sino la ineficacia vía anulabilidad. En este sentido, vid. MIGUEZ MACHO L. (2017), “Validez y eficacia de los actos administrativos que aplican Leyes contrarias al derecho de la unión europea: reflexiones En torno a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2012”, comunicación presentada en el *XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017, sobre “El alcance de la invalidez de la actuación administrativa”*, págs. 9 y 10. Consultado el 15 de febrero de 2017 en <http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-1603-Actividades-Congresos-de-la-AEPDA-XII-CONGRESO-DE-LA-AEPDA.aspx>

2010, que consideró que no debe ser subsidiario, para no aplicarse de forma diferente a los casos en que la responsabilidad del Estado Legislador derive del incumplimiento del Derecho constitucional de cada Estado miembro¹²¹⁸.

También desde esta STJUE, se matiza la exigencia de que el particular se hubiera opuesto a la aplicación de la norma, que antes se concebía como requisito para derivar responsabilidad al Estado Legislador, y que ahora, en el Derecho español, se ha sustituido por el presupuesto de que el particular haya alegado tal infracción del Derecho europeo.

Este mismo requisito se exige cuando se trata de obtener responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho constitucional interno, tras la reforma introducida por la Ley 40/2015 –en su artículo 32.4 y 32.5-, que exige el mismo presupuesto en ambos casos, superando así la problemática suscitada en el caso tratado por la STJUE de 26 de enero de 2010, en la que se declaró en relación con la regulación anterior y su desarrollo jurisprudencial, que al no requerirse este presupuesto cuando se exigía responsabilidad al Estado Legislador en los casos en que lo incumplido era el Derecho Constitucional interno, se vulneraba con tal diferencia el principio comunitario de equivalencia, con arreglo al cual los procedimientos nacionales para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la infracción del Derecho de la UE, no deben de imponer exigencias más rigurosas que las aplicables a los casos en que se trate de reclamar responsabilidad por infracción de las normas internas¹²¹⁹.

Esta afirmación es consecuencia de que, en realidad, la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por infracción del Derecho europeo pretende también garantizar la uniformidad en la aplicación del mismo en todos los Estados miembros. Por este motivo, se ha considerado que la configuración interna de este

¹²¹⁸ TEJERA HERNÁNDEZ E.V. y HERRERA MOLINA P.M. (2014), “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* nº 141, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, págs. 1153 y 1155.

¹²¹⁹ De este modo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ajustó a este criterio en las STS (la Sección Sexta de la Sala Tercera) nº 4974/2010, 4975/2010, y 4976/2010, de 17 de septiembre, dejando de exigir que para que pudiera hacerse efectiva la reclamación por responsabilidad del Estado Legislador al vulnerar una norma de la UE se exigiera que el particular no hubiese consentido el acto de aplicación de la norma contraria al Derecho de la UE.

tipo de responsabilidad, no sólo tiene su base en la configuración que ha efectuado el propio TJUE, sino que debe ser idéntica¹²²⁰.

De este modo, dado que la regulación financiera tiene dos vertientes, una más general que pretende garantizar la solvencia de las entidades por su importancia sistémica, y otra que se centra en la ordenación de las relaciones entre los operadores del mercado de crédito y los depositantes-inversores-consumidores de productos financieros, será en esta segunda faceta en la que se podrá desencadenar la responsabilidad del Estado Legislador.

A este efecto, merece especial atención la incorporación al Derecho interno de la Directiva MiFID II (Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE), que se debe comenzar a aplicar el 3 de enero de 2018. Esta Directiva se caracteriza por reforzar la protección del inversor imponiendo limitaciones y obligaciones a los operadores financieros y a favor de los inversores, de modo que la falta de trasposición o de trasposición defectuosa sí puede generar importantes consecuencias en el ámbito que estamos tratando.

En relación con ello, se deben destacar que tal norma impone a las entidades las obligaciones de efectuar un asesoramiento independiente que elimina el cobro de incentivos por terceros a cargo del inversor, la de informar conforme a la norma de si el asesoramiento se basa en un análisis global o restringido del mercado, información sobre si el asesoramiento proporciona una evaluación continuada o no de la idoneidad de los instrumentos financieros recomendados, advertencias sobre riesgos y destinatarios naturales del instrumento (minoristas o profesionales), e información sobre los costes y gastos asociados¹²²¹.

¹²²⁰ En este sentido, la STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 02 de octubre de 2012, dictada en el recurso de casación número 508/2011, en su Fundamento de Derecho Octavo, declara que “los requisitos para que exista la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por la violación del Derecho comunitario no deben, a falta de justificación específica, diferir de los que rigen la responsabilidad de la Comunidad en circunstancias comparables. En efecto, la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño”.

¹²²¹ FUENTES NAHARRO M. (2016), “MIFID II: hacia el reforzamiento de la protección del inversor”, en ALINSO LEDESMA C. (Dir.), *Hacia un sistema financiero de nuevo cuño: reformas pendientes y andantes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 950 a 955.

Ejemplo paradigmático y actual para evitar, en la medida de lo posible, este tipo de responsabilidad es el relativo a la regulación de las medidas urgentes para la protección de consumidores y usuarios a través de regulación de urgencia en enero de 2017, como consecuencia de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que al resolver los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C- 308/15, en relación con las “cláusulas suelo” , declaró que la línea jurisprudencial española que limitaba en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula¹²²², contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional (contrato de préstamo hipotecario entre consumidor y entidad bancaria, en este caso), era contraria al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

También el artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE permite determinar el carácter abusivo de una cláusula cuando ésta no es suficientemente transparente. Aunque estos puntos de la Directiva se encuentran incorporados al Derecho español en los artículos 82 y ss del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCyU), estos regulan la situación de forma genérica en los contratos celebrados con consumidores y usuarios, no específica para la contratación de productos bancarios.

Conviene aclarar que es la interpretación del Tribunal Supremo la que el TJUE considera no ajustada al Derecho europeo, no la regulación nacional, y que con la STJUE de 21 de diciembre de 2016 se declara esta situación, de modo que, al ser la jurisprudencia europea, fuente de Derecho, y en principio deber ser acatada por los jueces y tribunales de todos los Estados miembros, queda claro que la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo se separa del Derecho europeo desde su fecha¹²²³, y podría dar lugar a otro tipo de responsabilidad patrimonial que es la que

¹²²² Fundamentalmente, la línea jurisprudencial creada a raíz de las SSTs (Sala Primera) nº 241/2013, de 9 de mayo, y de la nº 139/2015, de 25 de marzo, que estableció la doctrina de que, cuando en aplicación de la solución iniciada con la sentencia de 9 de mayo de 2013 se declarase abusiva una cláusula suelo, la devolución al prestatario se efectuaría a partir de la fecha de publicación de dicha sentencia de 2013, sin tener efectos retroactivos.

¹²²³ Así resulta claramente expuesto en el Preámbulo, nº I y II del El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

deriva de la actividad de la Administración de Justicia, cuya configuración es diferente a la que aquí estamos tratando.

El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, lo que pretende es resolver la situación para evitar equívocos al respecto, y ajustar el Derecho interno con normativa específica al Derecho europeo representado en este caso por la STJUE de 21 de diciembre de 2016. Esta situación, sin embargo, permite abrir otros debates sobre los casos de responsabilidad patrimonial del Estado en sus vertientes no ejecutivas, pues hace referencia a los otros dos poderes (legislativo y judicial), y también en relación a los casos en que lo que falla es la aplicación del Derecho europeo y no su incorporación al Derecho interno, esto es, su adecuación a lo que podríamos considerar el “principio de interpretación conforme” del Derecho europeo¹²²⁴, y que, como tal, puede afectar igual que a los poderes judicial y legislativo, también al ejecutivo, esto es la Administración.

6. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA TRANSPARENCIA COMO INDICADORES DE BUENA ADMINISTRACIÓN. EL CAMINO QUE QUEDA POR RECORRER.

Como resulta de todo lo expuesto en los epígrafes anteriores, las dificultades para controlar la actividad administrativa cuando existe un amplio margen de discrecionalidad técnica, impide eliminar por completo las zonas de inmunidad de poder que parecen no poderse evitar. Un poder inmune es tremendamente peligroso porque hace quebrar todos los principios sobre los que se sustenta la actuación administrativa, principios que son la garantía de la esfera de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

¹²²⁴ GÓMEZ JIMÉNEZ, M.L. (2017), “Del curioso caso de las cláusulas suelo, y el principio de interpretación conforme, a tenor de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016”, comunicación presentada en el *XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017, sobre “El alcance de la invalidez de la actuación administrativa”*, pág. 12. Consultado el 15 de febrero de 2017 en <http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-1603-Actividades-Congresos-de-la-AEPDA-XII-CONGRESO-DE-LA-AEPDA.aspx>

Tal discrecionalidad es inevitable en algunos sectores, como ocurre en el de la regulación financiera, donde hay tantos factores que dependen de cuestiones económicas y dónde las decisiones de los reguladores deben ser adoptadas con rapidez para evitar males mayores. Partiendo de estas premisas, la evolución del Derecho administrativo debe buscar la forma de eliminar o reducir, al menos, esas zonas inmunes de los poderes públicos, como vía para la consecución de la “buena administración”.

En el Derecho europeo se recoge el Derecho a la buena administración como un Derecho Fundamental en la Carta europea de derechos fundamentales, que queda elevada a rango de tratado por el Tratado de Lisboa¹²²⁵. En los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros se recoge, generalmente, como principio inspirador¹²²⁶.

El derecho a la buena administración se declara en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), y en su contenido, tal y como el mismo precepto perfila en sus números 2 y 3, se integran elementos que, en lo referente a la regulación bancaria, y de conformidad con lo expuesto a lo largo de este trabajo, deberían ser mejorados, así debe incluir: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones, y derecho a la reparación por los daños causados por sus instituciones o

¹²²⁵ MEILÁN GIL J.L. (2013), “La buena Administración como institución jurídica”, en *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, nº 87, 2013, pág. 14. La incorporación al Tratado de Lisboa es para algunos autores mucho más, pues pasa de ser considerado un «mero principio programador o inspirador de las actuaciones de los Gobiernos y Administraciones públicas», para ser considerado un derecho propiamente dicho, con sustantividad propia. Vid. GUILLEM CARRAU J. (2011), “La buena administración en la UE tras el Tratado de Lisboa: ¿más por menos?”, en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, nº 25, pág. 86.

¹²²⁶ Como principio inspirador no puede ser identificado plenamente como un Derecho subjetivo en sí mismo, pero es cierto que incluye una serie de Derechos ya reconocidos anteriormente, de carácter procedimental, que eran reconocidos y perfilados por la jurisprudencia de los Tribunales europeos (como el derecho de audiencia) o, incluso, por los Tratados constitutivos, y también eran acogidos por las legislaciones nacionales de los Estados miembros. FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2014), “Del “derecho a la buena administración” al derecho de la Administración europea”, *Cuadernos europeos de Deusto*, nº 51 (*Ejemplar dedicado a: Buena administración en la Unión Europea*), pág. 23.

sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

Estos elementos cuando nos referimos a la regulación bancaria, y especialmente al procedimiento de resolución bancaria, no están bien integrados en el mismo, pues no existe un trámite de audiencia de la entidad de crédito ni de los inversores, ni se contempla un trámite de información pública de los depositantes o acreedores, que sería lo adecuado, como equivalente al trámite de audiencia a la vista del gran número de interesados pueden concurrir con este carácter y su indeterminación inicial, antes de ser acordado un acto administrativo que pueda afectarles en su esfera privada de derechos e intereses legítimos.

Las manifestaciones de la buena administración pueden también complementar los defectos de la regulación actual y así se aprecia su impacto como favorable en varios aspectos. De entrada, como ya se ha indicado anteriormente, con la interpretación actual del derecho a la tutela judicial efectiva, se restringe en algunos casos la defensa de los interesados en los procedimientos de resolución bancaria, y esa limitación se puede superar supliendo los defectos de legitimación activa, con la actual interpretación del derecho de acceso que se deduce del artículo 105.b) de la Constitución, que es una de las manifestaciones o vertientes de la transparencia administrativa, y tiene una eficacia subjetiva más amplia que el derecho a la tutela judicial efectiva¹²²⁷.

Por su parte, el acceso al contenido de lo actuado en el procedimiento administrativo, ya sea de este modo, o mediante la regulación expresa de los trámites de audiencia y de información pública que antes mencionábamos, son manifestaciones de la publicidad de la actuación administrativa, y la publicidad es el mejor remedio para evitar actuaciones “opacas” de las Administraciones públicas, de ahí que se haya destacado que estos dos elementos se necesitan mutuamente¹²²⁸, y podamos concluir

¹²²⁷ BLASCO DÍAZ, J.L. (2010), “El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa”, en GARCÍA MACHO R. (Ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Ed. Marcial Pons, Madrid, pág. 130, 143 y 144.

¹²²⁸ GARCÍA MACHO R. (2010), “El derecho a la información, la publicidad y la transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el público”, en GARCÍA MACHO R. (Ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Ed. Marcial Pons, Madrid, pág. 31.

que entre ellos existen sinergias que van a permitir preservar las condiciones del Estado de Derecho, pues tienden a reforzar los valores democráticos.

La motivación de los actos, por su parte, ya se ha indicado que en lo referente al procedimiento de resolución bancaria y también en los casos de intervención de entidades en aplicación de la LOSSEC, puede ser bastante imprecisa e insuficiente desde un punto de vista garantista, ante la amplitud de la discrecionalidad para estimar la concurrencia de los presupuestos de la actuación administrativa. Y finalmente, el derecho a la reparación por los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones (de la UE, o de los Estados miembros en cada uno de sus territorios), encuentra serios obstáculos con su configuración actual para poder ser una garantía realmente concurrente.

La buena administración es un concepto más amplio que el que resulta del artículo 41 CEDH, pues se ha indicado que el mismo se refiere únicamente al procedimiento administrativo¹²²⁹, y en realidad debe formar parte de la esencia de la propia Administración en todas sus dimensiones. Su concepto, en unos términos más amplios requiere que se tenga en cuenta tanto su conceptualización negativa, identificada con lo que se conoce como “mala administración”, como motivo de reclamación ante el Defensor del Pueblo, y en su conceptualización positiva, como construcción asentada sobre un conjunto de principios de diferente orden, que se pueden agrupar en dos bloques: 1. Principios de orden sustantivo (principio de legalidad, principio de igualdad de trato, principio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en relación con la posibilidad de evitar el abuso de poder, de asegurar la objetividad y la imparcialidad, y principio de seguridad jurídica); 2. Principios de orden procesal (como el derecho de los ciudadanos a ser entendidos y a entender las actuaciones administrativas en su propio idioma, en relación con el principio de audiencia, de contradicción, y del derecho de defensa o de tutela judicial efectiva¹²³⁰).

¹²²⁹ MANCILLA I MUNTADA F. (2014), *La recepció a Catalunya del dret a una bona administració. La governança i el bon govern*, Col·lecció Institut d'Estudis Autònomic n° 89, Ed. Institut d'Estudis Autònomic (Generalitat de Catalunya), pág. 82.

¹²³⁰ La conceptualización del derecho a la buena administración, en sentido negativo y positivo, está ampliamente tratado por TOMÁS MALLÉN S. (2004), *El derecho fundamental a una buena*

Aunque la buena administración debe extenderse a todos estos elementos, es en el aspecto procedimental, cuando hablamos de las actuaciones de regulación financiera, especialmente bancaria, donde más se nota su ausencia en el sistema actual. El aspecto procedimental es esencial, como garantía de transparencia administrativa¹²³¹, y por este motivo debería ser reconsiderado desde esta óptica, incorporando algunas de las mejoras que hemos ido proponiendo a lo largo de este trabajo, pues un procedimiento bien construido es garantizador de la transparencia del actuar administrativo.

La transparencia administrativa es, a su vez, un elemento imprescindible para que las decisiones de los órganos de la Administración, aunque se trate de un regulador independiente, no caigan en la arbitrariedad. La dificultad que encontramos en introducir herramientas que tiendan a la consecución de esa mayor transparencia en el ámbito de la regulación financiera radica en el hecho de que las decisiones administrativas deben ser adoptadas con rapidez en la mayoría de casos, y son de alto contenido técnico, lo que complica la posibilidad de que se dé cabida al conjunto de la sociedad en la toma de decisiones públicas que hacen referencia a esta materia. Sin embargo, esto no debe suponer un abandono del objetivo del Derecho administrativo, cuya evolución debe seguir buscando la mejora de las instituciones y el reforzamiento de las garantías del ciudadano.

De cara al futuro, algunos aspectos pueden ser mejorados en este sentido, de hecho, ya se ha apuntado anteriormente que existen defectos graves en relación con el ejercicio del poder de resolución que permite la intervención y liquidación de entidades de crédito, y cuya superación requiere, sobre todo, la mejora del procedimiento administrativo regulador de los procedimientos de resolución bancaria.

En el ámbito en que el poder legislativo y la acción normativa de la Administración ya no puedan concretar el actuar de la Administración, y nos

administración, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, págs. 68 y ss, especialmente, vid. pág. 76.

¹²³¹ También se ha destacado en otros ámbitos, concretamente en relación con la contratación pública, como la mejora de la transparencia administrativa se puede lograr a través de la mejora del procedimiento administrativo. Vid. OLLER RUBERT M. (2010), "El procedimiento de contratación pública como garantía de la transparencia", en GARCÍA MACHO R. (Ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Ed. Marcial Pons, Madrid, págs. 258 y 279 a 282.

encontremos en uno de esos reductos dónde la discrecionalidad administrativa debe desplegar sus efectos, cobra especial importancia la mejora de la institución de la responsabilidad patrimonial, de hecho, se le ha considerado el reverso de la legalidad¹²³². De este modo, esta última institución se convierte para el ciudadano en la última garantía de su posición jurídica frente a la Administración, para evitar que las actuaciones de la misma sean realmente inmunes.

Como hemos visto, la responsabilidad patrimonial, en los casos en los que no se pueden evitar los perjuicios para los particulares que deben sacrificar sus derechos privados para favorecer los intereses generales, es el último reducto de su garantía frente a la actividad administrativa. Sin embargo, para que pueda cumplir la función que tiene en el Estado de Derecho y que es servir de garantía patrimonial de última instancia frente a las injerencias del poder en las esferas privadas, y refiriéndonos particularmente al ámbito de la regulación bancaria, se debe de reelaborar la construcción a la luz de la reforma, de lo que supone, de la finalidad de las normas implementadas en los últimos años, para concretar, a través de la definición de los conceptos jurídicos indeterminados que hemos ido comentando en los capítulos anteriores, cuando la actuación de la Administración se ha convertido en arbitraria o negligente, por separarse de los criterios que objetivamente se han introducido en la normativa de la regulación bancaria, a través de la técnica de los límites predeterminados, que no deja de ser sin embargo, una manifestación del imperio de la ley.

Positivizar elementos como la diligencia debida al resolver, los mínimos de motivación exigibles en las resoluciones administrativas que se emitan por el regulador, etc., puede servir para concretar los límites de la responsabilidad administrativa, por determinar normativamente que al incumplirlos la Administración incurre en cierta culpa o negligencia, y ello sólo puede servir para acercarnos al concepto de buena administración¹²³³, porque conjugada con las mejoras del

¹²³² MONTT OYARZÚN S. (2011), "Autonomía y responsabilidad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del Derecho administrativo y sus principios fundamentales", en DE LA CUÉTARA, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, y VILLAR ROJAS (Coords.), *Derecho Administrativo y regulación económica, Liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, Ed. La Ley, Madrid, pág. 61.

¹²³³ La concreción de la diligencia debida y de la motivación exigible se conciben como herramientas contra las actuaciones no transparente. Vid. PONCE SOLÉ J. (2016), "La discrecionalidad no puede ser

procedimiento administrativo de resolución e intervención de entidades de crédito antes sugeridas, infunde transparencia en la actividad de regulación bancaria.

Es imprescindible, por tanto, que la institución de la responsabilidad patrimonial sea mejorada y adaptada a las situaciones jurídicas que se pueden dar en la realidad extrajurídica, porque esto es un presupuesto para que la buena administración que pretendemos no sea un espejismo en este ámbito, mediante la eliminación de las inmunidades de poder que parecen existir en él.

Así, la jurisprudencia italiana donde sí se ha reconocido la responsabilidad patrimonial de los reguladores por defectos de supervisión, se construye sobre la relación de tal responsabilidad con la buena administración porque recoge el criterio de que las actividades de la Administración pública, incluso en el campo de la pura discrecionalidad, se deben ajustar a la ley, pero no sólo, al precepto concreto, sino también a los principios de legalidad, imparcialidad y buena administración prevista en el artículo 97 de su Constitución¹²³⁴. De este modo, se vincula la responsabilidad del regulador con una interpretación espiritualizada de la legalidad, vinculándola a la buena administración, con el resultado de considerar que las funciones de los reguladores no pueden ser meramente formales porque hay que atender no sólo al contenido literal que define sus competencias sino a la finalidad que se persigue con tal habilitación administrativa. A pesar de que en Italia la responsabilidad patrimonial no es objetiva, sino que el régimen de responsabilidad se rige por las reglas generales del artículo 2043 de su Código Civil que basan la responsabilidad extracontractual en la culpa, ha sido posible llegar a imponer responsabilidad patrimonial a los reguladores (a la Consob en realidad)¹²³⁵, lo que nos hace pensar que un sistema de responsabilidad

arbitrariedad y debe ser buena administración”, en *Revista española de derecho administrativo*, nº 175, págs. 57 a 84.

¹²³⁴ CILLA C. (2011), ob. cit. “Condannata la consob a risarcire il danno...”, pág. 4.

¹²³⁵ Así en Sentencia civ., sez. III, 23 marzo 2011, n. 6681 de la Corte di Cassazione, se declara: “la Consob è tenuta a subire le conseguenze stabilite dall’articolo 2043 del codice civile atteso che tali principi di garanzia si pongono come limiti esterni alla sua attività discrezionale, ancorché il sindacato di questa rimanga precluso al giudice ordinario. L’illecito civile, per la sua struttura, segue le comuni regole del codice civile anche per quanto concerne la cosiddetta imputabilità soggettiva, la causalità, l’evento di danno e la sua quantificazione”. También, en este sentido la Sentencia de la Corte di Cassazione Civ., de 9 de marzo, 2007, nº. 5396. El sistema de responsabilidad aplicado a la Consob es aquiliana según la doctrina mayoritaria a la vista de la evolución jurisprudencial, aunque no es una cuestión totalmente pacífica. Vid. RULLI E. (2013). La responsabilità civile della Consob per omesso o carente esercizio dei poteri di vigilanza, en *Banca Borsa e Titoli di Credito, fascicolo 1*, Vol. LXIV, Ed. Giuffrè (Milano), pág. 12.

patrimonial basado en la culpa, a pesar de parecer menos garantista para el ciudadano, no lo es según como se enfoque el propio régimen jurídico de los reguladores, y de lo que se trata es de configurar este como un régimen jurídico que sirva con eficacia a la finalidad que tienen encomendada.

CONCLUSIONES FINALES

A lo largo de este trabajo se han ido poniendo de manifiesto los problemas específicos que se observan en cada uno de los puntos tratados en cada capítulo de cuantos anteceden a este epígrafe, y se han intentado ofrecer algunas soluciones para resolverlos. Sobre la cuestión que hemos considerado objeto esencial de esta investigación, que es cómo conseguir que la regulación financiera y especialmente la bancaria, sea eficiente y dispense una auténtica protección a los inversores al tiempo que garantiza la estabilidad sistémica, a través de la adecuada configuración de la institución de la responsabilidad patrimonial de los reguladores financieros, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

PRIMERA

La actividad pública de supervisión financiera se justifica en la finalidad de garantizar la estabilidad sistémica y los derechos de los inversores que operan en cualquiera de los tres mercados: el del crédito, el de valores, y el de seguros. De este modo, se centra muy especialmente en el control de los riesgos asumidos en el ejercicio de esa actividad por los operadores de cada uno de los referidos mercados, y que se extienden al riesgo de la desatención de pagos por parte de las entidades, lo que siempre ha implicado el control de su solvencia.

Las dos finalidades que persigue esta actividad de control están unidas e interactúan porque los inversores intervienen en los mercados suministrando el flujo de capital que, procediendo de sus ahorros, va a ser aplicado a financiar otras operaciones movilizándolo la economía general. Los inversores operan en los mercados confiados en la solvencia de la contraparte que es lo que garantizan los poderes públicos con su actividad de regulación, y confían en ello dada su posición de desventaja en los mercados, pues carecen de todas las informaciones que sí tienen los operadores profesionales, generalmente ofertantes de productos financieros. La posición de desequilibrio de los primeros se corrige con la asunción de garante de esa solvencia que realiza el regulador al desplegar su actividad de control. De este modo,

la confianza de estos en la solvencia de la contraparte es un elemento esencial para asegurar los flujos de capital. Los poderes públicos deben asegurar que esto sea así para fomentar el auge económico porque la desconfianza de los inversores en el buen funcionamiento del mercado conlleva etapas de recesión y una restricción de la liquidez.

A pesar del carácter estructural de la reforma, encontramos algunos problemas que no cuentan con la mejor de las soluciones tras la reforma, como es el caso de la regulación de las agencias de calificación crediticia que han recibido una regulación como si se tratara de operadores financieros cuando, en realidad, no lo son, sino que su papel es el de evaluar la solvencia de entidades, productos e incluso Estados, quedando por tanto no contemplada su vinculación con la función pseudo-pública que están desarrollando; o problemas respecto de los que simplemente no se ha encontrado solución, como es el caso del *shadow banking* o actividad bancaria en la sombra, que precisamente si recibe esta calificación, es porque queda al margen del control del regulador. Estos problemas deberán ser tratados en ulteriores reformas: en el primero de ellos se deberá buscar la manera de vincular la actividad de las agencias de calificación crediticia con los reguladores, a efectos de mejorar los procesos de evaluación que llevan a cabo y de garantizar frente a los inversores la protección que debe acompañar al hecho de que estos confíen en sus calificaciones; el problema del *shadow banking* tiene más difícil solución, porque es una tendencia natural en los operadores que traten de obtener mayores beneficios y reduzcan los costes derivados de las exigencias del control público desplegado por los reguladores sobre su actividad, con lo que siempre existirá una tendencia a generar nuevos productos de innovación financiera con esta finalidad. El reto en este último caso es que la supervisión prudencial ahora contemplada, y las exigencias de información general que deba dispensarse a los inversores sean suficientes para evitar situaciones de insolvencia sistémica y situaciones de desprotección que hagan quebrar la confianza del inversor en el buen funcionamiento del sistema.

SEGUNDA

Tras la crisis financiera iniciada en los años 2007-2008 se ha puesto de manifiesto la importancia de que los inversores confíen en la solvencia de las

entidades financieras, pero la particularidad de esta crisis ha sido sobre todo su carácter sistémico, rasgo que la ha diferenciado de todas las anteriores, y que es consecuencia del fenómeno de la globalización económica, y de la interconexión mundial de los mercados financieros. De este modo, resulta patente que la finalidad de asegurar la estabilidad financiera debe ser el otro objetivo que la regulación debe perseguir, siendo este un elemento que va unido a la confianza de los inversores porque con la actividad pública se está garantizando que el sistema financiero funciona bien y está saneado.

En este contexto surge el concepto de estabilidad financiera sistémica como bien jurídico de carácter colectivo y global que es objeto de protección por la regulación financiera, y cuya importancia y significación se ha visto reforzada con la reforma normativa llevada a cabo en los últimos años a todos los niveles. El concepto de estabilidad financiera sistémica es el interés público que fundamenta y justifica las decisiones que los reguladores deben adoptar al ejercer sus funciones.

TERCERA

La estabilidad financiera sistémica ha dado lugar a que se modifique el contenido de la supervisión prudencial, de modo que este ha seguido un proceso de expansión tanto en las normas internacionales (aunque estas se caracterizan por ser *soft law*), como en la Unión Europea y en las regulaciones internas de todos los países. Ahora el concepto de regulación prudencial incluye la vigilancia de los estándares de solvencia mucho más reforzados que en las décadas anteriores a la reforma estructural que se ha implementado, y se extiende a elementos que antes no eran objeto de control como las estructuras internas de las entidades financieras, los requisitos de profesionalidad de los miembros de sus órganos de gobierno, y la imposición de normas de buen gobierno corporativo, como instrumentos que refuercen la confianza de los inversores y faciliten el control público de las mismas.

Todo ello resulta patente en las normas que contienen la regulación prudencial en todos los niveles normativos: en la LOSSEC aprobada en 2014 en España, en el Reglamento (UE) Nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y la Directiva 2013/36/UE, que constituyen el marco jurídico que regula el

acceso a la actividad, el marco de supervisión y las disposiciones prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión en la unión bancaria europea, y en las directrices aprobadas por el Comité de Basilea III a nivel internacional que incluyen el “Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios” (2010), el “Marco internacional para la medición, normalización y seguimiento del riesgo de liquidez” (2010), y “Coeficiente de cobertura de liquidez y herramientas de seguimiento del riesgo de liquidez” (2013).

Esta tendencia a reforzar los estándares de solvencia y la confianza de los inversores se ha introducido incluso en países de tradición desreguladora o que siguen modelos económicos muy liberales como Estados Unidos a través de la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de 5 de enero de 2010. El hecho de que se siga la misma tendencia es consecuencia necesaria de que los problemas que plantea un sistema financiero globalizado, genera una problemática común en todos los Estados, y requiere soluciones homogéneas, al menos en parte. Sin embargo, aún existen algunas diferencias entre los sistemas existentes, y hay problemas que no han sido superados con la reforma de la actividad de supervisión de los últimos años.

CUARTA

En la Unión Europea la crisis iniciada en los años 2007-2008 ha detonado la necesidad de crear una regulación financiera común, dotándola de las estructuras institucionales necesarias para su aplicación, que ha supuesto un paso más hacia la integración de los Estados miembros, impensable cuando se crearon las primeras Comunidades Europeas, pero consecuencia necesaria de la existencia de la moneda única, por la vinculación existente entre el sistema monetario y el financiero, los cuales interactúan. La respuesta europea a esta necesidad ha conllevado la creación de una regulación común y de redes de supervisores en las que participan tanto Autoridades Europeas, como Autoridades Nacionales de los Estados partícipes, que son necesariamente todos los Estados miembros de la eurozona, y que permiten la incorporación de los demás Estados miembros que no utilizan la moneda común. La regulación financiera europea ha dejado de ser simplemente armonizadora para ser una regulación común.

En lo referente al mercado del crédito se ha construido la denominada unión bancaria que sobre la base de la regulación prudencial, utiliza un código normativo único o *single rulebook* para ser aplicado de manera homogénea a las entidades de crédito de los Estados miembros de la zona del euro (necesariamente) y de los Estados miembros no pertenecientes a dicha zona que opten por participar (convenientemente). La mayor innovación de la unión bancaria radica en las redes de supervisores que se crean en los mecanismos que incorpora y que son el Mecanismo Único de Supervisión y el Mecanismo Único de Resolución, además del Mecanismo Europeo de Estabilidad, el cual ha sido necesario crear mediante la cooperación reforzada de algunos de los Estados miembros de la Unión Europea, ante las dificultades para llegar a acuerdos comunes de todos los Estados al respecto.

La unión bancaria soluciona la problemática de llevar a cabo una supervisión eficaz común, que deja de ser simplemente armonizadora. Pero la regulación europea genera nuevos problemas jurídicos que pueden restarle eficiencia, y especialmente estos resultan de la compleja distribución de competencias en el MUS y en el MUR, porque las redes de supervisores europeas y nacionales comparten competencias respondiendo la distribución a criterios objetivos –por la materia objeto de control-, y subjetivos –por la importancia sistémica de las entidades supervisadas-. Estos problemas son nuevos porque hasta ahora no se había llevado a cabo una integración semejante en la Unión Europea, y uno de los retos del nuevo sistema será homogeneizar las consecuencias de la actividad de control compartida en los diferentes Estados miembros.

Particularmente, será un reto resolver la atribución de responsabilidad patrimonial a las distintas autoridades que participan en los mecanismos indicados, y que pueden verse implicadas en casos de concurrencia de responsabilidades pero con la dificultad de que en este punto, la normativa europea y la de cada uno de los Estados miembros no es homogénea, y dará lugar a soluciones diferentes en cada caso. De este modo, uno de los principales puntos a resolver será la unificación de los estatutos jurídicos de los supervisores que participan en las redes de reguladores y que acojan unos criterios homogéneos de independencia, transparencia y responsabilidad. El segundo de los retos de la unión bancaria recae en que la superación de algunas de sus actuales debilidades requiere la reforma del Tratado de Funcionamiento de la

Unión Europea ante la insuficiencia de los actuales artículos 114 y 127 TFUE para cubrir la asunción del total contenido de la actividad supervisora por parte de las Instituciones y Autoridades europeas que participan en los mecanismos, y así evitar las diferencias que aún, tras la reforma, encontraremos en las prácticas de regulación aplicadas en los diferentes Estados miembros y de sus consecuencias.

QUINTA

Por su parte, en España la introducción de las reformas procedentes de la Unión Europea se han implementado como en los demás Estados miembros partícipes en la unión bancaria, si bien, en nuestro país la reforma ha servido para abordar otras cuestiones que constituían defectos preexistentes particulares y que giraban en torno a las cajas de ahorros. La reforma en España se ha extendido no sólo a ajustar nuestro sistema de regulación bancaria a las exigencias europeas, sino que cumpliendo los compromisos asumidos por España en el Memorando de Entendimiento a través del que se formalizó el rescate financiero español, la reforma normativa ha cambiado por completo el panorama del mercado del crédito mediante la creación de la figura de las fundaciones bancarias y la imposición de unos límites al volumen de negocio de las entidades que quieran adoptar o mantener la forma de caja de ahorros. La consecuencia de ello es que, en la práctica, las cajas de ahorros que representaban el 99,9% del volumen de negocio, han debido transformarse para asumir la forma de fundación bancaria y segregarse así de la actividad de crédito, que realizan ahora indirectamente a través de un banco de su propiedad, la actividad benéfico-social que formaba parte de su fisonomía originariamente.

La importancia de esta reforma es enorme porque afecta directamente a las competencias internas entre reguladores respecto a estas entidades, cuestión siempre muy problemática y que había generado graves problemas de supervisión, de modo que cuando una entidad alcanza una importancia significativa para el mercado, dado que debe adoptar una forma jurídica diferente a la de la caja de ahorros, la problemática sobre las competencias de regulación de la entidad desaparecen por quedar sometidas a un régimen jurídico distinto. Se ha seguido en este caso la estela del modelo italiano sobre ejercicio indirecto de la actividad de crédito que se incorporó al mismo en los años noventa. Con este modelo se solucionan los problemas más

graves generados en relación con el control de las cajas de ahorros pero surgen otros nuevos problemas en torno a la nueva figura de las fundaciones bancarias.

SEXTA

Una de las cuestiones que más relevancia ha tenido en la reforma tanto europea como española, desde el punto de vista jurídico-público, y que además está estrechamente vinculada con los supuestos que pueden desencadenar algún tipo de responsabilidad patrimonial para los reguladores, es la configuración de una nueva potestad administrativa: la de resolución bancaria. La nueva potestad pública de resolución bancaria se ejerce a través de un procedimiento administrativo especial, de tipo paraconcursal, pues su finalidad es intervenir entidades de crédito en situación de crisis para reestructurarlas o liquidarlas de forma ordenada, evitando los perjuicios particulares de los inversores en la medida de lo posible, pero evitando por encima de todo, la aplicación de recursos públicos en el rescate de entidades bancarias al borde de la bancarrota, superando así el riesgo moral de acoger el criterio *too big to fail*, bajo cuyo amparo los operadores del mercado del crédito han venido arriesgado su solvencia, al confiar en que por su importancia sistémica, los poderes públicos siempre irían a su rescate.

La nueva función pública de resolución bancaria es una faceta de los poderes públicos vinculada con la supervisión, de hecho las autoridades de supervisión prudencial participan en la función pública de resolución. Sin embargo, la gestión de la resolución bancaria es encomendada a organismos públicos especializados que gozan, al igual que los supervisores, de un amplio margen de discrecionalidad o toman decisiones regladas a base de una gran cantidad de conceptos jurídicos indeterminados, y este hecho, aunque necesario, dificulta el control judicial de su actividad, con la consecuencia de alejar al organismo de lo que deberían ser estándares de buena administración. La buena administración debe tener su reflejo en el estatuto de los reguladores configurándoles de modo que sea posible sujetar a control judicial el máximo espectro de sus decisiones, porque con ello se garantiza su actividad transparente.

SÉPTIMA

La institución de la responsabilidad patrimonial en relación con el ejercicio de la actividad de supervisión financiera, especialmente la bancaria, y en relación con la nueva faceta incluida en la misma a través del poder de resolución debe ser replanteada, porque su relación directa con el sometimiento al control judicial de las decisiones del órgano requiere de una mayor transparencia, a través de la mejora en la configuración normativa de las potestades atribuidas a los reguladores y órganos especializados de intervención, con el resultado de que puedan ser controladas judicialmente, aunque este control judicial se oriente inicialmente a posibilitar el reconocimiento y delimitación de la responsabilidad de los reguladores.

La vinculación que mantienen estos elementos generan las condiciones que permiten hablar de buena administración en la actividad de regulación bancaria, y las sinergias creadas entre ellos deben, además, ir encaminadas a que esta actividad de control sea eficiente respecto a las finalidades que persigue, porque las funciones de los reguladores que sean meramente formales y estén desconectadas de la finalidad perseguida al atribuir las competencias al regulador no comportan eficiencia en su actividad.

OCTAVA

La eficiencia de esta actividad de control de los reguladores se podría lograr concretando la extensión de sus funciones, y determinando con elementos objetivos de forma predeterminada los límites de ejercicio de potestades discrecionales y los conceptos jurídicos indeterminados a valorar en el ejercicio de las competencias regladas. Esta concreción debe hacerse en la normativa especial de regulación bancaria, pues es de ella de la que resultan las imprecisiones que dificultan el debido control judicial y siempre han impedido reconocer en España la responsabilidad patrimonial que pudiera derivar del ejercicio de esta actividad pública.

NOVENA

La reformulación de la institución de la responsabilidad patrimonial de los supervisores financieros pretende conseguir que la actuación de los mismos sea

eficiente y transparente, al facilitarse el control de la legalidad, y consideramos que debe tener en cuenta que, en la actualidad, esta es una actividad que se asume de forma compartida entre reguladores nacionales y europeos, y que todos ellos se integran en un sistema único, por lo que deben acogerse las fórmulas que al regular esta consecuencia de la actividad de regulación, sean comunes en la mayoría de Estados miembros partícipes en la unión bancaria, y que permitirán homogeneizar la actividad europea de regulación bancaria en este punto.

Concretamente, debemos tomar en consideración que las tendencias internacionales procedentes del Comité de Basilea, de la Unión Europea y de la mayoría de Estados miembros, con independencia del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración que acogen con carácter general, cuando se trata de derivar responsabilidad de este tipo a sus reguladores, siguen un criterio de responsabilidad subjetiva y no objetiva, lo que significa que sólo reconocen responsabilidad de los reguladores si actúan con dolo o negligencia grave, excluyendo incluso la responsabilidad por negligencia leve.

Ello es consecuencia de que las particularidades de la propia actividad pública de supervisión así lo aconsejan, sobre todo el alto grado de discrecionalidad técnica con que actúa el regulador, y los riesgos inherentes al funcionamiento del propio mercado.

DÉCIMA

En España no existen reglas especiales al respecto, lo que nos lleva a suponer que, en principio, la posible responsabilidad en que puedan incurrir los supervisores debe ser objetiva, de acuerdo con las reglas generales. Sin embargo, a pesar de que ello supone más amplitud en la responsabilidad de los poderes públicos, la ausencia de pronunciamientos que impongan tal responsabilidad y las razones sobre las que se basan las sentencias desestimatorias (sobre todo las que se basan en la falta de competencias específicas en el regulador que impliquen un incumplimiento de sus funciones, o falta de nexo causal por considerar que la actuación conforme a la norma del regulador no habría evitado los perjuicios), nos llevan a considerar que, en cierto modo, se están incorporando implícitamente matices de carácter subjetivo de conformidad con las tendencias generales.

Este sistema de responsabilidad, de entrada, teóricamente objetivo, pero que implícitamente se inclina, en su aplicación práctica, hacia un sistema en el que se valora la culpa del regulador, debería ser reconsiderado, porque en tales circunstancias podría valorarse que en su evolución futura se configurase como un sistema abiertamente subjetivo, para poder después aplicar algún tipo de correctivo en favor de los particulares que, de algún modo, haga real este tipo de responsabilidad, pues tal y como se regula en la actualidad es inaccesible para el ciudadano con el resultado de la merma de sus garantías frente a los poderes públicos en este ámbito.

DECIMOPRIMERA

Existen razones que nos pueden aconsejar la adopción de un sistema basado en la culpa, así: en primer lugar, el riesgo inherente a la actividad financiera que se pretende regular, y que aconseja que el regulador tenga una responsabilidad basada en la culpa, no de carácter objetivo, para no convertir el sistema en una aseguradora de los riesgos asumidos por los particulares; en segundo lugar, seguir las mismas tendencias internacionales en la configuración de esta institución; en tercer lugar, la disparidad de criterios acogidos entre los Estados miembros sobre el carácter objetivo o subjetivo de tal responsabilidad, lo que hace aconsejable, unificar que en todos se considere subjetivo, quedando en concordancia, del mismo modo con el tipo de responsabilidad de las propias autoridades europeas; y en cuarto lugar, no olvidemos que los reguladores tienden a ser configurados como autoridades independientes –en la Unión Europea- u organismos públicos singulares, de modo que sus propias especialidades de funcionamiento y régimen jurídico, así como su finalidad, hacen que el régimen de su responsabilidad se aleje también de las reglas generales para dejar de ser objetivo y llegar a ser subjetivo, razón está que además, concuerda bien con el hecho de que el modelo que siguen los reguladores es el de las agencias independientes de origen anglosajón, y en los ordenamientos jurídicos de base anglosajona, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones se basa en la culpa.

Lógicamente, el hecho de acoger un sistema basado en la culpa, que es por definición reductor de las garantías de los ciudadanos, requiere que se adopten medidas que corrijan y compensen tal reducción. De este modo, siguiendo el modelo

anglosajón, la responsabilidad subjetiva de los reguladores se corrige introduciendo elementos que concreten en la norma las facultades de los reguladores, y que se podría acoger como complemento a las clásicas técnicas de control de la discrecionalidad.

DECIMOSEGUNDA

La posibilidad de que la responsabilidad de los reguladores sea subjetiva si se corrige con criterios objetivos que perfilen las competencias de los reguladores, no impide la aplicación de la responsabilidad patrimonial derivada de la actividad de los mismos, y ejemplo de ello es que en Italia, donde el sistema se rige por la responsabilidad aquiliana general, basada en la culpa, ha permitido imponer responsabilidad a la CONSOB –en Italia-, exigiendo que incurra en culpa grave, pero quedando identificada tal culpa grave con las omisiones de la obligación de garantizar la veracidad de las informaciones vertidas por los operadores, y configurando la responsabilidad del regulador como autónoma, de modo que el nexo causal se entiende que existe desde que se incumple el deber normativo, con independencia de que existan actuaciones de terceros que hubieran garantizado el mismo resultado, de modo que la responsabilidad del regulador no se ve desplazada por la posible concurrencia de culpas de otros.

En realidad, este sistema implica que se ha concretado previamente que la función del regulador no es formal, sino que implica garantizar el resultado de su actividad como supervisor, de modo que se considera elemento objetivo de su responsabilidad el incumplimiento de su función a efectos de valorar que se ha incurrido en culpa grave por no haberlo observado.

A lo largo del trabajo se han analizado las facultades y competencias de los reguladores europeos y españoles, y de su análisis resulta que, haciendo una interpretación finalista de tales funciones y competencias, los mismos pueden ser responsables, sin que pueda limitarse su responsabilidad por considerar que estas facultades y competencias son meramente formales.

La evolución futura de la unión bancaria determinará si acoger el sistema de responsabilidad subjetivo es una opción o es una obligación para los Estados que participan en ella. A la vista de las regulaciones tanto de las autoridades europeas

como de los reguladores de otros Estados miembros que participan en la unión bancaria, podría ser obligatorio por aplicación del Derecho Europeo que el sistema de responsabilidad de los reguladores llegue a ser subjetivo. Si llegara a acogerse este sistema, el principio de plena indemnidad del administrado requiere esfuerzos por parte del legislador para concretar objetivamente esos elementos, ahora más indefinidos, que determinan que algunas decisiones sean discrecionales, o que siendo regladas se hagan depender de conceptos jurídicos indeterminados, permitiendo que en algunos casos sus funciones sean simplemente formales y quede al criterio discrecional del mismo la intensidad de su actividad de control. Este amplio margen de discrecionalidad debería poderse acotar con criterios objetivos previstos en las normas, de modo que se facilite el control judicial posterior aplicando las clásicas técnicas de control de la discrecionalidad.

En futuras investigaciones estimamos conveniente tratar de concretar los criterios objetivos que convendría incorporar en las normas reguladoras de las funciones de los supervisores con el fin antes indicado, así como analizar los cambios que las futuras reformas puedan incorporar a esta actividad pública de control y que lleguen a afectar a la investigación ahora realizada.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBOT K.W. y SNIDAL D. (2000), “*Hard and Soft Law in International Governance*”, en International Organization nº 54-3, Summer 2000, Ed. The IO Foundation and the Massachusetts Institute of Technology.
- AEDO BARRENA E.C., (2008), “Responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario: contexto normativo y construcción jurisprudencial”, *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 2, 2008.
- AGLIETTA M. y SCIALOM L., (2004), “El desafío de la integración europea para las políticas prudenciales”, en *Integración & comercio*, nº 20.
- ALARCÓN GARCÍA, G. (2010), “El soft law y nuestro sistema de fuentes”, en Báez moreno, y otros (coords.) *Libro-Homenaje del profesor Álvaro Rodríguez Bereijo*, Vol. 1, 2010 (Tomo I), Ed. Aranzadi (Navarra).
- ALBEROLA E., MARQUÉS J.M. Y SANCHÍS A., (1997), “Persistencia en el desempleo, independencia de los bancos centrales y su relación con la inflación”, Ed. Banco de España - Servicio de Estudios Documento de Trabajo nº 9725.
- ALBERTÍ ROVIRA E., (2011), “Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía” en RAMOS SANTANA A. y otros, *La Constitución económica*, Ed. Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional, y Centro de Estudios Políticos (Madrid).
- ALBUERNE C., (2012), “La reestructuración de entidades de crédito”, en *Actualidad Jurídica Uría – Menéndez, Especial reformas estructurales / Extraordinario-2012*.
- ALBUERNE GONZÁLEZ, C. (2014), “MUS: Su implementación e impacto para la banca española”, en *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 38.
- ALCOCER J. y CALLES PRIETO A., (2013), “Cajas de Ahorros y Fundaciones bancarias: anteproyecto de Ley”, en *PwC: Unidad de Regulación Financiera*, Ed. PwC, Madrid.
- ALEXANDER K. (2001), “The Need for Efficient International Financial Regulation and the Role of a Global Supervisor”, *Journal of Money Laundering Control*, vol. 5, nº 1.
- ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES A. (2006), “El federalismo alemán ante la integración europea”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Nº 6.

- ALLI TURRILLAS J. (2012), *La fundación, ¿Una casa sin dueño?*, Ed. Iustel, Madrid.
- ALLISON, J. A. (2014), "Market discipline beats regulatory discipline", *Cato Journal*, Vol. 34, Nº2 (Spring/Summer2014),
- ALONSO GARCÍA R. (2012), *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Ed. Civitas-Thomson Reuters (Navarra).
- ALONSO LEDESMA, C. (2013), "Un primer paso hacia la unión bancaria: El mecanismo único de supervisión" en CUÑAT EDO, y otros (dirs.), Ed. Tirant lo Blanch (Valencia).
- ALONSO LEDESMA C., (2014), "La resolución de entidades de crédito", en TEJEDOR BIELSA y FERNÁNDEZ TORRES (Coords.), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Ed. Civitas – Thomson Reuters (Navarra).
- ALONSO ORTIZ J. (1792), *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, Ed. Viuda e Hijos de Santander (Valladolid).
- ALONSO SEGOVIA B, (2011), "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", en SALA SÁNCHEZ, XIOL RIOS, y FERNÁNDEZ MONTALVO (Dir.), *Instituciones del Derecho Administrativo en la Jurisprudencia*, Ed. Bosch (Barcelona).
- AMAN A. C., (2003) "Globalization, Democracy and the need for a new Administrative Law" en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 10, nº 1.
- APARICIO GONZÁLEZ, M. (2014), "Aspectos novedosos en el régimen de los órganos de gobierno de cajas de ahorros y fundaciones bancarias", en *Análisis GA &P*, Enero 2014.
- ARAGÓN REYES, M. (1986), "El control parlamentario", en *Revista de derecho político*.
- ARENA G., (1994), "La transparencia administrativa" en *Documentación administrativa*, Nº 248-249, 1997 (Ejemplar dedicado a: El Derecho Administrativo en Italia: Tendencias actuales (I)).
- ARENILLAS LORENTE, C. (2008), "Preservar la estabilidad financiera: la crisis *subprime* y la supervisión financiera", Intervención en las Jornadas de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo.
- ARENILLAS LORENTE C., (2009), "¿Se deberían pagar impuestos por consumir productos financieros?".
- ARENILLAS LORENTE C., y SANMARTÍN A., (2010), "El debate internacional sobre la fiscalidad de la actividad financiera", en *Gaceta sindical: reflexión y debate*, Nº.

- 14, 2010 (Ejemplar dedicado a: Desarrollo sostenible y políticas públicas en España).
- ARESTIS, P. y BASU, S., (2003) “Financial Globalization and regulation”, Working Paper nº 397, Ed. The Levy Economics Institute of Bard College (New York).
- ARIÑO G. y DE LA CUÉTARA MARTINEZ J.M. (1997), “Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones”, en *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, Nº 37, Ejemplar dedicado a: Competencia y regulación de mercados.
- ARIÑO ORTIZ, G. (1999), *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación económica*, Ed. Comares (Granada).
- ARIÑO ORTIZ, G. (2010), *La necesaria reforma de la Ley de Cajas de Ahorros*, Ed. Civitas, Navarra.
- ARIÑO ORTIZ, G. (2011), *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*, Ed. Iustel, Madrid.
- ARIÑO ORTIZ, G. y GARCÍA M. (2013), *Vindicación y reforma de las Cajas de Ahorro, juicio al Banco de España*, Ed. Civitas, Madrid.
- ARIÑO ORTIZ G. (2013), “Expropiaciones especiales y justo precio”, en *La Ley de Expropiación Forzosa, análisis y perspectivas de reforma*, Ed. Centro de publicaciones del Ministerio de Hacienda, Madrid.
- ARRANZ PUMAR, G. (2008), “Modelos de regulación financiera. Visión general y algunas conclusiones para España”, en *Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos -2008*.
- ARZOZ SANTIESTEBAN X., (2012), “La versatilidad de lo básico en materia económica, con especial referencia a la crisis financiera y las Cajas de Ahorro”, en REBOLLO PUIG M. (Dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid.
- ASLANBEIGUI, N. “Transaction introduction” (2009), en PIGOU, A.C., *The economics of welfare*, Ed. Transaction Publishers Rutgers – The State University of New Jersey (New Jersey).
- ASMUSSEN, J. (2013), “Hacia una unión bancaria”, en *Crisis y reforma regulatoria del sistema financiero en la UE*, Septiembre-Octubre 2013. Nº 874, Ed. Revista ICE.
- ÁVILA RODRIGUEZ C.M. (2013), *La tutela parlamentaria de la buena administración. Perspectiva estatal, autonómica de los comisionados parlamentarios*, Ed. Aranzadi, Navarra.

- AZPITARTE SÁNCHEZ, (2014), “Los confines de la democracia y la solidaridad. A propósito de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 14 de enero y de 18 de marzo de 2014, que enjuician el marco jurídico-supranacional de las políticas de rescate”, en *Revista española de derecho constitucional*, nº 34, Nº 101.
- BARNÉS VAZQUEZ, J. (2006), “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, en *Innovación y reforma del Derecho administrativo*, Ed. Global Law Press, Sevilla.
- BARNES J., (2011), “El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica”, en RAMOS SANTANA A. y otros, *La Constitución económica*, Ed. Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional, y Centro de Estudios Políticos, Madrid.
- BARTH, J.R, CAPRIO, G. Jr., LEVINE, R. (2006), *Rethinking Bank Regulation: till angels govern*, Ed. Cambridge University Press (New York).
- BELANDO GARÍN, B. (2016), “El control administrativo de la Autoridad Europea del Mercado de Valores (ESMA)”, en *Las vías administrativas de recurso a debate*, Ed, INAP, Madrid.
- BELANDO GARÍN, B. (2016), “La eventual responsabilidad administrativa del supervisor en la oferta pública de suscripción. A propósito de la fallida salida a bolsa de Bankia”, en MARIMÓN DURÁ R. (Dir.), *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial. Análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Ed. Aranzadi (Navarra).
- BELLO PAREDES S. (2014), “Gobernanza local y transparencia”, *Revista jurídica de Castilla y León*, Nº. 33.
- BELLO, W., y DE LOS REYES, J., (2005) “Can the IMF Be Reformed?”, *Workshop on International Regulations*, en socioeco.org.
- BELTRÁN FLORES, L. (1999), “La ciencia económica y su introducción en España”, en FUENTES QUINTANA (dir.) *Una introducción al pensamiento económico*, Ed. Galaxia Gutenberg – Círculo de lectores, Barcelona.
- BENZO A. (2013), “Construir una Unión Bancaria” En *Papeles de Economía Española*, N.º 137.

- BERNARDINO, PALOMO Y GUTIÉRREZ (2013), “El panorama actual del sistema financiero español”, CAMPUZANO, CONLLEDO y PALOMO (Dirs.), *Los mercados financieros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- BETANCOR A. (2010), *Regulación: Mito y Derecho*, Ed. Aranzadi (Navarra).
- BIRD, G. Y ROWLANDS D. (2006), “IMF quotas: Constructing an international organization using inferior building blocks”, *Review of International Organizations* 1(2).
- BLANCH NOUGUÉS J.M. (2007), *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho romano*, Ed. Dyckinson, Madrid.
- BLANQUER D. (2013), “La titularidad de la potestad expropiatoria”, en *La Ley de Expropiación Forzosa, análisis y perspectivas de reforma*, Ed. Centro de publicaciones del Ministerio de Hacienda, Madrid.
- BLANQUER D. (2014), *La CNMV, su transparencia y responsabilidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- BLASCO DÍAZ, J.L. (2010), “El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa”, en GARCÍA MACHO R. (Ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- BLASCO DÍAZ, J.L. (2014), “Transparencia administrativa y cuentas públicas”, en GARCÍA MACHO R. (Ed.), *Ordenación y transparencia económica en el Derecho Público y Privado*, Ed. Marcial Pons (Madrid).
- BOBBIO, “La democrazia e il potere invisibile”, en *El futuro de la democracia*, Torino, Einaudi, 1984.
- BOBES SÁNCHEZ, M. J. (2012) “Discrecionalidad y Regulación (A propósito de la jurisprudencia del BVerwG sobre telecomunicaciones y la sentencia del TJUE Comisión c. Alemania de 3 de diciembre de 2009)” en GARCÍA DE ENTERRÍA y ALONSO GARCÍA (coords.) *Administración y Justicia, un análisis jurisprudencial vol. II, Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Ed. Civitas (Navarra).
- BOBES SÁNCHEZ, M.J. (2013), “El Fondo de Garantía de Depósitos”, en MUÑOZ MACHADO S. y VEGA SERRANO M. (Dirs.), *Derecho de la regulación económica, Vol. X, Sistema bancario*, Ed. Iustel, Madrid.
- BORREGO RODRIGUEZ A., (2010) “Responsabilidad y crisis económica. Mercados y regulación” en ARRAEZ MONLLOR y FRANCÉS GÓMEZ dir., *Ética y responsabilidad ante la crisis financiera*, Ed. Sider S.C., Granada.

- BOYD y STRASBURG, “UBS Scraps Costas's Hedge Fund After Mortgage Losses” en Bloomberg de 3 de mayo de 2007.
- BRESCIA MORRA C. y MARCUCCI M. (2014), “The reform of the “cajas de ahorro” a comparative analysis with the Italian experience of the restructuring of saving banks”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra).
- BUCHHEIT y otros (2013), Policy Proposals for the Euro Area and Beyond, en *Revisiting Sovereign Bankruptcy*. Ed. Brookings Institution.
- CALS GÜELL, J. (2002), “Las cajas de ahorro en el sistema financiero español. Trayectoria histórica y realidad histórica actual”, *Working papers Universitat Autònoma de Barcelona*, nº 8.
- CALVO VERGEZ, J. (2011), *Los sistemas institucionales de protección (SIPs) en el ámbito de las Cajas de Ahorros*, Ed. Civitas (Navarra).
- CÀMARA MAS R. (2011), “La responsabilidad civil subsidiaria ex delicto derivada del art. 121 del código penal y la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Breve aproximación jurisprudencial”, en *Revista de Derecho UNED*, nº 9, Ed. UNED.
- CAPDEVILA PONCE G. y SOLERNOU VIÑOLAS A. (2015), “El sistema de garantías previst en la Llei de transparència, accés a la informació i bon govern”, *Activitat Parlamentària*, Nº 28, (Ejemplar dedicado a: Monogràfic sobre transparència, accés a la informació i bon govern).
- CAPRIO, G., y KLINGEBIEL D., (2003), “Episodes of Systemic and Borderline Financial Crises”, en Base de datos del Banco (Washington).
- CARGILL T.F. Y O´DRISCOLL G.P. Jr. (2014) “Federal Reserve Independence: Reality or Myth?”, *Cato Journal*, Vol. 33, Nº3 (Fall 2013).
- CARMONA GARIAS S. (2014), “La permanente renovación administrativa y la necesidad de regenerar la democracia: reinterpretación del panóptico a través del Open Government”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, Nº 99-100, (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Demetrio Loperena y Ramón Martín Mateo).
- CARRASCO CANALS C. (1991), “El Banco de España y las cajas de ahorros”, en *Revista de Administración Pública* nº 124.
- CARRASCO CANALS, C. (1991), “Competencias sobre Cajas de Ahorro: Las Comunidades autónomas y el Banco de España”, en *REALA, Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica* nº 251, Ed. INAP.

- CARRASCOSA MORALES A. Y ALONSO UREBA A. (2011), “El Nuevo Mapa de Cajas de Ahorros y la importancia del Buen Gobierno Corporativo”, *Investigaciones y publicaciones del Centro de Gobierno Corporativo 2011*.
- CARRASCOSA MORALES A. y DELGADO ALFARO M. (2013), “El bail-in en la reestructuración bancaria en España”, en *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, Nº 874.
- CARRILLO DONAIRE J.A. (2013), “Intervención de entidades de crédito en crisis: alcance y límites”, en MUÑOZ MACHADO y VEGA SERRANO (dirs.), *Regulación económica, Vol. X Sistema Bancario*, Ed. Iustel (Madrid).
- CASARES MARCOS A. (2005), “Cuestiones actuales del régimen jurídico-administrativo de las cajas de ahorros españolas”, *Pecunia*, nº1 - 2005, págs. 49 y 50.
- CASARES MARCOS A. (2012), “La naturaleza jurídica de las cajas de ahorros españolas”, en REBOLLO PUIG, M., *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid.
- CASEY J.P. (2008), “Shedding Light on the UCITS-MiFID Nexus and Potential Impact of MiFID on the Asset Management Sector”, en *ECMI Policy Brief* Nº 11/April 2008.
- CASSESE S., (2002) “El espacio jurídico global” *Revista de Administración Pública* nº 157.
- CHICHARRO A. (2013), “El carácter de *soft law* de los instrumentos internacionales sobre desarrollo sostenible” en DOMÍNGUEZ MARTÍN R. Y TEZANOS VÁZQUEZ S. (Eds.), “*Desafíos de los Estudios del Desarrollo: Actas del I Congreso Internacional de Estudios del Desarrollo*”, Ed. Red Española de Estudios del Desarrollo.
- CHINCHILLA MARÍN C. (2015), “El régimen de supervisión, inspección y sanción del Banco de España en la Ley 10/2014”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 102. Mayo-Agosto 2015.
- CILLA C. (2011), “Condannata la consob a risarcire il danno ai risparmiatori per non aver operato con diligenza nell’ambito dei suoi poteri di controllo. Nota a Cass. civ. sez. III, 23 marzo 2011, n. 6681”, en *Osservatori sulla Giurisprudenza, Il Diritto Amministrativo, Revista Iuridica*, Anno III, Editore: Atena Alta Formazione.
- CIRIANO VELA, C.D. (2000), *Administración económica y discrecionalidad (un análisis normativo y jurisprudencial)*, Ed. Lex Nova (Madrid).

- CLIMENT SERRANO s. (2016), “¿Quién paga, quién gana? El caso de la venta del BdV”, en *European Research on Management and Business Economics*, Vol. 22, Nº 1.
- COLINO MEDIAVILLA J.L. (2007), “¿Es básica la norma estatal que establece que las cuotas participativas carecen de todo derecho político? ¿es inconstitucional?”, en *Revista de Derecho de Sociedades* 2007-2, nº 29.
- COLINO MEDIAVILLA J.L. y FREIRE COSTAS R.M. (2014), “La actuación temprana: Relaciones sistemáticas y dificultades interpretativas”, en COLINO MEDIAVILLA J.L. y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares (Granada).
- COLINO MEDIAVILLA, J.L. y FREIRE COSTAS, R.M. (2015), “La actuación temprana”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (nº 137), Ed. Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid.
- CONLEDO LANTERO, F. (2013), “El marco de actuación de las entidades de crédito”, en CAMPUZANO, CONLEDO y PALOMO (Dir.), *Los mercados financieros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- CONLEDO LANTERO F. (2014), “La reforma de las cajas de ahorros. El proyecto de la Ley de cajas y fundaciones bancarias”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dir.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra).
- CONLEDO LANTERO, F. (2014-2015), “El marco comunitario para la recuperación y resolución de entidades de crédito”, en *Revista de derecho de la Unión Europea*, Nº 27-28.
- CORSETTI G., (2013), *Fondazioni bancarie: origine, evoluzione e il loro intervento nella cassa depositi e prestiti*, Ed. Università Di Pisa.
- CORSO G., (1999), *L'attività amministrativa*, Ed. Giappichelli Editore, Torino.
- COSTI R., (2012), “L'ambiguo ruolo delle fondazioni bancarie”, en NIGGRO A. (Dir.), *Diritto della banca e del mercato finanziario, Vol. II*, Ed. Pacini Editore, Pisa.
- CROCKETT A. (1997), “The theory and practice of financial stability”, en *International Finance Section (Department of Economics)*, Ed. Princeton University, New Jersey.
- CRUICKSHANK C., (1994), “The Investment Services Directive”, en WYMEERSCH E. (Ed.), *Further perspectives in Financial Integretation in Europe*, Ed. DeGruyter (1993).
- CUENCA MIRANDA, J. M. (2002), “Autorregulación y mercados financieros”, *ICE Sistema Financiero: Novedades y Tendencias*, nº 801, agosto-septiembre 2002.

- DARNACULLETA I GARDELLA, M. (2005), *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Ed. Marcial Pons (Madrid).
- DARNACULLETA I GARDELLA M., (2010), “La colaboración de entidades privadas en Alemania: las “*Beliehe*” o entidades que actúan como agentes descentralizados de la Administración” en GALÁN Y PRIETO (coords.) *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Ed. Huygens (Madrid),
- DARNACULLETA I GARDELLA, M., y LEÑERO BOHÓRQUEZ R. (2014), “Crisis financiera y democrática: La regulación financiera internacional mediante redes de supervisores”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dir.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra).
- DE HOCES J.R, Y GARCÍA-PERROTE G. (2010), “La nueva arquitectura europea para la regulación y supervisión financiera”, Working Paper IE Law School, AJ8-174, 05-12-2010, Ed. IE Law School, publicado por IE Publishing (Madrid).
- DE LA CUESTA RUTE, J.M. (2008), “La autorregulación como regulación jurídica”, en *I Congreso Internacional "Códigos de conducta. Mercado. Publicidad y Mercados Financieros"*, Universidad Complutense de Madrid.
- DE LA CUÉTARA MARTINEZ J.M. (1997), “Perspectivas de los servicios públicos españoles”, en ARIÑO, DE LA CUÉTARA y MARTINEZ LÓPEZ-MÚÑIZ, *El nuevo servicio público*, Ed. Marcial Pons (Madrid).
- DE LA SIERRA FLORES, M (2010), “La Junta Europea de Riesgo Sistémico”, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil nº 2010/28.
- DE MACHETE, R.C. (2012), “Estatuto e regime das entidades reguladoras, em especial dos Bancos Centrais” en *Regulación económica, en especial, regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispánico-Luso de Derecho Administrativo*, Ed. Iustel, Madrid.
- DE SERIÈRE V. y VAN DER HOUWEN D. (2016), “No Creditor Worse Off in Case of Bank Resolution: Food for Litigation?”, en *Journal of International Banking Law and Regulation*, Ed. Thomson Reuters (Professional), UK.
- DEL CAÑO PALOP J.R. (2012), “El Banco de España, organización y funciones”, en ZUNZUNEGUI F. (Dir.), *Derecho bancario y bursátil*, Ed. Colex, Madrid.
- DEL SAZ CORDERO, S., (1992) “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Ed. Civitas, Madrid.

- DESDENTADO DAROCA (1999), *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Ed. Tirant Lo Blanch Alternativa (Valencia).
- DI DONATO F. (2013), “La hiérarchie des normes dans l'ordre juridique, social et institutionnel de l'Ancien Régime”, en *Revus: Journal for constitutional theory and philosophy of law*, nº 21.
- DÍAZ RUIZ E. y RUIZ BACHS S. (2008), “Transposición de MiFID en España”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* nº 19-2008.
- DIEZ PICAZO L. y GULLÓN A. (1992), *Sistema de Derecho Civil, Vol. I*, Ed. Tecnos (Madrid).
- DOBKOWSKI J. (2004), “Europeanisation of normative grounds for actions of Administrative powers”, en SLUGOCKI J. (Ed.), *Public Administration and Administrative Law in the face of the European integration*, Ed. SLUGOCKI – UNIWERSYTET SZCZECINSKI (Szczecin, Polonia).
- DOMÉNECH PASCUAL G. (2010), “Responsabilidad patrimonial de la administración por actos jurídicos ilegales: ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 183, septiembre-diciembre (2010), Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- DOMENECH PASCUAL G. (2012), “Responsabilidad patrimonial de la Administración por el ejercicio ilegal de potestades de intervención en la economía”, en *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, REBOLLO PUIG M. (Dir.), Ed. Iustel, Madrid.
- DOWD K. y HUTCHINSON M., (2014), “How Should Financial Markets Be Regulated?”, *Cato Journal*, Vol. 34, Nº2 (Spring/Summer2014).
- DURET. P., (2003), “Autorità ed Agenzie e L'Amministrazione in Cammino”, en *Autorità indipendente e Agenzie*, Ed. Cedam, Pádua.
- EFE ECONOMÍA, “Regulador estadounidense levanta limitaciones a publicidad de “hedge funds””, 11 de julio de 2013, Ediciones El País SL.
- EMBID IRUJO, J.M., (2007), “El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones (fundación-empresa y fundación con empresa): su significado en el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros en España”, en *Perspectiva del Sistema Financiero* (núm. 91, 2007).
- EMBID IRUJO, J.M. (2010) “Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español”, en MUÑOZ MACHADO, S. y PIÑAR MAÑAS, J.L., (Dir.), *Anuario de Derecho de Fundaciones*, Madrid, Ed. Iustel.

- EMBID IRUJO A. (2011), “La constitucionalización de la crisis económica”, en RAMOS SANTANA A. y otros, *La Constitución económica*, Ed. Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional, y Centro de Estudios Políticos (Madrid).
- EMBID IRUJO, M. (2012), en “Introducción general al curso. La fundación como modelo para la colaboración público-privada”, en EMBID IRUJO y EMPARANZA SOBEJANO, *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- EMPARANZA A. (2012), “El gobierno de las entidades público-privadas: Las reglas de buen gobierno como mecanismo de transparencia y control”, en EMBID IRUJO y EMPARANZA SOBEJANO, *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- ENTRENA CUESTA R. (2003) “El procedimiento expropiatorio”, en *La Ley de Expropiación Forzosa, análisis y perspectivas de reforma*, Ed. Centro de publicaciones del Ministerio de Hacienda, Madrid.
- ESTEVE PARDO, J. (2002), *Autorregulación. Génesis y efectos*, Ed. Aranzadi (Pamplona).
- ESTEVE PARDO J., (2009), “El encuadre de la regulación de la economía en el sistema de Derecho Público”, en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J., *Derecho de la regulación económica I, Fundamentos e Instituciones de la regulación*, Ed. Iustel, Madrid.
- ESTEVE PARDO J. (2011), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- ESTEVE PARDO, J. (2012), “Origen, principios y técnicas de la regulación de sectores económicos”, en *Regulación económica, en especial, regulación bancaria*, Ed. Iustel (Madrid).
- ESTRADA D. y GUTIERREZ J. (2009), “Supervisión y regulación del sistema financiero: modelos, implicaciones y alcances”, en Perfil de Coyuntura Económica Nº. 13, agosto 2009, Universidad de Antioquia.
- EZQUERRA HUERVA A. (2012), “Una nueva garantía en materia de expropiación forzosa: la inmunidad del justiprecio frente a eventuales reformas tributarias en caso de demora STEDH de 16 de marzo de 2010 (Petición núm. 72638/01 asunto Di Belmonte contra República Italiana)”, en GARCÍA DE ENTERRIA E. y ALONSO GARCÍA R. (Coords.), *Administración y Justicia, Un análisis jurisprudencial, Volumen II. Europa y América*, Ed. Civitas (Navarra).

- FALCÓ, R., (2011), “La reforma del Art. 135 de la Constitución”, en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 25, y también ESCUDERO ALDAY, R., (2012), “Texto y contexto de la reforma constitucional exprés de agosto de 2011”, en *Revista en Cultura de la Legalidad* nº 2, marzo – agosto 2012.
- FERNÁNDEZ BUJÁN A. (2000), *Derecho Público Romano y recepción del Derecho Romano en Europa*, Ed. Civitas (Madrid).
- FERNÁNDEZ DE LA BUELGA L. y EZQUIAGA I. (Coords.), (1993), *El sistema financiero español ante el Mercado Único*, Ed. Civitas, Madrid.
- FERNÁNDEZ DE LIS, S., (2012), “Las cajas alemanas”, en *Análisis Económico*, BBVA Research.
- FERNÁNDEZ DE LIS, A., RUBIO A. y SICILIA J., (2013) “Unión Bancaria: Elementos integrantes y medidas complementarias” En *Papeles de Economía Española*, N.º 137.
- FERNÁNDEZ FARRERES G. (2005), *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Ed. Iustel, Madrid.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ T.R. (1994), “Reflexiones sobre las llamadas Autoridades independientes”, en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Ed. Civitas, Madrid.
- FERNÁNDEZ RODRIGUEZ T.R. (2007), “La doble dependencia de las cajas de ahorro”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, octubre-diciembre 2007.
- FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R. (2011), “Las cajas de ahorro: El principio del fin”, en DE LA CUÉTARA MARTINEZ y MARTINEZ LÓPEZ-MÚÑIZ (Coords.), *Derecho Administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, Ed. La Ley, Madrid.
- FERNÁNDEZ RODRIGUEZ T.R. (2014), “El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria: Naturaleza, estructura y régimen jurídico”, en TEJEDOR BIELSA J.C. y FERNÁNDEZ TORRES I., *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Ed. Civitas, Navarra.
- FERNÁNDEZ RODRIGUEZ T.R. (2016), “El mecanismo único de supervisión, pieza esencial de la Unión Bancaria Europea: Primera aproximación”, en ALONSO C. (dir.), *Hacia un sistema financiero de nuevo cuño: Reformas pendientes y andantes*, Ed. Tirant lo Blanch (Valencia).
- FERNÁNDEZ ROJAS G. (2003), “La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América”, en *Revista Vniversitas*, nº 106.

- FERNÁNDEZ ROZAS J.C. (1994), “El sistema bancario español ante el Mercado Único”, Estudios de Derecho bancario y bursátil, en *Libro Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, T. I, La Ley (Madrid).
- FERNÁNDEZ ROZAS J.C. (2012), “El laberinto de la supervisión financiera en la Unión Europea, Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea”, en *Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Ed. Tirant Lo Blanch (Valencia).
- FERNÁNDEZ TORRES I. (2014), “La reestructuración de las entidades de crédito”, en TEJEDOR BIELSA J.C. y FERNÁNDEZ TORRES I., *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Ed. Civitas, Navarra.
- FERNÁNDEZ TORRES, I. (2015) “La inviabilidad como presupuesto de la resolución de las Entidades de crédito a la luz de la Ley 11/2015 de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. Primera Aproximación”, en *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil UCM, nº 95*. Ed. Universidad Complutense de Madrid.
- FERNÁNDEZ-SORDO LLANEZA E. (2014), “El Gobierno corporativo de las entidades financieras ante la crisis económica”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dir.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra).
- FERRERES COMELLA, V. (2012), “La crisis del euro y la regla de oro: Problemas constitucionales”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Especial reformas estructurales / Extraordinario-2012.
- FIELD L. y PÉREZ D. (2009), “El informe del grupo de alto nivel sobre supervisión financiera en la UE: el Informe Larosière”, *Estabilidad Financiera nº 16*, Ed. Banco de España (Madrid).
- FRANCH I SAGUER, M., (1992), *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorros*, Ed. Civitas (Madrid).
- FUENTES MARTÍN, F. y LOZANO GUTIÉRREZ, M.C. (2003), “Regulación bancaria y de capitales”, en GONZÁLEZ LAXE, F. y SEQUEIROS TIZÓN, J.G. (eds.), *Orden económico mundial. Globalización y desarrollo*, Ed. Netbiblo – Sociedad de Economía Mundial (La Coruña).
- FUENTES NAHARRO M. (2016), “MIFID II: hacia el reforzamiento de la protección del inversor”, en ALINSO LEDESMA C. (Dir.), *Hacia un sistema financiero de nuevo cuño: reformas pendientes y andantes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- FUENTES QUINTANA, E. (1999), “Ensayo introductorio”, en FUENTES QUINTANA (dir.) *Una introducción al pensamiento económico*, Ed. Galaxia Gutenberg – Círculo de lectores, Barcelona.

- FUENTETAJA PASTOR, J. A. (2014), "Del "derecho a la buena administración" al derecho de la Administración europea", *Cuadernos europeos de Deusto*, nº 51 (Ejemplar dedicado a: Buena administración en la Unión Europea).
- FUENTETAJA PASTOR J. (2017), "Invalidez y revisión de los actos administrativos contrarios al derecho europeo", ponencia presentada en el *XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017, sobre "El alcance de la invalidez de la actuación administrativa"*.
- FUERTES SUAREZ J.L. (1987), "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del crédito y la banca", en MARTÍN-RETORTILLO S. (Dir.), *Estudios de Derecho público bancario*, Ed. Ceura, Madrid.
- GALBRAITH, J. K. (traducción de 1992, de ÁLVAREZ FLOREZ J.M.), *La cultura de la satisfacción*, Ed. Ariel (Barcelona).
- GALLARDO CASTILLO, M.J. (2016), *Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma. Práctica jurídica*, Ed. Tecnos, Madrid.
- GARCÍA ALCORTA, J., (2011), "El nuevo marco institucional relativo a la supervisión financiera en la Unión Europea", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* nº 29-2011.
- GARCÍA ALCORTA J. (2013), "Observaciones en torno al mecanismo único de supervisión bancaria en la Unión Europea", en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 34.
- GARCÍA ÁLVAREZ B. (2014), "La remuneración de los administradores de las entidades de crédito: últimas orientaciones", en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dir.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra).
- GARCÍA ÁLVAREZ G. (2006), "La modulación de la responsabilidad de la Administración en determinados casos de ejercicio ilegal de potestades urbanísticas", en *Revista de Administración Pública*, Ed. CEPC, Madrid, núm. 169, Madrid.
- GARCÍA ALVAREZ G. (2014), "La construcción de una unión bancaria europea: La autoridad bancaria europea, la supervisión prudencial del Banco Central Europeo, y el futuro Mecanismo Único de Resolución", en TEJEDOR BIELSA y FERNÁNDEZ TORRES (Coords.), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Ed. Civitas – Thomson Reuters (Navarra).

- GARCÍA ÁLVAREZ G. (2017), “Las autoridades europeas de supervisión y su compatibilidad con el Derecho Europeo”, en BELANDO GARÍN (Dir.), *La supervisión del mercado de valores: la perspectiva del inversor-consumidor*, Ed. Civitas (Navarra).
- GARCIA ARIAS J. (2004), “La estabilidad cambiaria como bien público global. Algunas consideraciones de eficiencia”, en *Crisis monetarias y financieras internacionales* Julio-Agosto 2004, nº 816, Ed. ICE.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE E. (1962), “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, en *Revista de administración pública*, nº 38.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1996), “Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la ley de costas”, en *Revista de Administración Pública* nº 141, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid).
- GARCÍA DE ENTERRIA, E. (1996), *Democracia, jueces, y control de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1998), *Democracia, jueces y control de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2011), *Democracia, Ley e inmunidades de poder*, Ed. Aranzadi, Navarra.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (2013) *Curso de Derecho Administrativo I*, Ed. Civitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T.R. (2013), *Curso de Derecho Administrativo II*, Ed. Aranzadi, Navarra.
- GARCÍA LACORTA, J. (2011), “El nuevo marco institucional relativo a la supervisión financiera en la unión europea”, *Revista de Actualidad Jurídica Uría Menéndez* / 29-2011.
- GARCÍA MACHO R. (1985), “La expropiación del Grupo R.U.M.A.S.A, en torno a una conflictiva sentencia del Tribunal Constitucional español”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 11.
- GARCÍA MACHO R. (1988), *Reserva de Ley y potestad reglamentaria*, Ed. Ariel, Barcelona.
- GARCÍA MACHO R. (2010), “El derecho a la información, la publicidad y la transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el

público”, en GARCÍA MACHO R. (Ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Ed. Marcial Pons, Madrid.

GARCÍA MACHO R. (2014), “Ordenación económica transparente en el Derecho Público nacional y europeo”, en GARCÍA MACHO R. (Ed.), *Ordenación y transparencia económica en el Derecho Público y Privado*, Ed. Marcial Pons (Madrid).

GARCIA QUERO, F.J. (2010), “Aproximación crítica a la crisis económica mundial: Sistema capitalista, política monetaria y globalización financiera” en *Pecunia (Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de León)*, nº 10-2010.

GARCÍA RUBIO F. (2012), “El preocupante presente e incierto futuro de las cajas de ahorro. Reflexiones sobre su régimen jurídico”, en REBOLLO PUIG, M., *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2000), *La posición jurídica del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales*, Ed. Civitas, Madrid.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2013), “Fundamentos y características de la regulación bancaria”, en MUÑOZ MACHADO Y VEGA SERRANO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica (Vol. X, Sistema Bancario)*, Ed. Iustel, Madrid.

GARCIA-PITA y LASTRES, J.L. (1999), “El Derecho Bancario: consideraciones generales”, en *Anuario de Facultade de Dereito*. Ed. Universidade da Coruña.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., (2008), *El derecho bancario: consideraciones generales*, Ed. Comares.

GARDINI G. (2002), “La crisis de la diferencia entre derechos subjetivos e intereses legítimos en Italia”, en *Revista Derecho del Estado*, nº 13.

GARICANO y LASTRA (2010), “Towards a new architecture for Financial Stability: Seven principles”, *Journal of International Economic Law*, Vol.13, Nº 3, Septiembre 2010.

GIMENO FELIU J.M. (2015), “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en *Las nuevas directivas de contratación pública: (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi (Navarra).

GÓMEZ CORONA, E. (2007), “El control parlamentario en la jurisprudencia constitucional”, en *Teoría y realidad constitucional*, Nº 19.

- GÓMEZ DE MIGUEL J.M. (2013), “La solvencia de los bancos”, en MUÑOZ MACHADO S. y VEGA SERRANO J.M. (2013), *Derecho de la regulación económica, Vol. X, Sistema Bancario*, Ed. Iustel, Madrid.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ AGUADO, PARTAL UREÑA, y TRUJILLO PONCE (2013), “Sistemas de Garantía de Depósitos: Impacto de la propuesta de la UE en el sector bancario español”, en *Universia Business Review*, nº 37.
- GÓMEZ GONZÁLEZ y OJEDA JOYA (2015), *Política monetaria y estabilidad financiera en economías pequeñas y abiertas*, Ed. Banco de la República de Colombia, Bogotá.
- GÓMEZ JIMÉNEZ, M.L. (2012), “La crisis financiera. Un aviso sobre el alcance de la regulación en Estados Unidos: algunas reflexiones al hilo del informe Squam Lake”, en REBOLLO PUIG M. (Dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria (Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo)*, Ed. Iustel, Madrid.
- GÓMEZ JIMÉNEZ, M.L. (2017), “Del curioso caso de las clausulas suelo, y el principio de interpretación conforme, a tenor de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016”, comunicación presentada en el *XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017, sobre “El alcance de la invalidez de la actuación administrativa”*.
- GÓMEZ PUENTE, M. (1994), “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, *Documentación administrativa*, nº 237-238, (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas / coord. por Luis Martín Rebollo).
- GONZÁLEZ CUSSAC J.L. (2016), “Responsabilidad penal sobre OPS de acciones en el mercado bancario: el caso BFA-BANKIA”, en MARIMÓN DURÁ R. (Dir.), *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial. Análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Ed. Aranzadi (Navarra).
- GONZÁLEZ GARCÍA J.V. (2014), “La intervención temprana de las entidades de crédito”, en TEJEDOR BIELSA J.C. y FERNÁNDEZ TORRES I., *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Ed. Civitas, Navarra.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (2016), “Mecanismo único de resolución bancaria. Aspectos institucionales”, en ALONSO C. (dir.), *Hacia un sistema financiero de nuevo cuño: Reformas pendientes y andantes*, Ed. Tirant lo Blanch (Valencia).
- GONZÁLEZ MÉNDEZ, V.M. (2009), Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa. Núm. 39, junio 2009, haciendo una reseña de FREIXAS, HARTMANN y MAYER

- (2008), *Handbook of European Financial Markets and Institutions*, Oxford University Press.
- GONZÁLEZ MOTA E. y MARQUÉS SEVILLANO J.M., (2010), “Dodd-Frank Wall Street Reform: Un cambio profundo en el sistema financiero de Estados Unidos”, en *Revista de Estabilidad Financiera*, núm. 19, Ed. Banco de España.
- GONZÁLEZ PÉREZ J. (1996), *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid.
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ J.C. (2014), “Aspectos controvertidos del régimen jurídico del FROB”, en COLINO MEDIAVILLA y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, (Eds/Dirs.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada.
- GONZÁLEZ-EIRAS M. (2009), “Cuotas y poder de voto en el FMI: teoría y evidencia”, Ed. Banco Central de República Argentina, *Ensayos Económicos* 55, julio - septiembre 2009.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M., (2012) “Las líneas de defensa frente al riesgo soberano y al 'efecto contagio' en los mercados. ¿Qué papel puede y debe jugar la política monetaria?” Ed. Banco Central Europeo.
- GRÁVALOS OLIVELLA J. (2010), “La responsabilidad patrimonial del Estado como vía de recuperación de ingresos tributarios indebidos”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 26-2010*.
- GRIFFITH-JONES, S., y KIMMIS, J. (2002) “The Reform of Global Financial Governance Arrangements”, Ed. New rules org.
- GUICHOT REINA E. (2014), “La nueva Ley de Transparencia, un reto para la gestión de las organizaciones públicas”, en *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria = Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Nº. 6.
- GUILLEM CARRAU J. (2011), “La buena administración en la UE tras el Tratado de Lisboa: ¿más por menos?”, en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, nº 25.
- GUILLÉN CARAMÉS, J. (2012), “Reflexiones acerca del nuevo régimen jurídico de las cajas de ahorros”, en REBOLLO PUIG, M., *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid.
- GUITIERREZ ALONSO, J.J. y GUICHOT REINA, E. (2013), “La transparencia en la regulación bancaria”, en MUÑOZ MACHADO S. y VEGA SERRANO J.M., *Derecho de la regulación económica, Vol. X, Sistema Bancario*, Ed. Iustel, Madrid.

- GUTIERREZ ALONSO y GUICHOT REINA (2013), “La transparencia en la regulación bancaria”, en MUÑOZ MACHADO y VEGA SERRANO (dirs.), *Regulación económica, Vol. X Sistema Bancario*, Ed. Iustel (Madrid).
- GUTIERREZ LÓPEZ, C. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ J.M. (2006), “Evolución del proceso de regulación bancaria hasta Basilea-2: Origen, características y posibles efectos” en *Pecunia*, nº 2-2006.
- GUYNN R.D. (2010), “The financial panic of 2008”, en *A survey of current regulatory trends*, nº octubre 2010, Ed. The International Bar Association’s (Task Force on the Financial Crisis).
- HAMEL J., (1933), *Banques et opérations de banque*, París.
- HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ J.C. (2012), “Discrecionalidad y control de las apreciaciones económicas de la Comisión en el marco del Derecho europeo de control de concentraciones”, en REBOLLO PUIG M. (Dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria (Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo)*, Ed. Iustel, Madrid.
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN M. (1999), “La constitución económica: Desde la ambigüedad a la integración”, en *Revista española de derecho constitucional*, nº 57.
- HIDALGO ROMERO R. (2012), “Hacia la desaparición de las cajas de ahorros: la transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6 (octubre 2012).
- HIDALGO ROMERO R. y PIAZZA DOBARGANES L., (2013), “Consideraciones preliminares sobre la regulación proyectada de las fundaciones bancarias”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11/2013 (marzo), Ed. Aranzadi (Navarra).
- HORTAL IBARRA J.C. (2014), “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo resolver la cuadratura del círculo”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4.
- Informe “Spain: Financial Stability Assessment”, (Junio 2012), IMF Country Report Nº 12/137, Ed. International Monetary Fund - Publication Services (Washington, D.C.)
- Informe *A New Foundation: Rebuilding Financial Supervision and Regulation* (2009), Departamento del Tesoro EEUU, Washington.
- Informe *A Strategy for IMF Reform*, (2006), International Monetary Fund, Policy Analyses in International Economics, nº 77, Washington.

Informe Larosière, Bruselas 25 de febrero de 2009.

INGHAM, J.N. (1983), *Biographical Dictionary of American Business Leaders*, Ed. Greenwood Publishing Group (Connecticut).

IRACULIS ARREGUI N., (2014), "Gobierno de la fundación bancaria: La importancia relativa de la figura del patrono con conocimientos y experiencia específicos en materia financiera" en COLINO MEDIAVILLA y GONZÁLEZ VÁZQUEZ (Dir.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada.

IRURZUN MONTORO F. (2009), "Las Administraciones reguladoras y supervisoras a la luz de algunos de los elementos típicos del control jurisdiccional", *La Administración reguladora y supervisora: Visión teórico-práctica*, Ed. Dykinson, Madrid.

IZQUIERDO CARRASCO M. (2012), "La supervisión pública sobre las entidades bancarias", en REBOLLO PUIG, M., *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid.

IZQUIERDO CARRASCO M., (2012), "La supervisión pública sobre las entidades bancarias", en REBOLLO PUIG (Dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid.

IZQUIERDO CARRASCO M., (2013), "¿Cabe el empleo de entidades Colaboradoras en la supervisión sobre Entidades de crédito?" en DÍEZ SÁNCHEZ, J.J. (coord.) *Función inspectora: Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública (Madrid).

IZQUIERDO CARRASCO, M. (2013), "La inspección del Banco de España sobre las entidades de crédito", en MUÑOZ MACHADO S. y VEGA SERRANO J.M. (2013), *Derecho de la regulación económica, Vol. X, Sistema Bancario*, Ed. Iustel, Madrid.

JAÉN VALLEJO M. (2002), "Responsabilidad civil subsidiaria del estado (art. 121 CP): Nota sobre el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 4.

JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ A. (1986), "Responsabilidad administrativa por culpa "in vigilando" o "in ommittendo""", en *Poder Judicial*, nº 2, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

JIMÉNEZ-BLANCO A. (1989), *Derecho Público del mercado de valores*, Madrid.

- JIMÉNEZ-BLANCO y CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (1994), “El Banco de España y las entidades del mercado financiero”, en ALONSO UREBA A. y MARTINEZ-SIMANCAS Y SÁNCHEZ J. (Dirs.), *Derecho del Mercado Financiero, Tomo I*, Ed. Banco Central Hispanoamericano S.A. – Civitas, Madrid.
- JIMENEZ BLANCO A. (2013), “La función inspectora en el ámbito financiero (La supervisión de las entidades de crédito)”, en DÍEZ SÁNCHEZ J.J. (Coord.) *Función inspectora*, Ed. INAP.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (2013), *Regulación bancaria y crisis financiera*, pág. 13, Ed. Atelier (Barcelona).
- KELLY, NG, y REILLY, “Two Big Funds At Bear Stearns Face Shutdown; As Rescue Plan Falters Amid Subprime Woes, Merrill Asserts Claims”, en *Wall Street Journal* de 20 de junio de 2007.
- KETTL D.F., (2000), “The Transformation of Governance: Globalization, Devolution and the Role of Government”, *Public Administration Review*, vol. 60, nº 6.
- KLEIN, N. (2007), *The Shock Doctrine: The rise of disaster capitalism*, Ed. Metropolitan Books (New York).
- LAFONT NUCUESA, L. (2008), “Comentario a la STSJ del País Vasco número 354/2007, de 17 de mayo de 2007: La inspección de las cajas de ahorro por las comunidades autónomas y el Banco de España”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 82.
- LANDREZ y COLLANDER (2006), *Historia del pensamiento económico*, Ed. McGraw-Hill (Madrid).
- LARA ORTIZ M.L. (2016), “La expansión actual del contenido de supervisión prudencial en el marco internacional, en la Unión Bancaria, y en la Ley 10/2014, de 26 de junio; perspectivas de futuro”, en ALONSO LEDESMA C. (Dir.), *Hacia un sistema financiero de nuevo cuño: reformas pendientes y andantes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- LASTRA R.M. (2010), “Modelos de regulación financiera en el Derecho comparado”, en MUÑOZ MACHADO y VEGA SERRANO (dirs.), *Regulación económica, Vol. X Sistema Bancario*. Ed. Iustel (Madrid)
- LEGAZ LACAMBRA L. (1951), “El Estado de Derecho”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 6.
- LEÓN SANZ, F.J. (2014), “Los fundamentos de los requisitos de capital en la regulación de las entidades de crédito”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra).

- LOPEZ GARCIA, M.I., (2012), "La Comisión Europea y su papel ante la crisis", en *La regulación económica, en especial, la regulación bancaria, Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Ed. Iustel, Madrid.
- LÓPEZ MENUDO F. (2000), "Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso: un paso adelante en la definición del sistema", en *DS: Derecho y salud*, Vol. 8, Nº. 2.
- LÓPEZ, RODRIGUEZ Y AGUDELO (2010), "Crisis de deuda soberana en la eurozona", *Perfil de Coyuntura Económica* Nº. 15, agosto 2010, Ed. Universidad de Antioquia.
- LUCAS MARTIN, E.P. (2014), "Competencias mercantiles del FROB", en COLINO MEDIAVILLA y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, (Eds/Dirs.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada.
- LUTTER, M. (2004), "L'interpretazione del diritto privato europeo e del diritto armonizzato", Napoli.
- MACCARONE S. 2013), "Il Fondi di garanzia dei depositante come strumento di Vigilanza", en NIGRO A. (Dir.), *Diritto della banca e del mercato finanziario Vol.1*, Ed. Pacini (Pisa).
- MACHUCA J.C. y ACOSTA T., (2015), "Chapter 41: SPAIN", en PUTNIS J. (Ed.), *The Banking Regulation Review*, Ed. Law Business Research Ltd, London, United Kingdom.
- MALDONADO L. (Coord.), (2014), "La Unión Bancaria: ahora empieza de verdad", Informe del Centro del Sector Financiero de PwC e IE Business School, Ed. Centro del Sector Financiero PwC e IE Business School, Madrid.
- MANCILLA I MUNTADA F. (2014), *La recepció a Catalunya del dret a una bona administració. La governança i el bon govern*, Col·lecció Institut d'Estudis Autònoms n° 89, Ed. Institut d'Estudis Autònoms (Generalitat de Catalunya).
- MANGAS MARTÍN A. (2008), "La distribución de competencias en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad", Ed. Fundación Giménez Abad, Zaragoza.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (2006), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (5ª ed.), Ed. Tecnos, Madrid.
- MANZANO y VALERO (Dirs.), (2008), *Guía del Sistema Financiero Español*, Ed. Empresa Global, Madrid.

- MARTÍN MARÍN J.L. y TÉLLEZ VALLE C., (2009), “La regulación y supervisión del sistema financiero ante la crisis económica”, *Boletín de Estudios Económicos* Vol. LXIV - N.º 198 - Diciembre 2009.
- MARTÍN MATEO R., (1973), *Ordenación del sector público en España*, Ed. Civitas, Madrid, pág. 499.
- MARTÍN REBOLLO L. (1994), “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica”, *Documentación administrativa*, nº 237-238, (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas / coord. por Luis Martín Rebollo), Ed. INAP, Madrid.
- MARTÍN REBOLLO L. (2000), “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración, un balance y tres reflexiones”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2000.
- MARTÍN RETORTILLO S. (1970), *La disciplina publicista del crédito*, Ed. CEDAM, Padova.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2012), “El nuevo Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza de la UEM: Reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los Tratados constitutivos”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 16, Nº 42.
- MARTINEZ CAÑELLAS A. (2014), “Principios de reestructuración y resolución de entidades de crédito en España y Ley Concursal”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dir.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra).
- MARTINEZ DALMAU R. (2005), *Constitución, legitimidad democrática y autonomía de los Bancos Centrales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍNEZ MUÑOZ M. y CHAPA SÁNCHEZ DEL CORRAL A. (2014), “Una aproximación a la regulación de las fundaciones bancarias”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 92 mayo-agosto 2014, Ed. ICADE.
- MARTÍNEZ NOVELLA S. (2002), “La responsabilidad civil, penal y administrativa de las autoridades y los funcionarios”, *Cuadernos de derecho local*, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local.
- MARTINEZ PARDO R. (2007), “La FEF evalúa el impacto de la MiFID”, en *BOLSA*, nº Julio/2007.
- MARTÍNEZ PARERA, M. (2009), “Organización de la supervisión financiera: ¿hacia un modelo "twin peaks"?", en *Economistas*, Año Nº 27, Nº 120, 2009.

- MARTINEZ ROSADO J. (2014), "El carácter sistémico de las cajas de ahorros tras la Ley 26/2013", en COLINO MEDIAVILLA y GONZÁLEZ VÁZQUEZ (Dir.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER L. (1963), "Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción", *Revista de administración pública*, nº 42.
- MARTIN-RETORTILLO S. (1957), "La desviación de poder en el Derecho español", en *Revista de Administración Pública* nº 22.
- MARTIN-RETORTILLO BAQUER S., (1975), *Crédito, banca y cajas de ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*. Ed. Tecnos, Madrid.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER S. (1989), "Reflexiones sobre la Ley de disciplina e intervención bancaria", en *Revista de administración pública*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Nº 118.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1991), ob. cit. *Derecho Administrativo Económico*, Ed. La Ley, Madrid.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1991), *Derecho Administrativo Económico II*, Ed. La Ley, Madrid.
- MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., (1991), "Sistema bancario y crediticio", en MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S. (dir.), *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, Ed. La Ley (Madrid).
- MARTÍN-RETORTILLO S., (1996), "Reflexiones sobre la «huida» del derecho administrativo", en *Revista de Administración Pública* Núm. 140, mayo-agosto 1996.
- MASERA, R. (2008), "Core, mantle, industry: banks' capital standards", en SCAZZIERI, SEN, y ZAMANGI (eds.) *Markets, Money and Capital*, Ed. Cambridge University Press (New York).
- MATIAS CAMARGO S. R. (2013), "La Teoría del Servicio Público y las Telecomunicaciones", en *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, Nº. 38.
- MAZUELOS BELLIDO, A. (2004), "Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?", Ed. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* nº 8-2004, disponible en www.reei.org.
- MEDINA ALCOZ L. (2005), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad, y la deslealtad, desde una revisión general del sistema*, Ed. Civitas (Navarra).

- MEILÁN GIL J.L. (2013), “La buena Administración como institución jurídica”, en *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, nº 87.
- MELÉNDEZ HUELIN, O. (2013), “La supervisión, inspección y sanción de las entidades de crédito”, en CAMPUZANO, CONLLEDO y PALOMO (Dir.), *Los mercados financieros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- MIGUEZ MACHO L. (2017), “Validez y eficacia de los actos administrativos que aplican Leyes contrarias al derecho de la unión europea: reflexiones En torno a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2012”, comunicación presentada en el *XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017, sobre “El alcance de la invalidez de la actuación administrativa”*.
- MINGOT M. (2014), “Aspectos jurídicos relevantes de los procesos de reestructuración de entidades de crédito”, en COLINO MEDIAVILLA J.L. y GONZÁLEZ VÁZQUEZ J.C. (Eds./Dir.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de las crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada.
- MINGUEZ HERNÁNDEZ F., (2014), “Las Autoridades Europeas de Supervisión: Estructura y funciones”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 27, Madrid.
- MINGUEZ HERNANDEZ, F., “La estructura del nuevo marco prudencial y supervisor: hacia Basilea III”, en Cuatrecases, Gonçalves Pereira.
- MINGUEZ PRIETO R. (2013), “La incidencia de las normas prudenciales bancarias en estructuras de financiación mercantiles”, en MUÑOZ MACHADO S. y VEGA SERRANO J.M., *Derecho de la regulación económica, Vol. X, Sistema Bancario*, Ed. Iustel, Madrid.
- MODY A. (2013), “Sovereign debt and its restructuring framework in the euro area”, pág. 5, Bruegel Working Paper 2013/05, Ed. University of Pittsburgh.
- MONTEDURO M. (2011), “El carácter multidimensional de la imparcialidad administrativa y el principio de objetividad: reflexiones sobre la experiencia italiana”, *Revista Documentación Administrativa* nº 289, enero-abril.
- MONTI M. (2012), *Le parole e i fatti*, Ed. Rizzoli Bookstore (New York).
- MONTORO BALLESTEROS M.A. y FERNÁNDEZ-CARVAJAL R., (1983), *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, Ed. Universidad de Murcia.

- MONTT OYARZÚN S. (2011), “Autonomía y responsabilidad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del Derecho administrativo y sus principios fundamentales”, en DE LA CUÉTARA, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, y VILLAR ROJAS (Coords.), *Derecho Administrativo y regulación económica, Liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, Ed. La Ley, Madrid.
- MORALES J. (1998), “Estado y privatizaciones”, Cuadernos de relaciones laborales, Nº 13.
- MORENO MOLINA A.M. (2000), “La Administración pública de los Estados miembros como Administración comunitaria. Referencia a la situación española”, en PAREJO ALFONSO y OTROS, *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid.
- MUÑOZ GUIJOSA M.A. (2012), “Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 187, Ed. CEPC, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO S. (1994), “La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo”, en MARTÍN REBOLLO (Coord.), *Documentación administrativa*, nº 237-238, (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas).
- MUÑOZ MACHADO S. (2003), “Los límites constitucionales de la libertad de empresa”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr., D. Sebastián Martín-Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO S. (2009), “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, en *Derecho de la regulación económica I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Ed. Iustel, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2011), *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General, T. IV*, Ed. Iustel, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO S. (2012), “Regulaciones económicas y privaciones patrimoniales (sobre los límites de la intervención de entidades de crédito por el Banco de España: el ejemplo de las Cajas de Ahorros)”, en REBOLLO PUIG, M., *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO S. (Coord.), (2013), *Las Comunidades Autónomas y la Unión Europea*, Ed. Academia Europea de Ciencias y Artes, Salzburgo.
- MUÑOZ PÉREZ, A.F. (2014), “Fundaciones: Algunas consideraciones sobre el régimen de las participaciones significativas en las entidades de crédito” en COLINO

- MEDIAVILLA y GONZÁLEZ VÁZQUEZ (Dirs.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada,
- NABILOU H. (2013) en “Do Systemic Externalities Render the Public-Private Dichotomy Irrelevant? The Case of US Private Fund Regulation”.
- NOURIEL ROUBINI, “Laissez-Faire Capitalism Has Failed” (Forbes, 19 de febrero de 2009).
- NUÑEZ LAGOS F. (1977), “Aspectos jurídicos de control administrativo sobre las entidades de crédito y ahorro privado”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid.
- NYCZYPORUK J. (2004), “Legal issues of cross-border co-operation”, en SLUGOCKI J. (Ed.), *Public Administration and Administrative Law in the face of the European integration*, Ed. SLUGOCKI – UNIWERSYTET SZCZECINSKI (Szczecin, Polonia).
- OLARIAGA, L., (1946) *La ordenación Bancaria en España*, Ed. Sucesores de Ribadeneyra, Madrid.
- OLCENSE A. y MARTÍN M. (dirs), (2004), “Estudio sobre la reforma de los mercados financieros europeos: Resumen ejecutivo y principales conclusiones”, *Papeles de la Fundación de Estudios Financieros* nº 5, Ed. Fundación de Estudios Financieros (Madrid).
- OLCENSE SANTONJA, A. (2005), *Teoría y práctica del buen gobierno corporativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- OLLER RUBERT M. (2010), “El procedimiento de contratación pública como garantía de la transparencia”, en GARCÍA MACHO R. (Ed.), *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- ORÓN MORATAL G. (2013), “Poder financiero, Constitución y Unión Europea”, en ORDOÑEZ SOLÍS, D. (Coord.), *La recepción del Derecho de la Unión Europea en España*, Ed. La Ley, Madrid.
- ORRIOLS SALLÉS M.A. y ROCA SAGARRA J. (1997), *La estructura pluralista del sistema bancario en España*, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- ORTEGA ÁLVAREZ L. (1995), “La responsabilidad civil de la administración pública”, en *THEMIS: Revista de Derecho*, nº 32.
- ORTEGA E. y PEÑAGOLOSA J. (2012), “Claves de la crisis económica española y retos para crecer en la UEM”, Documentos Ocasionales Nº 1201, Ed. Banco de España.
- PAGLIARI G. (2004), *Le fondazione bancarie. Profili giuridice*, Ed. Giuffrè Editore, Milán.

- PALÁ LAGUNA R. (2013), *Los Hedge Funds y sus sociedades gestoras*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid.
- PALÀ LAGUNA R. (2014), “Shadow Banking”, en TEJEDOR BIELSA y FERNÁNDEZ TORRES (Coords.), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Ed. Civitas – Thomson Reuters (Navarra).
- PARADA J. R., (1983), “Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas”, en *Revista de Administración Pública* nº 100-102 II, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid).
- PARADA VÁZQUEZ J.R. (1994), “Las administraciones independientes”, en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Ed. Civitas, Madrid.
- PARADA VAZQUEZ J.R. (2003), “Los servicios públicos en España”, en ARISMENDI y CABALLERO (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Vol. 2.
- PAREJO ALFONSO, L. (2000), “Los principios generales del Derecho Administrativo Comunitario”, en PAREJO ALFONSO y OTROS, *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid.
- PAULUS y TIRADO (2013), en “Sweet and lowdown: a resolvency process and the eurozone’s crisis management framework”, en *Law and Economics Yearly Review*, Ed. Fondazione Capriglione – Queen Mary University of London.
- PAZ-ARES C. y NUÑEZ-LAGOS R. (2014), “Integración contractual de cajas de ahorros”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra).
- PEÑAS MOYANO, M.J., (2005) “La evolución de la normativa sobre cajas de ahorros en la comunidad autónoma de Castilla y León”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº de 6 de mayo de 2005.
- PÉREZ GÁLVEZ, J.F. (2007), *Las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*, Ed. Comares, Granada.
- PÉREZ MILLÁN D. y RECAMÁN GRAÑA E. (2014), “La resolución de las entidades de crédito: Una aproximación crítica y práctica”, en COLINO MEDIAVILLA J.L. y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. , *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares (Granada).
- PÉREZ RAMIREZ, J. (2014), “Crisis financiera: Fallos de control y de vigilancia”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra).

- PÉREZ RIVARÉS J.A. (2013), “Instrumentos de coordinación en la Unión Europea en materia de rescate y resolución de entidades financieras”, en *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 32, Nº 131, 2013.
- PÉREZ TROYA A. (2010), “Las especialidades concursales de las entidades de crédito ante la crisis financiera”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Nº 3, Ed. Facultad de Alcalá III, Madrid.
- PINEDA SALIDO L. (2011), “La crisis financiera de los Estados Unidos y la respuesta regulatoria internacional” *Revista Aequitas*, volumen 1, Ed. Asociación Veritas (Madrid).
- PIÑAR MAÑAS J.L. (2014), “Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Revista catalana de dret públic*, Núm. 49 (diciembre 2014).
- PLOSSER, C.I., (2013), “Fed Policy: Good Intentions, Risky Consequences”, *Cato Journal*, Vol. 33, Nº3 (Fall 2013).
- POMED SÁNCHEZ, L.A. (1996), *Régimen jurídico del Banco de España*, Ed. Tecnos (Madrid).
- PONCE SOLÉ J. (2014), “Crisis, bancos privados, obligaciones de servicio público, y servicio universal. Actividad bancaria y servicios de interés económico general”, en TEJEDOR BIELSA y FERNÁNDEZ TORRES (Coords.), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Ed. Civitas – Thomson Reuters (Navarra).
- PONCE SOLÉ, J. (2014), “Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero”, en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas, Nueva Época*, nº 11 (enero-junio 2014), Ed. INAP, Madrid.
- PONCE SOLÉ J. (2016), “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, en *Revista española de derecho administrativo*, nº 175.
- POSTELL J. (2012), *From Administrative State to Constitutional Government*, special report Nº 116, Ed. The Heritage Foundation (Washington), también STRAUSS, P. (1984), “The place of Agencies in Government: Separation of Power and the Fourth Branch”, *Columbia Law Review*, vol. 84.
- PREDIERI A. (1999), “Fondazioni bancarie, dismissione coattiva della partecipazione di controllo nelle società bancarie e compiti di sviluppo economicodegli enti

locale”, en AMOROSINO S. y CAPRIGLIONE F. (Coords.), *Le “fondazioni” bancarie*, Ed. Cedam, Padua (Italia).

PRIETO ÁLVAREZ, T. (2011), “Cajas de ahorros: De la tradición a su bancarización”, en DE LA CUÉTARA MARTINEZ y MARTINEZ LÓPEZ-MÚÑIZ (Coords.), *Derecho Administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, Ed. La Ley, Madrid.

PULIDO QUECEDO M. (2010), *Responsabilidad patrimonial del Estado*, Ed. Aranzadi, Navarra.

QUERO A. (2013), “Un modelo para una unión bancaria sólida”, *Política exterior* nº 151 (enero-febrero).

QUIRÓS SORO, M.F. (2012), “La transparencia en la Unión Europea”, en *Métodos de información (MEI)*, II Época, Vol. 3, nº 5, 2012.

RAJEVIC MOSLER E. (2011), “La privatización de las funciones públicas en el urbanismo y la vivienda”, en *Público y Privado en Derecho Administrativo*,.

RALLO LOMBARTE A. (2014), “Política, economía y derechos: La independencia de los reguladores (¿Quo vadis?), Reflexiones generadas a partir de la reforma constitucional de 2011”, GARCÍA MACHO R. (Ed.), *Ordenación y transparencia económica en el Derecho Público y Privado*, Ed. Marcial Pons (Madrid).

RALLO, J.R. (2011), *Los errores de la vieja economía. Una refutación de la Teoría General del empleo, el interés y el dinero de John Maynard Keynes*, Ed. Unión Editorial (Madrid).

RAMPOLLA A. (2013), “Lehman Brothers, la mayor bancarrota de los EEUU”,.

RAVINA MARTÍN P., (2012), “El régimen jurídico aplicable a las sociedades de gestión de activos y, en particular, a la SAREB”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* nº 33-2012.

RECALDE CASTELLS, A. (2009), “El papel del “Derecho” en la crisis. Algunos aspectos de la regulación financiera y de las grandes empresas en su relación con la Economía”, Documento de trabajo 150 /2009, Ed. Fundación Alternativas.

RESTOY LOZANO, F. (2011), “La supervisión de los mercados y la estabilidad financiera”, pág. 36, Ed. Unión Nacional de Cooperativas de Crédito, Madrid.

RIVERO ORTEGA R. (2011), “¿Qué reformas estructurales?”, en DE LA CUÉTARA MARTINEZ y MARTINEZ LÓPEZ-MÚÑIZ (Coords.), *Derecho Administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, Ed. La Ley, Madrid.

- RODRIGUEZ FERNÁNDEZ DE CASTRO, P. (2012), “La reforma de la MiFID: Protección del inversor”, Observatorio sobre la Reforma de los Mercados Financieros.
- RODRÍGUEZ HERRER M.E. (2016), “La supervisión de los mercados de valores en España. El papel de la Comisión Nacional del Mercado de Valores como órgano de control”, *Revista Española de Control Externo*, vol. XVIII, nº 52.
- RODRIGUEZ PELLITERO, J. (2013), “Resolución de crisis bancarias”, en MUÑOZ MACHADO S. y VEGA SERRANO M. (Dir.), *Derecho de la regulación económica, Vol. X, Sistema bancario*, Ed. Iustel, Madrid.
- RODRIGUEZ PELLITERO J. (2015) “La unión bancaria en el contexto de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 28, enero-junio 2015.
- RODRIGUEZ SANTAMARÍA, J. (2013), “Las crisis bancarias”, en CAMPUZANO, CONLLEDO y PALOMO (Dir.), *Los mercados financieros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- RODRIGUEZ, CALVO, PAREJO y CUERVO, (2008), *Manual de Sistema Financiero Español*, Ed. Ariel, Barcelona.
- RODRÍGUEZ-VÁSQUEZ J.G. y SÁNCHEZ-RIOFRÍO A.M., (2015), “Análisis comparativo del NAMA y el SAREB”, en *Análisis Financiero* nº 129.
- ROJO ÁLVAREZ MANZANEDA, R., (2008), *El reparto de competencias en materia financiera en la doctrina del Tribunal Constitucional. Especial consideración de las cajas de ahorros*, Ed. Junta de Andalucía-Aranzadi, Navarra.
- ROS PÉREZ, F. (1996), *Las cajas de ahorros en España: Evolución y régimen jurídico*, Ed. Caja Murcia, Murcia.
- RUBIO V. y HERMIDA G., (2009) “Apalancamiento y desapalancamiento, el caso español”, *Cm. economía*. Num . 14.
- RUIZ OJEDA A. L. (2015), “El saneamiento de Bankia por el FROB. ¿Confiscación regulatoria de los accionistas minoritarios?”, en *Economía industrial*, Nº 398, 2015 (*Ejemplar dedicado a: Análisis económico del derecho*).
- RUIZ, VÁSQUEZ y NUÑEZ (2006) en “Efectos de la globalización financiera en la administración y regulación de riesgos bancarios en México”, *Contaduría y Administración* (Universidad Autónoma de México), nº 219 (mayo-agosto)
- RULLI E. (2013). La responsabilità civile della Consob per omesso o carente esercizio dei poteri di vigilanza, en *Banca Borsa e Titoli di Credito, fascicolo 1*, Vol. LXIV, Ed. Giuffré (Milano).

- SÁINZ DE VICUÑA Y BARROSO, A. (2010), “La nueva función de macro-supervisión. La Junta Europea para Riesgos Sistémicos”, Ed. Ministerio Justicia (Madrid).
- SÁINZ DE VICUÑA y BARROSSO A. (2013), “La realización de una genuina unión económica y monetaria: La unión bancaria”, en ORDOÑEZ SOLÍS D. (Coord.), La recepción del Derecho de la Unión Europea en España. Derechos, mercado único y armonización fiscal en Europa, Ed. La Ley, Madrid.
- SÁINZ MORENO, F., (1983) “Ejercicio privado de funciones públicas”, en *Revista de Administración Pública*, nº 100-102.
- SALA ARQUER, J.M. (2012) “Fusiones de Cajas de Ahorro y crisis financiera” en *Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Córdoba, Ed. Iustel, Madrid.
- SALA ARQUER, J.M., (2012), “Fusiones de las cajas de ahorros y crisis financiera: los poderes de supervisión de los organismos reguladores”, en REBOLLO PUIG, M., *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid.
- SALERMO A. (1997), “El régimen jurídico del Banco de España”, en *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 17, Nº 50.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ M.A., (2000), *Banca pública y mercado. Implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*, Ed. INAP, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ M.A. (2011), “El riesgo sistémico en la regulación bancaria: Respuestas tras la crisis”, en DE LA CUÉTARA MARTINEZ, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, Y VILLAR ROJAS, *Derecho Administrativo y regulación económica, Liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, Ed. La Ley, Madrid.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A., (2011), “De la " banca pública" a las entidades de crédito públicas: delimitación y tipología. El caso español”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año nº 30, nº 121.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ M.A. (2012), “Novedades de la regulación bancaria”, en REBOLLO PUIG, M., *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Ed. Iustel, Madrid.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ M.A. (2014), “Transformaciones en la regulación bancaria. Una perspectiva desde el Derecho Público”, en COLINO MEDIAVILLA y GONZÁLEZ VÁZQUEZ (Dirs.), *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. (2014), “Novedades en el régimen de control de las conductas individuales de los gestores y administradores de las entidades de

crédito: Análisis de contenido del RD 256/2013, de 12 de abril”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra).

SÁNCHEZ ALVAREZ M. M. (1999), “La responsabilidad de la CNMV, observaciones al artículo 92 de la Ley del Mercados de valores”, en *Jueces para la democracia*, nº 35.

SÁNCHEZ CERBÁN, A. (2014), “Ley 26/2013, de 27 de diciembre de 2013, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 37-2014.

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA M. (2014), “El «día después» de la Ley de transparencia”, *Revista jurídica de Castilla y León*, Nº. 33.

SANCHEZ-BADIN, M. R. (2010), “El proyecto derecho administrativo global: Una reseña desde Brasil”, *Revista de Derecho Público* nº 24, marzo de 2010, Universidad de los Andes - Facultad de Derecho.

SÁNCHEZ-CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GULARTE J. (2011), “Novedades en el modelo de gobierno corporativo en las cajas de ahorros”, en *Cajas de ahorros: nueva normativa*, MÉNDEZ ALVAREZ-CEDRÓN J.M. (Coord.), Ed. Fundación de Cajas de Ahorros (FUNCAS), Madrid.

SÁNCHEZ-CALERO GULARTE J. (2003), “El buen gobierno de las cajas de ahorros”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 607, Ed. Aranzadi, Navarra.

SÁNCHEZ-CALERO, J., (2013), “Anteproyecto de Ley de cajas de ahorro y fundaciones bancarias”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 129.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (2014), “La crisis de las cajas y la respuesta legislativa”, en COLINO MEDIAVILLA y GONZÁLEZ VÁZQUEZ (Dirs.) *Las cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de las crisis de entidades de crédito*, Ed. Comares, Granada.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (2014), “Una aproximación a las facultades mercantiles del FROB”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra).

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J., y TAPIA HERMIDA A. (2014), “Aspectos mercantiles del régimen legal del Fondo De Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)”, en *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil* nº 2014/84, Ed. EPrints Complutense, Madrid.

SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO (2015), “La sentencia Gauweiler (C-62/14) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el programa de compra de

deuda pública del Banco Central Europeo”, en *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 41.

- SCALCIONE R. (2013), “Regolamentazione dei rating e delle credit rating agencies: una voce fuori dal coro”, en NIGRO A. (Dir.), *Diritto della banca e del mercato finanziario Vol.I*, Ed. Pacini (Pisa).
- SCARAMUZZI, F. (2003), “Las Fundaciones en el sector bancario italiano”, en Boletín Económico de ICE N° 2756.
- SCREPANTI y ZAMAGNI (2010, 2ª edición), *An outline of the history of economic thought*, Ed. Oxford University Press (New York).
- SERRA CRISTÓBAL R. (2009), “Pequeñas minorías y control parlamentario”, en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, N° 21.
- SEVILLA JIMÉNEZ, M. y TORREGROSA T. (2014), “El papel del Banco de España en el hundimiento de las Cajas de Ahorro españolas”, en *Anales De Economía Aplicada*, Número XXVIII, Ed. ASEPELT y Delta Publicaciones Universitarias.
- SHULMAN N. J. (1992), “The State Regulatory Commission History, Organization, Responsibilities, and Changing role”, en *State Public Utility Commission Operations and Management*, Ed. The National Regulatory Research Institute (Ohio).
- SIEMS, M.M. y SCHNYDER G. (2013), “Ordoliberal Lessons for Economic Stability: Different Kinds of Regulation, Not More Regulation” en *Governance: An international journal of policy, administration and institutions*.
- SILVA SÁNCHEZ J.M. (2001), “¿“ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3.
- SMITH, A. (1776), *An inquiry into the nature and causes of: The wealth of Nations (La riqueza de las naciones)*, Ed. The Electronic Classics Series (la edición es de 2005), Jim Manis (Editor), The Pennsylvania State University-Hazleton.
- SOMMERMANN K.P. (2010), “La exigencia de la administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho”, en GARCÍA MACHO R. (Ed.), *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- SORIANO GARCÍA, J.E. (1987), “Cajas de ahorro”, en MARTIN-RETORTILLO S., *Estudios de Derecho Público Bancario*, Ed. Ceura, Madrid.

- SORIANO GARCÍA E. (1993), *Desregulación, privatización, y Derecho Administrativo*, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia (Depositario Cometa S.A., Zaragoza)
- SPINDLER G. (2014), “Reforma de gobierno corporativo al nivel de los órganos de *risk management*”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dir.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra).
- STEFANELLI S. (2005), *Problema e sistema delle Fondazioni bancarie*, Ed. Università degli Studi di Perugia y Fondazine Cassa di Risparmio di Perugia.
- STIGLITZ, J.E. (2004), *Los felices noventa*, Ed. Taurus, México.
- TAPIA HERMIDA A. (1987), “Líneas generales de la evolución histórica del Derecho público bancario”, en MARTÍN-RETORTILLO, S., (Dir.), *Estudios de Derecho Público Bancario*, Ed. Ceura, Madrid.
- TAPIA HERMIDA, A.J. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE J. (2014), “Aspectos mercantiles del régimen legal del fondo de reestructuración ordenada bancaria (FROB)”, *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil UCM 2014/84*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- TARDÍO PATO J.A., (2006), “El principio constitucional de audiencia del interesado y el trámite del artículo 84 de la Ley 30/1992”, en *Revista de administración pública*, nº 170, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- TAVARES DA SILVA, S., (2012), “La regulación económica como materia del nuevo derecho administrativo”, en *La regulación económica, en especial, la regulación bancaria, Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Ed. Iustel, Madrid.
- TEJEDOR BIELSA J.C., (2014), “A la búsqueda del equilibrio entre transparencia administrativa y protección de datos. Primeros desarrollos en el ámbito municipal”, en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas, Nueva Época*, nº 12 julio-diciembre 2014.
- TEJEDOR BIELSA, J. (2014), “Riesgo inmobiliario y saneamiento del sistema financiero, cobertura de riesgos, valoración y transferencia de activos a la sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria”, en TEJEDOR BIELSA J.C. y FERNÁNDEZ TORRES I., *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Ed. Civitas, Navarra.
- TEJEDOR BIELSA, J.C., y FERNÁNDEZ TORRES I., 2014, (Coords.), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Ed. Civitas – Thomson Reuters, Navarra.

- TEJERA HERNÁNDEZ E.V. y HERRERA MOLINA P.M. (2014), "La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* nº 141, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- TEJERIZO LÓPEZ, J.M., (2015), "La Unión Fiscal en la UE (Una visión general)", en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 28 - enero - junio 2015, Madrid.
- TIRADO I., y, PAULUS C, (2013), "Sweet and lowdown: a resolvency process and the eurozone's crisis management framework", en *Law and Economics Yearly Review*, Ed. Fondazione Gerardo Capriglione Onlus c/o Centre for Commercial Law Studies -Queen Mary, University of London (London).
- TISON M., (2005), "Do not attack the watchdog!. Banking supervisors liability after Peter Paul", en *Common market law review*, Vol. 42, nº 3, Ed. Kluwer Academic Publishers, Holanda.
- TOMÁS MALLÉN B. (2004), *El derecho fundamental a una buena administración*, Ed. INAP, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid.
- TORIBIO DÁVILA, J.J. (2003), "Tradición y modernidad en las cajas de ahorros" en *Papeles de Economía Española*, nº 97.
- TORRERO MAÑAS, A. (1993), *La crisis del sistema bancario: Lecciones de la experiencia de Estados Unidos*, Ed. Civitas (Madrid).
- TORTELLA T. (1983), "El archivo del Banco de España. Nuevas líneas de investigación", en *Actas del primer congreso sobre Archivos Económicos de Entidades Privadas*, Ed. por Banco de España, Madrid.
- TUCCI A. (2009), "Vigilanza sugli intermediari finanziari e responsabilità civile della Consob", en *Banca Borsa Titoli di Credito: rivista di dottrina e giurisprudenza*, Vol. 62, Nº 4.
- UBEL, P.A. (2009) *Free Market Madness*, Ed. Harvard Business Press (Boston), traducción de MURILLO FORT, I., (2009), Ed. Urano (Barcelona).
- UGENA TORREJÓN R. (2014), "El Mecanismo Único de Supervisión Europeo: The Single Supervisory Mechanism (SSM)", en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27 - julio - diciembre 2014 y nº 28 - enero- junio 2015.
- UGENA TORREJÓN R. (2014), "El Mecanismo Único De Supervisión Europeo", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez / Nº 36-2014*.

- UGENA R. (2016), "Hacia un sistema financiero de nuevo cuño: reformas pendientes y andantes", en ALONSO C. (dir.), *Hacia un sistema financiero de nuevo cuño: Reformas pendientes y andantes*, Ed. Tirant lo Blanch (Valencia).
- UREÑA SALCEDO J.A. (2005), *La influencia pública en las Cajas de Ahorros*, Ed. Marcial Pons, Barcelona.
- UREÑA SALCEDO, J.A., (2013), "La crisis del sistema financiero y la transformación de las Cajas de Ahorros en España", en MUÑOZ MACHADO S. y VEGA SERRANO J.M. (2013), *Derecho de la regulación económica, Vol. X, Sistema Bancario*, Ed. Iustel, Madrid.
- USTÁRIZ GONZÁLEZ L.H. (2003), "El Comité de Basilea y la supervisión bancaria", en *Universitas*, nº 105, Ed. Universidad Pontificia de Javeriana, Colombia.
- VAN SCHAİK A. (2013), "MiFID2: set to fail on food speculation: Why the review of the Markets in Financial Instruments Directive will not fulfil its mandate", Policy Briefing, April/2013.
- VANNEY, M. A. (2010), "Estado de derecho y derecho estatal", *Revista empresa y humanismo*, Vol. 13, Nº 2.
- VEGA SERRANO J.M. (2011), *La regulación bancaria*, Ed. La Ley, Madrid.
- VEGA SERRANO J.M. (2013), "El Banco de España y el sistema europeo de supervisión", en MUÑOZ MACHADO y VEGA SERRANO (dirs.), *Regulación económica, Vol. X Sistema Bancario*, Ed. Iustel (Madrid).
- VEGA SERRANO J.M. (2013), "La regulación bancaria española", en MUÑOZ MACHADO Y VEGA SERRANO (Dirs.), *Derecho de la regulación económica, Sistema bancario, Vol. X*, Ed. Iustel, Madrid.
- VEGARA D. (2006), "Funciones y objetivos del Comité de Estabilidad Financiera", *Revista de Estabilidad Financiera* nº 11, noviembre de 2006, Ed. Banco de España (Madrid).
- VELASCO GARCÍA, C. (1985), "Algunas observaciones sobre la 'Societas argentaria'" en *Historia. Instituciones. Documentos*, Nº 12, Ed. Universidad de Sevilla.
- VERGARA FIGUERAS D., (2014), "Una panorámica de la unión bancaria", en *Revista Estabilidad Financiera*, Núm. 27, Ed. Banco de España, Madrid.
- VERGES, ONTIVEROS y VALERO (2013), "La crisis bancaria y de deuda soberana en España: Orígenes e interrelaciones", *Ekonomiaz* Nº 84, 3er cuatrimestre, 2013.

- VILLAR BORDA L. (2007), “Estado de derecho y Estado social de derecho”, en *Revista Derecho del Estado*, Nº 20.
- VIÑUELAS SANZ M., (2014), “Aproximación al buen gobierno de las fundaciones bancarias. Proyecto de Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, de 7 de junio de 2013”, en RECALDE, TIRADO y PERDICES (Dirs.), *Crisis y reforma del sistema financiero*, Ed. Aranzadi (Navarra).
- VÍRGALA FORURIA, E. (2006), “Agencias (y Agencias reguladoras) en la Comunidad Europea”, *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 5.
- VIVES, X. (2010), “La crisis financiera y la regulación”, IESE Occasional Papers nº 179-2010, Ed. IESE Bussines School - Universidad de Navarra.
- WACINKIEWIZC D. (2004), “The catalogue of fundamental questions concerning the quality control of public administration”, en SLUGOCKI J. (Ed.), *Public Administration and Administrative Law in the face of the European integration*, Ed. SLUGOCKI – UNIWERSYTET SZCZECINSKI (Szczecin, Polonia).
- WEIGMANN (1996), *L’interpretazione del diritto societario armonizzato nella Unione europea*, Contratto e impresa/Europa.
- ZAMORA ROSELLÓ, M.R. (2012), “Regulación bancaria: Novedades normativas y autorregulación”, en *Regulación económica, en especial, regulación bancaria*, Ed. Iustel (Madrid).
- ZUNZUNEGUI F., (2005), *Derecho del Mercado Financiero*, Ed. Marcial Pons (Barcelona).
- ZUNZUNEGUI F. (2008), “La regulación jurídica internacional del mercado financiero”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Working Paper 1/2008 (Mayo).

ANEXO

- Transformación del sector de las cajas de ahorro durante las dos fases de la reestructuración llevada a acoba en aplicación de las normas siguientes: RD-ley 9/2009, de 26 de junio, RD-ley 11/2010, de 9 de julio, RD-ley 2/2011, de 18 de febrero, y Ley 26/2013, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.

* Intervención Banco de España

★ Participación mayoritaria FROB







