

CAPITULO II

CONTROL Y SUPERVISION BANCARIA, SU INCIDENCIA EN LA SEGURIDAD DE LOS DEPOSITOS

2.1 Preámbulo

2.2 La participación del Estado en el control de las entidades bancarias

2.3 Supervisión bancaria

- 2.3.1 Definición
- 2.3.2 Objetivo
- 2.3.3 Planteamientos generales de supervisión
- 2.3.4 Autoridad supervisora

2.4 Organos supervisores, en el marco jurídico español

- 2.4.1 Autoridad supervisora en el Sistema Europeo de Bancos Centrales

2.5 Supervisión preventiva

- 2.5.1 Vigilancia del comportamiento normativo
 - 2.5.1.1 Autorización administrativa
 - 2.5.1.1.1 Normativa comunitaria europea sobre autorización bancaria
 - 2.5.1.1.2 Ordenamiento español en el establecimiento de bancos
 - 2.5.1.2 Participaciones significativas en el capital
 - 2.5.1.3 Capacidad y competencia de los administradores bancarios
 - 2.5.1.4 Principios contables
- 2.5.2 Supervisión del capital bancario
 - 2.5.2.1 La liquidez
 - 2.5.2.2 Recursos propios y solvencia
- 2.5.3 Administración de riesgos
 - 2.5.3.1 Definición de riesgo
 - 2.5.3.2 Riesgos financieros
 - 2.5.3.3 Otros riesgos
- 2.5.4 Supervisión de grupos consolidables

2.6 Instrumentos de supervisión bancaria

- 2.6.1 Inspección bancaria
- 2.6.2 Auditoria Externa
- 2.6.3 Transparencia informativa

2.7 El Defensor del cliente

- 2.7.1 El Ombudman en otros países
- 2.7.2 Regulación de la figura en España

2.8 Conclusiones del capítulo

2.1 Preámbulo

En sus inicios, los bancos tenían la función de asegurar el dinero que les era depositado recibiendo a cambio determinadas comisiones en base a las cuales cubrían los gastos de sus instalaciones, pagaban los sueldos y obtenían un beneficio. El banquero era visto entonces como una caja fuerte a prueba de robos. Paulatinamente, su misión se fue ampliando dándose paso a

la posibilidad del crédito, que se llevaba a cabo no ya sólo con su capital propio sino con el de los clientes que dejaban recursos inmovilizados bajo la custodia de su empresa. De este modo, el banquero pasa a ser intermediario entre el ahorro y la inversión y el concepto de seguridad se centra en su capacidad para hacer frente a la demanda de sus clientes, tanto en su condición de depositantes como en la de deudores²⁴².

Desde entonces el problema de los banqueros visto desde el aspecto interno de la institución, ha consistido en buscar los métodos para asegurar a los depositantes la restitución de su dinero cuando lo demanden y hacer que los deudores a quienes se les han otorgado créditos, los devuelvan en tiempo y forma.

Visto desde el aspecto macroeconómico, la consecución de establecimientos bancarios sanos capaces de hacer frente a sus compromisos es esencial para el desarrollo de la economía de un país por su papel central de intermediación en el crédito y de la actividad económica. A nivel internacional contribuye a mantener la estabilidad del conjunto de los sistemas bancarios nacionales. Sobre todo en la actualidad en donde la falla y crisis en este sector se ha caracterizado por su capacidad de transmitirse con fuerza a diversos países.

Debido a esto, las instituciones bancarias se ven sometidas a una permanente y casi exhaustiva supervisión por parte de las autoridades financieras, lo que no quiere decir que exista una especial falta de confianza en la capacidad de los banqueros sino que estos al aceptar la custodia del dinero de terceros asumen una responsabilidad muy particular, de donde se deriva la necesidad de una vigilancia singular²⁴³.

²⁴² GONZALEZ URBANEJA, “La seguridad de los depósitos bancarios”, *Dirección y Progreso*, N.º 53, Asoc. para el progreso y la dirección, Madrid, 1980, p. 8.

²⁴³ DE JUAN, Aristóbulo, “El Banco de España y la supervisión del sistema bancario”, *PEE*, N.º 18, 1984, p. 112.

La complejidad del tema consiste en que existe un conjunto de requisitos para una supervisión y regulación eficientes, sumamente variados y complejos, siendo necesario un análisis que permita determinar cuáles de esos requisitos son más factibles desde el punto de vista económico, técnico, institucional o político y por lo tanto cual deba aplicarse primero. De otra forma podría suponerse que carece de mayor importancia la secuencia en que se adopten; lo que no es así debido a que todo conjunto de medidas comprende algunas más importantes, técnicamente menos complicadas y menos propensas a suscitar resistencia que otras. Además, en determinado momento a todo gobierno le resulta difícil introducir y a la sociedad difícil absorber y procesar eficazmente, un gran número de medidas de manera simultánea, lo que obliga a fijar prioridades²⁴⁴.

Si no se identifica qué reformas o medidas deben introducirse desde el comienzo y cuales deben postergarse, ello implica suponer que la capacidad del gobierno, de los legisladores y del propio sistema financiero de provocar el cambio es ilimitada. Si los órganos encargados de la regulación y supervisión de la actividad bancaria carecen de recursos humanos, físicos y financieros, si les falta autoridad y prestigio; si no reciben oportunamente la información que necesitan para cumplir sus cometidos y si además son vulnerables a la presión e influencia política, no estarán en condiciones de introducir y ejecutar las acciones de reforma necesarias. En esas condiciones aún cuando esas reformas se establezcan por ley o por decreto, en la práctica no podrán hacerse cumplir eficazmente²⁴⁵.

El estudio de la supervisión considerada como uno de los instrumentos de protección de los depósitos bancarios de dinero se dificulta aún más, debido a que su análisis implica hacer uso de una variedad de elementos y conceptos económicos, financieros, contables, actuariales que nos lleven a entender,

²⁴⁴ BIANCHI, Andrés, "Comentarios a la parte IV", en HAUSMANN, Ricardo y ROJAS SUAREZ, Liliana, *Las crisis bancarias en América Latina*, FCE Y BID, Chile, 1997, p. 228.

²⁴⁵ *Ibidem*.

determinar y estructurar las figuras legales adecuadas²⁴⁶, ello aunado a la ya existente diversidad de disposiciones que se complementan unas a otras, cuando no se modifican o derogan entre sí, lo que hace de ese marco normativo un terreno diverso y confuso.

En este capítulo pretendemos repasar los lineamientos generales de los diversos aspectos que abarca la supervisión bancaria y de las tendencias de su regulación en el contexto actual con la idea de buscar en lo posible un equilibrio en la determinación y aplicación de esas medidas y de avanzar hacia una mayor independencia y eficacia en la labor de los supervisores, que contribuya a fortalecer la actividad bancaria y garantizar en consecuencia, la seguridad de los depósitos de la clientela.

2.2 La participación del Estado en el control de las entidades bancarias.

Hoy en día, ni los países, ni las instituciones están en condiciones de rechazar los cambios y transformaciones operados en la ciencia, la tecnología, la comercialización, la internacionalización de la economía; eso equivaldría a renunciar a las ventajas de la innovación y la eficiencia. Junto a ello existen circunstancias derivadas de los propios cambios que no deben pasar por alto como la mayor fragilidad e incertidumbre que caracteriza en la actualidad al mundo financiero. En este sentido el reto de los sistemas regulatorios y de supervisión viene a sintetizarse, en “el establecimiento de un delicado equilibrio entre eficacia y seguridad, libertad y disciplina; desregulación y supervisión”²⁴⁷.

El Estado precisa mantener un control determinado sobre “los centros

²⁴⁶ Vide. DIAZ RUIZ, Emilio y LARRAGA, Pablo, *Productos Financieros Derivados y Mercados Organizados*, UIMP, MEFF, Edit. Civitas, Madrid, 1997. Se coincide con el autor en que “el diseño, estudio y aplicación legal son obviamente y en última instancia cosas de juristas pero malamente podrían valorarse correctamente las diferentes alternativas, que ofrecen si su labor no se ve precedida o acompañada de otros técnicos o expertos que ayuden a precisar el alcance y consecuencias de seguir uno u otro camino.” p. 24.

²⁴⁷ PRIETO FORTUN, Guillermo, “Reforma a los sistemas financieros: las responsabilidades de los organismos de supervisión”, Ponencia de la Comisión Nacional Bancaria de México, *Octava Asamblea de la Comisión de Organismos de Supervisión y Fiscalización Bancaria de América Latina y el Caribe*, México, 1992, p. 63.

generadores de los medios que financian los procesos de producción y distribución y sobre los canales por los que éstos discurren”²⁴⁸, es decir, sobre los bancos y sus operaciones. Sin duda, en casi todos los sistemas bancarios existe una cierta intervención sobre esta actividad, pero el grado de la participación pública en el sector depende de las finalidades del Estado en que éste se desarrolla.

En el ámbito de la empresa en general, la intervención del Estado ha sido definida como *“una potestad administrativa extraordinaria, en cuya virtud, por razones de interés general previamente declaradas en una norma con rango de Ley, la Administración asume mediante un acto singular, directa o indirectamente y con carácter temporal, la gestión ordinaria o la liquidación de una empresa privada o participada por las administraciones públicas con respecto de los derechos patrimoniales de los sujetos afectados”*²⁴⁹.

La Constitución Española reconoce la “libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”, que queda garantizada por los poderes públicos de acuerdo con las exigencias de la economía en general, permitiéndose por tanto sólo aquella intervención que sea compatible con la economía de mercado.²⁵⁰ Por otra parte el ordenamiento constitucional declara la subordinación de la riqueza del país al interés general y se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica e intervención de empresas cuando así lo exija el interés general²⁵¹.

La intervención del Estado en el crédito y la banca que encuentra su punto de arranque en la Ley de Ordenación Bancaria del 31 de diciembre de 1946, se justifica no sólo por su preservación de la estabilidad de la empresa sino porque tiende a garantizar la estabilidad de la provisión de medios de pago

²⁴⁸HERNANDEZ MARQUES, Hilario, “Las Potestades de Dirección y Supervisión.”, en AA.VV. *Estudios de Derecho Publico Bancario*, Dir. Sebastián Martín Retortillo, Editorial. Ceura, 1987, Madrid, p. 122.

²⁴⁹GAMERO CASADO, Eduardo, *La intervención de empresas*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 143.

²⁵⁰ Cfr. Art. 38 Constitucional.

²⁵¹ Cfr. Art. 128 L. c.

en la economía, fomenta la formación del ahorro y facilita su canalización hacia inversiones productivas, justificándose también por la garantía y defensa de los intereses de los depositantes y la protección de su buena fe.

La particular intensidad de intervención de los poderes públicos en el crédito que se conoce como supervisión bancaria, no tiene comparación con la que soportan otros sectores económicos. Viene la supervisión a facilitar la confianza en los bancos, condición imprescindible para su desarrollo y buen funcionamiento; esencial para los depositantes y para el conjunto de la economía, dada su posición central en los mecanismos de pago²⁵².

La visión convencional sobre supervisión bancaria, justifica esta con el hecho de que los depositantes individuales carecen de los conocimientos e información suficientes para elegir una entidad bancaria estable y para hacer un seguimiento en el tiempo de su insolvencia, por lo que no cuentan con los elementos necesarios para poder formular un juicio fundamentado sobre la situación de la entidad. Desde este punto de vista si el gobierno no establece las medidas de vigilancia precisas en las instituciones bancarias, los clientes serían “víctimas de banqueros ineficientes o sin escrúpulos que utilizarán los depósitos en inversiones insensatas o ilegales”²⁵³.

Esto nos lleva a pensar que ésta postura no considera la posibilidad de que la entidad bancaria pueda sufrir una crisis e incluso llegar a su quiebra por otras razones aparte de la mera actuación equivocada de los banqueros o administradores, como lo pueden ser, el deterioro de algunos de los principales indicadores económicos por ejemplo desequilibrio en las finanzas públicas; una marcada pérdida de confianza por parte de los inversionistas nacionales y extranjeros; desordenes en las principales variables

²⁵² Exposición de motivos del *Proyecto de la Ley de sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito.*; V. para un análisis de esta Ley a FERNANDEZ, Tomás Ramón, “Supervisión y disciplina bancaria en el proyecto de Ley sobre Disciplina e Intervención en las Entidades de Crédito”, *PEE*, N.º 36, 1988.

²⁵³ TORRERO MAÑAS, Antonio, *La Crisis del Sistema Bancario Lecciones de la Experiencia de Estados Unidos*, Editorial. Civitas, Madrid, 1993, p. 225.

macroeconómicas o debido a las propias fuerzas del mercado, en el sentido de que los bancos en la actualidad se enfrentan cada vez con mayor fuerza a una difícil competencia volviéndose más vulnerables a modificaciones en las preferencias del público²⁵⁴.

Actualmente, en muchos países se está aplicando un proceso de desreglamentación y liberalización del sector bancario como respuesta al papel de las fuerzas de mercado, lo que significa, que el Estado tiende a apartarse de este ámbito, permitiendo que estas cumplan un papel más importante en la intermediación financiera. Sin embargo, aunque el Estado se aparte del sector no tarda en exigirse que reaparezca como emisor de normas de prudencia que garanticen la solidez y la seguridad de la actividad bancaria en un contexto de mayores riesgos.

“La dificultad consiste en evitar que el Estado interfiera en la actividad privada como control administrativo de las transacciones financieras y, centre su atención en el suministro de bienes públicos como la seguridad y solidez del sector bancario”²⁵⁵. De ahí que el desafío consista en definir los límites que debe tener el sector público.

De estimarse la posibilidad de que se produzca la crisis o quiebra de un banco, resulta inevitable para el Estado plantearse el problema de como proteger mejor a los depositantes, lo que da lugar a un dilema para los reguladores y supervisores que se refiere a que, si las autoridades asumen las situaciones que puedan provocar que la desconfianza se generalice, entonces se anima a otros a actuar de forma irresponsable con la confianza de que son ellas las que afrontarán las dificultades. Si por el contrario se deja al mercado que se haga cargo, se plantea el riesgo de que una reacción en cadena provoque una grave situación para las entidades financieras y la propia

²⁵⁴ Sobre el tema véase WERNER WAINFELD, Martín, “Nueva Arquitectura del Sistema Financiero Internacional: Avances y Retos”, *El Mercado de Valores*, NAFINSA, México, Septiembre 9/99.

²⁵⁵ GUITIAN, Manuel, “Comentarios a la parte IV”, HAUSMANN, Ricardo y ROJAS SUAREZ, Liliana, *Las crisis bancarias en América Latina*; FCE Y BID, Chile, 1997., p. 232.

economía²⁵⁶.

La respuesta del mercado dependerá en parte de cómo suponga éste que van a actuar las autoridades ante la perspectiva de quiebra y liquidación del banco. Es claro que para estas últimas, el problema práctico es cómo determinar el momento oportuno de intervenir a fin de evitar reacciones contraproducentes del mercado²⁵⁷. El objetivo debe ser lograr que la regulación de supervisión refuerce la disciplina del mercado y no deteriorarla, lo que es más fácil de decir que de hacer ya que “el mercado tiende a guardarse los beneficios para sí mismo y a transferir a otros los costos es decir, tiende a aprovechar las oportunidades y a transferir los riesgos al contribuyente”²⁵⁸.

La cuestión que se plantea es, si los procedimientos de supervisión deben ser más estrictos o por el contrario más flexibles, de forma que permitan que los bancos quiebren y dejen que sean los mercados quienes obliguen a estos a fortalecer sus propios mecanismos internos de control y administración.

Para algunos el nivel óptimo de supervisión sólo puede determinarse por medio de la evaluación de los costos y beneficios asociados a ella. Si bien los beneficios son suficientemente conocidos, sus costos han sido poco analizados, pues es gravoso para los gobiernos financiar un grupo numeroso de supervisores y lo es también para los bancos mantener niveles de capital más altos de los que quisieran y que son exigidos por ley. Se cree que la solución implica el establecimiento de un sistema de supervisión que permita la quiebra de los bancos muy mal administrados pero evite que una crisis local se extienda a todo el sistema²⁵⁹.

²⁵⁶ CORRIGAN. *cit. post.*, TORRERO MAÑAS, Antonio, *La Crisis del Sistema Bancario Lecciones de la Experiencia de Estados Unidos*, Editorial. Civitas, Madrid, 1993, p. 230.

²⁵⁷ PECCHIOLI, Rinaldo, “Bancos sanos y salvos: tendencias de supervisión prudencial”, *CEMLA Boletín*, Vol. XXXIII, N.º 3, 1987, p. 128.

²⁵⁸ GUITIAN, Manuel, *op. cit.*, p. 232.

²⁵⁹ HAUSMANN, Ricardo y ROJAS SUAREZ, Liliana, *op. cit.*, p. 302.

Analizar los factores que influyen en las autoridades supervisoras para determinar el cierre o no de un banco en dificultades, es un trabajo difícil y condenado por adelantado al fracaso, ya que la resolución dependerá de las circunstancias particulares de cada entidad. Los supervisores no únicamente toman en cuenta criterios de coste económico sino también factores como el impacto que la fallida puede producir sobre la confianza depositada en el sistema bancario y los efectos de esta sobre los clientes pues las consecuencias del cierre serán directamente experimentadas por estos. Los organismos supervisores apuestan casi siempre por la supervivencia de la entidad, confían en que un cambio en la situación económica o la ayuda de las autoridades permitan mantenerla en funcionamiento²⁶⁰.

A éste respecto, si es cierto que resulta conveniente evitar la clausura de un establecimiento bancario y que muchas veces la resolución de su cierre por parte de las autoridades supone reconocer implícitamente la ineficacia de la supervisión llevada a cabo. Visto desde otra perspectiva, también lo es, que cerrar bancos insolventes no sólo pone de manifiesto la firmeza de la actividad de supervisión, sino que constituye la señal adecuada en cuanto a que se pondrá en acción la disciplina del mercado y de ese modo se ayudará a frenar las tendencias que conducen hacia prácticas bancarias insatisfactorias.

En cuanto al debate acerca de la conveniencia de basarse en la supervisión o en la disciplina del mercado para proteger a los depositantes y al sistema mismo, puede decirse que si bien por un lado, se confía en éste último como mecanismo de control en la medida en que los bancos deben mantener una transparencia patrimonial y contractual con el público²⁶¹; lo cierto es que no todas las partes interesadas pueden ejercer una efectiva disciplina de mercado a menos que se hallen en estrecho contacto, posean un grado similar de sofisticación y tengan igual acceso a la información en la entidad bancaria, cosa

²⁶⁰ GARRIDO TORRES, Antonio, *Crisis Bancarias Y Regulación Financiera, L'assegurança de diposits*, Documento de Treball N.º 22/91, La Caixa, Barcelona, 1991, p. 95.

²⁶¹ ZUNZUNEGUI, Fernando, *Ordenación Bancaria*, Espasa Calpe, Madrid, 1992, p. 345.

que es improbable igual que lo es el que puedan determinar la calidad de los activos o medir el riesgo que han asumido los bancos y menos aún decidir cuándo y cómo salirse de una entidad de este tipo que se encuentra en dificultades²⁶².

Por otra parte, el propio mercado tampoco cuenta en todo momento con la información indispensable o transparente para identificar los problemas con la suficiente anticipación como para ejercer la disciplina necesaria, por lo que en este sentido nos inclinamos por la supervisión para proteger a los depositantes.

El Estado considera a la protección de los depósitos bancarios de dinero un objetivo inexcusable de toda ordenación y supervisión bancaria aunque hay que reconocer que no es el único, de ser así carecerían de explicación muchas disposiciones que integran la regulación actual de supervisión y control de las entidades de crédito y que alcanzan no sólo exigencias del cumplimiento de normas de obligada observancia sino la formulación de indicaciones concretas sobre políticas de crédito o de dividendos a seguir por la entidad, etc²⁶³.

De todo lo anterior, se deduce que la participación del Estado se hace indispensable para que se de la posibilidad de construir un sistema bancario sustentado sobre bases jurídicas sólidas que otorguen seguridad a las operaciones, a los recursos de depositantes y acreedores y que al mismo tiempo sean lo suficientemente flexibles para que no se interfiera con la disciplina de mercado y se atente contra el principio de libertad de empresa.

2.3 Supervisión bancaria

2.3.1 Definición

²⁶² SANTIESTEVEAN, Carlos, “Comentario a la parte III”, en HAUSMANN, Ricardo y ROJAS SUAREZ Liliana, *op. cit.*, p. 125.

²⁶³ FERNANDEZ, Tomás Ramón, “Supervisión y disciplina bancaria en el proyecto de Ley sobre Disciplina e Intervención en las Entidades de Crédito”, *PEE*, N.º 36, 1988, p. 50.

“Es indudable que el marco de regulación en el que actúan las entidades bancarias es el resultado de la experiencia histórica de cada país y de las pautas de comportamiento existentes; tiene rasgos específicos difíciles de comprender sin tener en cuenta las notas culturales propias”²⁶⁴. Sin embargo, en el marco de la supervisión hay aspectos básicos que son tomados en cuenta a la hora de elaborar la legislación sobre esta materia, que llegan a ser comunes en la mayoría de los sistemas bancarios.

Cuando se habla de regulación bancaria se hace alusión *al conjunto de reglas o normas que determinan las actividades y operaciones que se llevan a cabo en los bancos*. Esta debe establecer un marco para las operaciones que sea prudente con el papel de los establecimientos bancarios como agentes que utilizan el dinero de los clientes. Cuando se hace referencia a la supervisión, *se entiende por esta, el proceso de verificar que esas instituciones de crédito desarrollen sus actividades de manera apropiada y de acuerdo con la regulación establecida*²⁶⁵. La supervisión viene a ser *“la especial vigilancia del Estado en el ámbito económico que tiene sobre todo como función actuar dentro del marco legal a fin de evitar actuaciones incorrectas”*²⁶⁶.

La supervisión bancaria se traduce de este modo en *“una disciplina administrativa sobre la actuación de las entidades de crédito bancarias que vigila el cumplimiento de leyes y reglamentos aplicables, al tiempo que permite mantener un control para determinar con oportunidad la situación de estas en aspectos relativos a la capacidad para acceder a la profesión de banquero y apertura de nuevas entidades, a su estructura, gestión y funcionamiento e incluso la aplicación de las normas de intervención en las posibles situaciones de crisis de tales entidades”*²⁶⁷. La supervisión, igual que la regulación en que

²⁶⁴ TORRERO MAÑAS, Antonio, *La Crisis del Sistema* op. cit., p. 227.

²⁶⁵ LLEWELLYN, cit. post. e *Ibidem*, p. 226.

²⁶⁶ JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, “Supervisión Bancaria y responsabilidad administrativa (En torno a las Sentencias del Bundesgerichtshof de 15 de febrero y de 12 de julio de 1979)”, *RDBB*, N.º 20, 1985. p. 829.

²⁶⁷ Vide. PAREJA LOZANO, Carles, “La supervisión de las entidades de crédito en los Estados

se apoya, ha de ser esencialmente prudente y juiciosa y tener por finalidad prevenir los problemas. Para ello, no sólo debe concentrarse en el cumplimiento del orden normativo, sino que también debe juzgar la calidad de los activos y de la administración, así como la capacidad de los bancos para enfrentar los riesgos a los que están expuestos corrientemente.

Mientras las actividades del prestador de última instancia o del sistema de protección de los depósitos que se encuentre establecido, pueden ser descritas como medidas *ex post*, la regulación y la supervisión son parte de una política prudencial *ex ante*²⁶⁸.

Primeramente, la regulación se encargará de proporcionar a los banqueros y a los supervisores las reglas del juego para lograr una sólida actividad bancaria. Si los primeros se apartan de esas reglas, entonces toca el turno a los segundos que deberán imponer medidas correctivas en beneficio del sistema financiero²⁶⁹. La naturaleza de la supervisión en algún sentido dependerá del tipo de banco que está siendo supervisado, sea éste pequeño o mediano que tiene una presencia doméstica y que está orientado hacia operaciones al por menor, o grande que tiene presencia internacional y se orienta hacia operaciones al por mayor.

En términos generales el conjunto de disposiciones de supervisión de las instituciones bancarias comprenden²⁷⁰:

1) Normas que tienen la intención de determinar, los requerimientos indispensables para acceder a la actividad bancaria de tal forma que se

Descentralizados”, Seminario sobre las funciones de supervisión de entidades de crédito por las comunidades autónomas, *Cuaderns de Treball*, Generalitat de Catalunya, Institut d’Estudis Autònomic, Barcelona, 1997, p. 15.

²⁶⁸ Vide. SHOENMAKER Dirk, Banking Supervision in Stage Three of EMU, *Special Paper*, N.º 72 LSE, Financial Markets Group an ESRC Research Centre, Special Paper Series, London, June, 1992. p. 13, 14

²⁶⁹ DE JUAN, Aristóbulo, “Las raíces de las crisis bancarias aspectos microeconómicos y supervisión y reglamentación”, en HAUSMANN, Ricardo y ROJAS-SUAREZ, Liliana, *op. cit.*, p. 107.

²⁷⁰ Vide. Exposición de motivos de la Ley 26/1988 de 29 de Julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

constituya una banca más sólida y segura.

2) Normas que llevan la finalidad de facilitar a la autoridad supervisora la información sobre la situación y evolución de las entidades financieras.

3) Normas que tratan de limitar o prohibir las prácticas u operaciones que incrementan los riesgos de insolvencia o falta de liquidez y que intentan reforzar los recursos propios para poder hacer frente a esos riesgos evitando perjuicios a los depositantes y acreedores, que sirvan además para controlar que se llegue a los mejores resultados posibles, promuevan la eficacia en la actividad bancaria, protejan a sus clientes del fraude y practicas engañosas contando con disposiciones que otorguen facultades coercitivas suficientes a las autoridades supervisoras y un régimen adecuado de sanciones administrativas.

2.3.2 Objetivo

Al supervisor no le debe corresponder la labor de mantener la estabilidad de las entidades bancarias, ello es tarea de la administración y de sus accionistas; pero si le corresponde vigilar por la salud de las instituciones y asegurar su buen funcionamiento. Como parte de los objetivos centrales de la supervisión se encuentra el de mantener la confianza en los sistemas financieros y reducir el riesgo de pérdida de los depositantes y acreedores²⁷¹, es decir, proteger el patrimonio del sistema de pagos. En caso de existir bancos en problemas le compete tomar las acciones oportunas que le permitan cumplir con tales objetivos. Para ello las autoridades deben procurar la eficiencia y estabilidad del sector bancario a través del establecimiento de normas; del análisis de la liquidez, la solvencia y la eficacia operativa de las

²⁷¹ CEMLA, “Comentarios presentados por Luis Cortavarría Ch. sobre la Ponencia Refuerzo del papel de la superintendencia bancaria facultades mínimas, autonomía e independencia.” *Décimo cuarta asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*. 1997, p. 107.

entidades. Mediante una supervisión adecuada de los bancos se puede identificar con oportunidad cualquier anomalía y permitir que la autoridad financiera en su caso, intervenga rápidamente impidiendo así la generalización de las dificultades²⁷².

La finalidad de los supervisores no debe consistir tampoco en tratar de mantener vivo todo banco en problemas, sino iniciar una temprana, ordenada y eficiente salida cuando las instituciones deriven en una severa descapitalización. Sólo de esta manera pueden los supervisores estar seguros de que los acreedores perderán lo menos posible y que la confianza de los ahorradores se mantendrá, y se minimizaran las pérdidas en el sistema bancario y la salud de este²⁷³.

La justificación final en muchos aspectos de la supervisión en establecimientos bancarios viene a ser la disminución de la vulnerabilidad de estos frente a ese último mecanismo de defensa de los depositantes, el pánico y retirada masiva de sus depósitos.

La claridad que los depositantes posean sobre los objetivos de la labor del supervisor les permitirá estar conscientes de que las instituciones bancarias son negocios que permanentemente administran riesgos y por ende, están sujetos a fallas. El hecho de que una entidad se encuentre en dificultades no supone necesariamente que la supervisión ha sido mala, sin que ello implique disminuir la responsabilidad de su actuación y la necesidad de que se impongan medidas correctivas en el momento oportuno²⁷⁴.

2.3.3. Planteamientos generales de supervisión

²⁷² Vide. HERNANDEZ TORRES, Ana Lilia, *Tesis FOBAPROA, Como instrumento para prevenir la inestabilidad bancaria*, Escuela Libre de Derecho, México, 1995.

²⁷³ GREEN, John H., "The Challenges of a Sound Banking System", *Banking Soundness and Monetary Policy*; Editor Charles Enoch, IMF, Washington, 1997, p. 536.

²⁷⁴ Vide. CEMLA, "Comentarios presentados por Luis Cortavarría Ch.", *op. cit.*, 107.

Uno de los fundamentos claros de la regulación es que trata de prevenir los problemas articulando medidas de control a priori que no siempre acertarán a eliminarlos todos pero reducen de antemano el riesgo de que se produzcan muchos de ellos. La capacidad de los supervisores para adoptar estas medidas antes de que se originen pérdidas o desequilibrios en una entidad bancaria dependerá de tres factores fundamentalmente: la pericia para identificar las entidades con problemas antes de que lleguen a situaciones irreversibles; que posean poderes suficientes para imponer las correcciones precisas y que tengan la determinación de hacerlo²⁷⁵.

En este sentido, los supervisores bancarios deben ser capaces de detectar dónde pueden estar produciéndose situaciones susceptibles de desembocar en problemas graves y contar con las medidas correctivas cuando detecten una falla en la entidad supervisada. Si las medidas correctivas no dan los resultados esperados deben actuar rápidamente en la resolución de los problemas que descubren ya sea mediante la intervención, el cierre o la fusión de los bancos al menor costo fiscal posible. Por ello, interesa determinar la efectividad real que tiene la actuación y presiones correctoras de los supervisores, ya que la eficacia de esas acciones es la razón fundamental que se esgrime en favor de actuaciones contundentes que fuercen el cese inmediato de la actividad cuando se detectan signos de debilidad²⁷⁶.

Se ha sostenido que lo conveniente es no actuar según normas rígidas, ya que un proceso de supervisión progresivo y la posibilidad de intervención inmediata en las entidades con signos de debilidad y con la suficiente flexibilidad para que las autoridades supervisoras puedan juzgar cuando y de que forma intervenir, inhibe la adopción de posiciones de riesgo excesivo y genera incertidumbre para los participantes del mercado ante el desconocimiento de las reacciones que pueda tener la autoridad²⁷⁷. Por otra

²⁷⁵ TREASURY, *cit. post.*, TORRERO MAÑAS, Antonio, *op. cit.* 229.

²⁷⁶ *Vide. O.c.*, p. 245.

²⁷⁷ CORRIGAN, *cit. post.*, *o.c.*, p. 232.

parte, los supervisores pese a disponer de más información que el resto del mercado necesitan tiempo para pronunciarse respecto a la viabilidad de la entidad y actuar en consecuencia una vez que se han comprobado sus problemas.

El papel del supervisor se puede ver debilitado por un marco regulatorio inadecuado; por la falta de autoridad y autonomía para exigir el cumplimiento de las normas; la falta de profesionalismo, capacitación y modernización del personal que realiza las tareas de supervisión; la carencia de información oportuna y confiable que refleje con veracidad la situación real de las entidades²⁷⁸.

No cabe duda que los supervisores, al llevar a cabo sus operaciones se ven sometidos a numerosas circunstancias que determinan sus decisiones. A veces se les hace responsables del desastre de un establecimiento bancario debido a que en ocasiones optan por mantenerse desinformados acerca de las situaciones difíciles para evitar cualquier acusación cuando los problemas aparecen finalmente como escándalos públicos; en ocasiones también se inclinan a cubrir errores del pasado y a no asumir sus responsabilidades, basándose en el deseo de proyectar una imagen favorable de su propia capacidad para controlar los acontecimientos que se producen en el ámbito de su competencia²⁷⁹. Todos estos aspectos deben tratar de controlarse y evitarse en beneficio de la protección de los depositantes y de la estabilidad del propio sistema financiero.

“La mera existencia de organismos de supervisión responsables, no basta para garantizar la seguridad y solidez del sistema bancario. También deben establecerse y aplicarse coercitivamente normas cuyo cumplimiento debe controlarse”²⁸⁰. La capacidad sancionadora del supervisor, debe estar

²⁷⁸ Vide. GAVITO MOHAR, Javier, “Crisis Bancarias y cómo prevenirlas”, *El Mercado de Valores*, México, septiembre 9/1999, p. 24.

²⁷⁹ KANE, *cit. post.* TORRERO MAÑAS, Antonio, *op. cit.*, p. 249.

²⁸⁰ KRIVVOY DE, Ruth, “Como evitar las crisis”, en HAUSMANN, Ricardo y ROJAS SUAREZ Liliana,

claramente estipulada en la ley y facultar a éste a imponer las acciones de manera directa e independiente²⁸¹. Los supervisores deben tener claras atribuciones para adoptar medidas correctivas cuando los banqueros no cumplen las reglamentaciones o se encuentran en graves dificultades. Estas medidas deben ser adoptadas en primer lugar por los banqueros, pero los supervisores deben tener autoridad para imponer multas, eliminar o despedir gerentes y miembros del directorio, prohibir la continuación de las actividades, cancelar licencias, vetar el pago de dividendos, recapitalizar e iniciar procedimientos de reestructuración cuando sea necesario.

Asegurarse de que los bancos débiles o insolventes salgan del mercado de una manera clara y rápida es uno de los aspectos más importantes de una política de supervisión. Que se demuestre al mercado que los bancos pueden quebrar, es esencial para contrarrestar los impactos adversos en la toma de riesgos incentivada por políticas de fondos de seguros de depósitos y de prestamistas de última instancia. Esto no es posible sin un marco legal apropiado que otorgue al supervisor el poder para actuar de manera autónoma e independiente²⁸².

El adecuado funcionamiento de las disposiciones de seguridad de las instituciones bancarias, depende en buena medida de la capacidad del sistema supervisor para ejercer su función que de otra forma correspondería a los acreedores, por ello se ha afirmado que en los supervisores descansa la responsabilidad de la protección necesaria.

Si la supervisión debe estar dedicada firme e invariablemente a salvaguardar la buena marcha de las instituciones en beneficio de la estabilidad del sistema financiero y los intereses del público, debe ser “lo

op. cit., p. 204.

²⁸¹ CEMLA, “Comentarios presentados por Luis Cortavarría” *op. cit.*, p. 111. Señala que las sanciones impuestas no deberían de apelarse ante la autoridad administrativa, sino a través de las instancias judiciales pero sin que ello implique que los efectos de la sanción queden en suspenso en tanto se da la resolución de la Corte, como sucede en España.

²⁸² *Vide. Ibid.*, p. 112.

suficientemente flexible y razonable para asumir el cambio; estar atenta al equilibrio entre sus fines y los medios a su alcance, para distinguir entre lo que es deseable y necesario y lo que es viable en una circunstancia concreta; estar preparada para reaccionar ante acontecimientos impredecibles pero concebibles; consciente de sus limitaciones para evitar toda crisis, pero al mismo tiempo capaz de disminuir la probabilidad de éstas y en todo caso atenuar sus efectos”²⁸³.

La autoridad supervisora no puede y no debe interferir en la jurisdicción de cada institución, determinada por la ley. El propósito de la supervisión, debe considerarse no en términos absolutos, sino como un esfuerzo por buscar un delicado equilibrio que evite las imperfecciones económicas y respete el marco jurídico existente²⁸⁴.

En cualquier aspecto de la supervisión prudencial, es necesario encontrar un equilibrio que permita asegurar por una parte que las instituciones receptoras de depósitos como los bancos lleve a cabo sus operaciones con adecuados niveles de precaución y por otra parte que sean libres para explorar y desarrollar nuevas áreas de negocio que puedan resultar beneficiosas no solamente para los propios establecimientos bancarios sino también para el conjunto de la economía²⁸⁵.

La supervisión prudencial define las relaciones entre liquidez y crédito; sin ella es probable que haya menos cuidado y que se edifiquen torres más altas de riesgo financiero sobre una base que no es suficientemente fuerte. Esto es particularmente evidente en los periodos de desregulación, cuando las autoridades pierden todo el control del crédito y una burbuja financiera

²⁸³ PRIETO FORTUN, Guillermo, “Reforma a los sistemas financieros: las responsabilidades de los organismos de supervisión”, Ponencia de la Comisión Nacional Bancaria de México, *Octava Asamblea de la Comisión de Organismos de Supervisión y Fiscalización Bancaria de América Latina y el Caribe*, México, 1992, p. 60.

²⁸⁴ ROJO, Angel, “Comentarios a la parte III” en HAUSMANN, R. y ROJAS SUAREZ, L., *op. cit.*, p. 127.

²⁸⁵ Autorización y supervisión de las instituciones receptoras de depósitos, Traducción del Libro Blanco Presentado al Parlamento Británico por el Chancellor del Exchequer, Agosto 1976, p. 8.

especulativa primero se forma y luego se revienta sin estructuras regulatorias establecidas, entonces las autoridades pierden todo el control del aspecto financiero de la economía y no hay lugar para las políticas monetaria y financiera. Por ello la regulación, el manejo prudencial de los riesgos y la política macroeconómica se deben considerar como un conjunto²⁸⁶.

Por la trascendencia que ha adquirido la naturaleza global de los mercados financieros, no podemos dejar de hacer referencia al aspecto internacional en el ámbito de la regulación y la supervisión bancaria. Si bien estas son necesarias dentro de las fronteras nacionales ahora son igualmente indispensables en el marco internacional. Inevitablemente la nueva economía afecta al plan macroeconómico de cada país y la regulación y supervisión vienen a desempeñar un papel fundamental en la determinación de los mecanismos de transmisión de la política monetaria y funcionamiento de los nuevos establecimientos bancarios.

En materia financiera, el desarrollo de la regulación internacional, ha pasado por diversas fases desde principios de los años setenta: primero la etapa de cooperación, donde las autoridades nacionales intercambiaron información y dividieron responsabilidad en el área de regulación de los mercados internacionales. En la segunda fase de coordinación, sus objetivos se basaron en establecer normas y procedimientos comunes. En la tercera fase que se llamaría de control la autoridad internacional adquiriría, mediante Tratados, responsabilidades en materia de formulación de políticas, vigilancia y aplicación”²⁸⁷.

Cabe destacar la importancia que se ha dado a la cooperación internacional, de gran trascendencia a la hora de buscar soluciones uniformes para evitar el desplazamiento del tráfico hacia los países más permisivos, en

²⁸⁶ LORD JOHN, Eatwell, “El manejo del riesgo en el sistema financiero internacional”, *El Mercado de Valores*, Septiembre, 1999, p. 48.

²⁸⁷ *Ibid.* p. 49.

detrimento no sólo de los más rigurosos sino también del buen funcionamiento general de los sistemas financieros cuya actividad se muestra crecientemente globalizada²⁸⁸.

Se ha propuesto la formulación de normas mínimas sobre regulación prudencial y supervisión que se complementen con una regulación de carácter global.²⁸⁹ Punto clave de esto consiste en establecer las bases para realizar prácticas bancarias adecuadas, por ello mucho se ha sugerido la adopción de los estándares de supervisión y regulación desarrollados por el Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria. Aunado a la creación de un sistema de intercambio de información sobre los métodos e innovaciones en materia de regulación y supervisión bancaria²⁹⁰. La propuesta quizá más ambiciosa se ha manifestado con la Recomendación que aún esta siendo analizada y que propone crear una autoridad financiera mundial o un comité permanente de regulación financiera mundial que reciba el mandato de formular las normas internacionales necesarias sobre regulación y supervisión financieras y de supervisar su adopción a nivel nacional²⁹¹.

Con base en lo anterior, es posible afirmar que la labor de supervisión se vuelve cada vez más exigente, cada día son más los requerimientos normativos

²⁸⁸ DIAZ RUIZ, Emilio y LARRAGA, Pablo, *op. cit.*, p. 43.

²⁸⁹ Algunos pasos al respecto se han dado. V. WERNER WAINFELD, Martín, “Nueva Arquitectura del Sistema Financiero Internacional: Avances y Retos”, *El Mercado de Valores*, Septiembre, 1999. La Organización Internacional de Comisiones de Valores aprobó en septiembre de 1998 los documentos: Objetivos y Principios para la Regulación del Mercado de Valores y Estándares de Diseminación para facilitar la colocación transfronteriza de Valores por parte de Empresas Multinacionales. Por su parte la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros ha publicado tres compendios de principios y estándares para mejorar la Regulación en el Mercado de Seguros. El Comité Internacional de Estándares Contables publicó un compendio de Estándares Contables Internacionales entre otros. p. 8.

²⁹⁰ *Vide. ibidem.*

²⁹¹ COMITE EJECUTIVO DE ASUNTOS ECONOMICOS Y SOCIALES DE LAS NACIONES UNIDAS, “Hacia una nueva arquitectura financiera internacional”, *El Mercado de Valores*, Septiembre 1999, p. 60. Sobre el tema v. también LORD JOHN, Eatwell, *op. cit.*, p. 46 y ss Al respecto de crear una Autoridad Financiera Mundial (AFM) se deben considerar las ventajas económicas de una organización de este tipo y cuáles deberían ser las cuestiones económicas y legales que enfrentaría, implicara identificar los problemas que resolvería cualquier institución o conjunto de instituciones que pueda superar el reto de regular eficientemente al nuevo orden financiero internacional. “ Para que la AFM realmente sea un regulador que opere en el mismo terreno que los mercados que regula, entonces necesitará llevar a cabo las mismas tareas que realizan hoy día los reguladores nacionales eficientes; es decir, información, autorización, vigilancia, orientación, aplicación y formulación de políticas. La mayoría de estas funciones correrían por cuenta de las autoridades nacionales que actuarían en colaboración con la AFM y con agentes de ésta.” p. 50.

no ya sólo a nivel nacional sino también en el marco internacional. El reto consiste en trabajar desde las normas individuales de cada país tomando lo mejor de las recomendaciones internacionales a fin de hacer sistemas bancarios con los que se pueda responder a las necesidades nacionales y de los sistemas financieros globalizados .

2.3.4 Autoridad Supervisora

Ha sido tema de discusión la problemática de determinar a quien debe encomendarse la tarea de supervisión de la banca, habiéndose expresado posiciones encontradas al respecto.

Por un lado, hay quien opina que esta función debe corresponder a una institución fuera del Banco Central ya que cuando forma parte de la estructura de este organismo tiende a quedar rezagada en relación con otras actividades propias de éste. Por lo que dada la especial labor supervisora parece conveniente promover una mayor autonomía de las instituciones encargadas de esta función, respecto de otros organismos gubernamentales²⁹². En algunos países se ha recomendado sustraer el desempeño de la supervisión al Banco Central para evitar un conflicto de intereses entre estabilidad monetaria y estabilidad financiera²⁹³.

Se afirma que hasta que un Banco Central autónomo haya establecido antecedentes destacados de orientación económica exitosa, seguirá siendo vulnerable al peligro de perder en todo o en parte su autonomía. Cuando un organismo como éste está apenas consolidando su autonomía real; transferirle funciones de regulación y supervisión de la actividad bancaria puede equivaler a darle algo que no desea, ya que asumir funciones de ese tipo

²⁹² CEMLA, “Análisis sobre la estructura y funcionamiento de las instituciones de supervisión bancaria”, *Décima Asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*, México, 1994, p. 58.

²⁹³ CROCKETT, Andrew D., “Comentarios a la parte IV”, en HAUSMANN, R. y ROJAS SUAREZ, L., *op. cit.*, p. 226.

implica la posibilidad de tener que adoptar medidas enérgicas contra determinados bancos en caso de crisis e incluso, tener que solicitar la clausura o la liquidación. Si esto ocurre, las presiones políticas que los bancos dirijan inicialmente sobre los supervisores se orientaran directamente hacia el Banco Central. Con frecuencia, las decisiones que este organismo debe adoptar para cumplir sus tareas básicas de lucha contra la inflación y mantenimiento del equilibrio de la balanza de pagos lo exponen a una oposición política considerable y en muchos casos de amplia base, en momentos en que se esfuerza por legitimar su autonomía. Agregar la hostilidad de los bancos afectados y de los intereses vinculados con ellos, podría inclinar la balanza política global contra el Banco Central mientras su autonomía es aún frágil, lo que supondría un claro retroceso para la institución²⁹⁴.

Dos criterios importantes de una supervisión exitosa son: la competencia profesional y la autonomía, que suelen ser los atributos de un Bancos Central. Con base en eso, se ha recomendado someter la actividad supervisora a la autoridad del Banco Central a los efectos de que la función de supervisión esté exenta de presiones políticas y puedan armonizarse los objetivos de la estabilidad monetaria y financiera²⁹⁵.

Los defensores de esta postura señalan que el Banco Central se preocupará más que ningún otro organismo público de que exista un sistema bancario seguro y sólido. Además puede captar y capacitar personal calificado y establecer la infraestructura tecnológica necesaria para una moderna técnica de supervisión. Si el Banco Central carece de facultades de supervisión y no puede impedir o contener directamente una crisis bancaria, le será difícil cumplir sus cometidos estatutarios de alcanzar las metas de la estabilidad monetaria y el establecimiento de un eficaz sistema de pagos²⁹⁶. En la práctica

²⁹⁴ BIANCHI, Andrés, *o.c.*, p. 230.

²⁹⁵ Como lo hace KRIVOY DE, Ruth, "Como evitar las crisis" *op. cit.*, p. 205.

²⁹⁶ PROMISEL, Larry, "Banking supervision around the world, the role of the central bank", Banking soundness and Monetary Policy, John Green, Editor Charles Enoch, IMF, Washington 1997. El autor señala que entre más cerca se encuentre el Banco Central del proceso de supervisión, más conocimiento tendrá acerca de este. Igualmente, entre más preparado este el personal para evaluar la condición financiera de los bancos

los Bancos Centrales difícilmente pueden evitar la necesidad de cumplir un papel de control en el sistema bancario, aún cuando las facultades de supervisión sean ajenas a su competencia.

Las fallas se hacen notar de manera marcada en materia de ejecución sobre todo en el caso de países en donde la supervisión se encuentra muchas veces sometida a presiones políticas. De ahí que el desafío consista en establecer una supervisión independiente con capacidad para realizar inspecciones *in situ*, que tenga poder de participar en el otorgamiento y revocación de licencias y capacidad para destituir a los directores, administradores y gerentes que no se consideran adecuados²⁹⁷.

Un enfoque mucho más prudente sostiene que ya sea que la supervisión se lleve a cabo por el Banco Central o una superintendencia especial independiente de aquel, se debe reforzar la capacidad de los organismos de supervisión existentes, a los efectos del cumplimiento de sus funciones. Si se lleva a cabo por el Banco Central es cierto que la supervisión puede tener prioridades distintas de los problemas monetarios, aunque asegurará una mejor supervisión de estos pero por otra parte la localización de las funciones de supervisión en una superintendencia asegura la independencia y una adecuada asignación de prioridades aunque puede plantear problemas de coordinación. En ambos casos la supervisión debe estar localizada en un nivel suficientemente alto en la estructura gubernamental que asegure una adecuada coordinación con la política monetaria²⁹⁸.

Más que su ubicación en la estructura gubernamental es la real autonomía legal y financiera con que el órgano supervisor cuenta y las atribuciones que posea para cumplir su cometido lo que interesa. Es decir, debe ser sin duda un órgano independiente sin excusas para actuar y con

mayores posibilidades tendrá el Banco Central para hacer juicios apropiados y oportunos. p. 311.

²⁹⁷ FOLKERTS-LANDAU, David, "Comentarios a la parte III", en HAUSMANN, R. y ROJAS SUAREZ, Liliana, *op. cit.*, p. 120.

²⁹⁸ DE KRIVOY, Ruth, *o.c.*, p. 205.

capacidad para aplicar sus resoluciones porque si su poder sancionador es débil o si los mecanismos con que cuenta para afrontar los problemas no son efectivos dichos mecanismos serán desacreditados y en casos extremos corrompidos²⁹⁹. Cualquiera que sea la postura que se adopte no cabe duda de que la supervisión debe estar a cargo de una entidad profesionalmente competente y políticamente independiente.

Por último es necesario señalar que una entidad bancaria puede estar regulada por más de una autoridad de supervisión en el país. Por ejemplo si realiza actividades bursátiles, la entidad entrará en la jurisdicción del marco regulatorio del mercado de valores. Es importante que las autoridades de supervisión estén en contacto regularmente. Que unas y otras conozcan las razones de las indicaciones hechas a la institución bancaria implicada, a fin de determinar que el curso que vaya a seguir el banco no perjudica innecesariamente la actividad o reputación del mismo en otros campos de actuación.

La supervisión del sistema financiero se facilitaría si existiera un organismo único regulador con poderes de autonomía propia tanto desde el punto de vista de ejecución como económico. “En aquellos sistemas donde existen diferentes entes reguladores y donde cada uno tiene una parcela del sistema, se dificulta el preparar leyes y otras regulaciones para ordenar las tareas que cada uno debe cumplir dentro de un sistema financiero integral”³⁰⁰.

Independientemente del sistema que se haya elegido, es primordial para el logro de la efectividad de la supervisión bancaria que ésta se encuentre claramente circunscrita a una ley y respaldada con un número importante de poderes y facultades, muchas de las cuales deben haber sido discutidas previamente. Si las facultades y poderes existen y el organismo a cargo cuenta

²⁹⁹ DE SWAAN, Tomas, “Ventajas de la Implementación de los Principios Básicos para una Supervisión Efectiva”, *Décimo Cuarta Asamblea de la Asociación de Organismos de Supervisión Bancaria de América Latina y el Caribe*; Cemla, México, 1997, p. 40.

³⁰⁰ *Ibidem*.

con autonomía e independencia, el tema de la ubicación pierde relevancia salvo que se trate de realidades en las cuales la institucionalidad es débil³⁰¹, en cuyo caso deben plantearse otros temas relacionados con el Estado de Derecho.

2.4 Organos supervisores en el marco jurídico español

No se tiene la intención de hacer historia en este apartado, tarea que hay que reconocer exige aptitudes y conocimientos particulares. Se pretende únicamente mostrar las vías por las que ha ido evolucionando la regulación de la supervisión bancaria en relación a las autoridades que llevan a cabo esta labor dentro del marco jurídico español.

La supervisión, sanción e intervención de las entidades de crédito está encomendada a las autoridades administrativas en coordinación con las autoridades políticas del sector. El Ministerio de Economía y Hacienda es la principal autoridad política del mercado financiero. Las funciones técnicas en relación con el comercio de banca corresponden al Banco de España.

La Constitución española otorga al Gobierno de la Nación la dirección de la política interna y de la Administración pública³⁰². A él corresponde la dirección de la política financiera general³⁰³, actúa como autoridad bancaria; reglamenta la solvencia y liquidez de las empresas bancarias y tiene facultades para revocar la autorización que se les concede para ejercer tal actividad.

Para lograr una mayor eficacia del control en este sector, el Ministerio de

³⁰¹ CEMLA, "Comentarios presentados por Luis Cortavarría.....", *op. cit.*, p. 107.

³⁰² *Cfr.* Art. 97. "El gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado....."

³⁰³ PEREZ DE ARMIÑAN, G., *Legislación Bancaria Española*, Banco de España, Madrid, 1983. Distingue entre política financiera y monetaria. "La política financiera sería una política estructural porque trataría sobre todo de conseguir la mejor adaptación del sistema, de sus instituciones y de los mecanismos al cumplimiento de las metas y a la satisfacción de las necesidades básicas de la comunidad, la política monetaria sería coyuntural porque su objetivo se encaminaría más bien a facilitar el funcionamiento suave y armónico del mecanismo sin alterar su contextura. Es decir la política monetaria intentaría controlar las grandes magnitudes, como las disponibilidades líquidas, la oferta monetaria etc Y otras variables como los tipos de interés, el crecimiento de los activos financieros, etc., para influir sobre el nivel y la distribución del gasto.", p. 60.

Economía y Hacienda asume algunas competencias en la materia³⁰⁴. Las funciones que se han atribuido a este Ministerio a lo largo de su evolución son la dirección y supervisión, tanto en el ámbito monetario como en el crediticio. En su potestad directiva dirige y encauza el sistema financiero hacia los objetivos de política económica general, fijados por el Gobierno³⁰⁵. Esta facultad le otorga dos tipos de competencia: la dirección de la Administración crediticia³⁰⁶ y la regulación del sistema crediticio. En cuanto a la potestad supervisora, verifica el cumplimiento por parte del sector financiero de toda la disciplina bancaria y en su caso impone las sanciones correspondientes. Le corresponde asimismo, previo informe del Banco de España la autorización para la creación de todas las entidades de crédito³⁰⁷.

La autoridad encargada de la supervisión de las entidades de crédito es el Banco de España, entidad de Derecho público que goza de personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada y que forma parte del sistema Europeo de Bancos Centrales³⁰⁸. De acuerdo con el Tratado de la Unión Europea, actúa en el ejercicio de sus funciones con independencia respecto de la administración del Estado, el Gobierno no puede dar instrucciones a este organismo sobre los objetivos o la ejecución de la política monetaria³⁰⁹.

En términos generales, el Banco de España cumple las funciones características de los bancos centrales en cuanto a que ejerce funciones monetarias de tipo de cambio, tesorería, gestión del sistema de pagos como banco emisor y tiene encomendada la vigilancia bancaria. Lleva el registro, control e inspección de las entidades de crédito, promueve el buen funcionamiento y estabilidad del sistema financiero y supervisión del cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito. Informa

³⁰⁴ ZUNZUNEGUI, Fernando, *Ordenación Bancaria*, Espasa Calpe, Madrid, 1992, p. 294.; V. Art. 48 de la Ley 26/1988 de 29 de julio.

³⁰⁵ Vide. LOB, LOCB, DLNBE, LCO.

³⁰⁶ DE JUAN, Aristobulo, “Las raíces de las crisis.....”; *op. cit.* p. 113.

³⁰⁷ Art. 43 1. Ley 26/1988 de 29 de Julio.

³⁰⁸ Cfr. Art. 1.1 Ley 13/1994.

³⁰⁹ Sobre el tema véase a ZUNZUNEGUI, Fernando, *El Derecho del Mercado Financiero*, Marcial Pons, Madrid, 1997. p. 94.

sobre las solicitudes de creación de bancos y sobre la imposición de sanciones por el Ministerio de Economía y Hacienda. Además le compete instruir los expedientes sancionadores³¹⁰ y acordar las medidas de intervención y sustitución en casos de crisis³¹¹.

La Ley de Ordenación Bancaria de 29 de diciembre de 1921 introduce la primera regulación específica sobre supervisión. “Sentando el principio de que el crédito bancario debe ser intervenido y tutelado por el Estado, se establece que las compensaciones que el Banco de España debe ofrecer a los bancos privados sólo podrán obtenerlas aquellas entidades que acepten someterse en su propio interés a un régimen de disciplina y ordenación”³¹². Con esta Ley los bancos desarrollaban su actividad en plena libertad, lo que generó la proliferación de entidades con escasa preparación técnica³¹³.

Posteriormente, la Ley de 31 de diciembre de 1946 de Ordenación Bancaria otorga al Gobierno la potestad de dictar normas generales de política de crédito³¹⁴. Esta normativa se limitó a desarrollar una ligera actualización de la Ley de 1921³¹⁵. A partir de entonces se empiezan a extender las bases de la intervención administrativa del crédito, encomendándose las facultades de autoridad crediticia al Ministerio de Hacienda, mediante la atribución de funciones directivas e inspectoras sobre la banca privada. Todo ello determinó un importante incremento del poder de la banca en la economía. La supervisión y vigilancia era ejercida primordialmente por los propios bancos que deseaban

³¹⁰ Cfr. Art. 18.a LDIEC.

³¹¹ Cfr. Art. 31 L.c.

³¹² JIMENEZ DE LA IGLESIA, “Fundamentos de la Supervisión Bancaria”, *Ponencia del Banco de España, Tercera Asamblea de la Comisión de Organismos de Supervisión y fiscalización Bancaria de América Latina y el Caribe*, CEMLA. México 1984. p. 79. Para ello, de acuerdo con la propia ley se crea un Consejo Superior Bancario, en el que se integran todos los bancos españoles dispuestos a someterse a la normativa que por ellos mismos se establezca y que logre ser refrendada por un comisario regio designado por el gobierno. p. 80.

³¹³ ALVAREZ VALDES Y VALDES, Manuel, “Síntesis Histórica de la Normativa Jurídica Española sobre la Banca Privada”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N.º 57, 1995, p. 89.

³¹⁴ Véase Exposición de motivos y Art. 2 y 43 de la Ley de Ordenación Bancaria de 1946. El primero de ellos derogado por el DL 18/1962 de 7 de junio de nacionalización y reestructuración del Banco de España (Boe 141 de 13 de junio y 30/1980 21 de junio) y el segundo derogado por la Disp. Adic. de la Ley 13/1985 de 25 de mayo de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.

³¹⁵ JIMENEZ DE LA IGLESIA, l.c. p. 80.

impedir una competencia que se saliera de los marcos por ellos mismos establecidos³¹⁶.

La participación de la actividad de la Administración en momentos de crisis bancarias tiene sus precedentes en esa Ley, en donde se regulaba la intervención del Banco de España como banco oficial en la banca privada que estuviese en una situación de crisis económica pero con la condición de que se estuvieran cumpliendo las obligaciones que la misma Ley señalaba para la realización de la actividad crediticia³¹⁷.

La Ley 2/1962 de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca y su consiguiente desarrollo legislativo “viene a establecer los cimientos de lo que ha venido a constituir la actual organización institucional del control y supervisión del sistema financiero”³¹⁸. Promulgada el 14 de abril de 1962, determinó que la autoridad en materia monetaria y del crédito correspondería al Gobierno que a través del Ministro de Hacienda señalaría al Banco de España y a los diferentes organismos de crédito las directrices de la política monetaria y de crédito conforme a los intereses del país³¹⁹. Lo que se confirma en disposiciones posteriores que contienen afirmaciones en el mismo sentido³²⁰.

Tras promover la nacionalización del Banco de España trata de reducir el poder de la banca privada y su grado de concentración utilizando modelos de otros países³²¹. Hasta entonces las funciones públicas de disciplina e inspección de la banca privada se habían llevado a cabo por una dependencia del Ministerio de Hacienda. Así, “en 1962 el Banco de España inicia su labor de supervisión bancaria modificando poco a poco su estructura y organización,

³¹⁶ *Ibidem*. p. 82.

³¹⁷ *Vide* CANDELAS SANCHEZ, Miguel, MA., Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1a. de 8 de junio de 1981 Intervención Administrativa de Entidades Bancarias: Legitimación de Administradores para la Impugnación de Acuerdos de la Junta General, *RDBB*, N.º 5, 1982. p. 208.

³¹⁸ DE JUAN, Aristóbulo, “El Banco de España y la Supervisión del sistema bancario”, *PEE*, N.º 18, 1984, p. 112.

³¹⁹ Base 1a. de la Ley de Ordenación del Crédito y Banca de 14 de Abril de 1962.

³²⁰ Como el Art. 9 del Decreto - Ley de nacionalización del Banco de España, la Ley de Crédito oficial de 1971 y el Art. 3 de la Ley 39/1980 de 21 de junio de Organos Rectores del Banco de España.

³²¹ JIMENEZ DE LA IGLESIA, “Fundamentos de la Supervisión”, *op. cit.*, p. 82.

para ejercer una serie creciente de competencias en el campo del control monetario, en la regulación y fiscalización del sistema financiero³²².

El Decreto Ley 18/1962 de 7 de junio de Nacionalización y Reorganización del Banco de España hace de esta institución un instrumento clave de la intervención bancaria respetando la autoridad monetaria y crediticia del Gobierno; reconoce en su preámbulo la necesidad de dotar al Banco Central de una mayor autonomía en su gestión, concibiéndolo como el centro de la política monetaria y de crédito. Se le otorgan funciones directamente o concretadas en el Ministerio de Hacienda y se le encomienda la inspección y control de la banca privada³²³ bajo las normas que le dictará el Ministro de Hacienda, así como la centralización de las estadísticas generales de carácter monetario y de crédito; la coordinación y dirección bancarias como se desprende de la exposición de motivos³²⁴.

Un aspecto relevante es el que señala la importancia que implica el control e inspección de la banca privada como condición imprescindible para que el Banco de España pueda cumplir sus funciones como Banco Central y actuar como organismo regulador de la política monetaria a través de las funciones y prerrogativas que en este orden deben corresponderle³²⁵.

Particularmente en el ámbito de la supervisión bancaria se le encomienda la función de realizar inspecciones periódicas a fin de comprobar el cumplimiento de normas de obligada observancia en relación a sus balances y cuentas de resultados, intereses y comisiones que aplican las entidades de crédito en las operaciones. Cobertura de los coeficientes de caja, depósitos obligatorios, garantía e inversión obligatoria y política de créditos.

³²² *Ibidem.* p. 84.

³²³ Hay que hacer notar que en la Ley de Ordenación del Crédito y la Banca de 2/1962 de 14 de Abril, Base 2a. f) La inspección de la banca privada se encomienda al Banco de España de acuerdo con las normas que señale el Ministerio de Hacienda.

³²⁴ *Vide.* HERNANDEZ MARQUES, Hilario, "Las Potestades de Dirección y Supervisión.", en *Estudios de Derecho Publico Bancario*, Dir. Sebastián Martín Retortillo, Edit. Ceura, 1987, Madrid, p. 129.

³²⁵ *Vide.* Exposición de motivos DL 18/1962 de 7 de junio.

Debe además disponer inspecciones extraordinarias sobre cualquier aspecto de las actividades de una entidad bancaria; llamar la atención de los consejos de administración y directores cuando se estime que la política de dividendos no se acomoda a los resultados efectivos de la explotación y a la situación y perspectivas de sus negocios; formular indicaciones sobre la política de crédito que practique y proponer al Ministerio correspondiente las sanciones a que hubiere lugar³²⁶. Se establece en el Banco de España un servicio central de información de riesgos con obligación para todos los bancos de remitir periódicamente a este todos los datos sobre la concesión de créditos que reglamentariamente se determine.

Si bien la Ley de Ordenación del Crédito y la Banca 2/1962 puso los cimientos para convertir al Banco de España en eje de la Administración crediticia y autoridad monetaria, lo dotó sin embargo de muy escasa autonomía efectiva. Esto no implica que se deje de reconocer que supuso un importante adelanto hacia la articulación de un sistema crediticio integrado, sujeto a la disciplina del Ministerio de Hacienda y por delegación de éste, del Banco de España³²⁷.

La Ley 13/1971 de 19 de junio sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial amplía las competencias del Banco de España al traspasar a este las funciones que entonces correspondían al Ministerio de Hacienda respecto a cooperativas de crédito y las facultades que se le habían concedido al Instituto de Crédito de Mediano y Largo Plazo en relación con los bancos industriales y de negocios y con las entidades de financiación de ventas a plazos, etc.

Ya desde 1964 el Banco de España había creado sus propios servicios

³²⁶ NUÑEZ DE LA PEÑA, José Luis, “España. La Supervisión Bancaria”, *Supervisión y Fiscalización Bancarias I*, CEMLA, México, 1982. p. 285.

³²⁷ Vide. POMED SANCHEZ, Luis A., *Régimen Jurídico del Banco de España*, Edit. Tecnos, Madrid, 1996, p. 115. Cuando se señala la necesidad de que el Banco de España deberá ser nacionalizado se establece en la Base 2a. b) que “Una vez adquiridas las acciones por el Estado, el Banco de España pasará a ser una institución oficial, con personalidad jurídica. Dependerá del Gobierno a través del Ministerio de Hacienda”.

de inspección, reclutando y formando entre sus jefes a los primeros inspectores. Como primer paso se trabajó en el mejoramiento de la calidad de la información que los bancos deberían suministrar al órgano de supervisión, con la cual se inicia el seguimiento de la situación de las entidades y se perfeccionan las estadísticas que han de servir de instrumento para la política monetaria³²⁸.

No obstante lo anterior, al estallar la crisis a principios de la década de los setenta, se hizo evidente que el Banco de España no contaba con los instrumentos necesarios que hubieran podido evitarla o cuando menos atenuar sus efectos.

Ni en la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 ni en el Decreto Ley 18/1962 de 7 de junio se incluyó la posibilidad de adoptar medidas cautelares de intervención con o sin remoción de los administradores cuando se conoce la situación difícil de algún banco. Es hasta el Real Decreto Ley 5/1978 de 6 de marzo sobre medidas cautelares de intervención de las entidades bancarias³²⁹ cuando se le dan facultades al Banco de España para “acordar en tanto se supere la situación o se sustancie el expediente sancionador, la suspensión temporal de los órganos de la administración y dirección de la entidad bancaria, nombrando uno o varios administradores provisionales que asuman las atribuciones de aquellos. Acordar con el mismo carácter provisional, la intervención de la entidad bancaria por personas designadas por el Banco de España, sin cuyo concurso no tendrán validez los acuerdos y actos en los órganos de gobierno y dirección de la entidad intervenida.”

El propio Real Decreto Ley 5/1978 de 6 de marzo³³⁰, complementa las medidas de intervención del Banco de España en la banca privada a través de

³²⁸ JIMENEZ DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 84, 88.

³²⁹ *Vide.* ALVAREZ VALDES Y VALDES, Manuel, “Síntesis histórica de la normativa jurídica española sobre la banca privada”, *RDBB*, N.º 57, 1995. p. 99.

³³⁰ *Cfr.* Art. 2 de esta Disposición .

la exclusión del banco intervenido del Registro de bancos y banqueros y la liquidación y disolución del mismo. En realidad la primera medida acarrea la aplicación de la segunda ya que la actividad bancaria está sometida al requisito de autorización administrativa previa, lo que hace suponer que la exclusión del Registro de la entidad intervenida significa la pérdida de dicha autorización y la liquidación de la sociedad al hacerse imposible jurídicamente continuar con la actividad social³³¹.

Posteriormente se promulga la Ley 30/1980 de 21 de junio sobre Organos Rectores del Banco de España, que ejercerá las funciones de disciplina e intervención de las entidades de crédito y ahorro.

El hecho de que la supervisión bancaria revista gran importancia desde el punto de vista de la defensa de la normativa aplicable a las entidades de crédito, y que su intención específica sea la salvaguarda de la estabilidad y solvencia del sistema crediticio y por tanto de los depósitos de los clientes que entregan su dinero con la confianza de que les será devuelto, son objetivos que sirven para otorgar al Banco de España un conjunto de potestades, con la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito del 26/1988 de 29 de julio.

Esta Ley viene a constituir la legislación más representativa de la intervención de empresas en el Derecho Español³³². Determina que el órgano de vigilancia competente y con responsabilidades supervisoras es el Banco de España. “Cuando una entidad de crédito se encuentre en una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia podrá acordarse la intervención de la misma o la sustitución provisional de sus órganos de administración o dirección”³³³. Estas medidas “se acordarán por el Banco de España, dando

³³¹ CANDELAS SANCHEZ, Miguel, MA., *op. cit.*, p. 211.

³³² *Vide.* GAMERO CASADO, Eduardo, *La Intervención de Empresas*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 359.

³³³ Art. 31 de la Ley 26/1988 de 29 de julio.

cuenta de su adopción al Ministerio de Economía y Hacienda³³⁴. Además esta Ley, generalizó las funciones de control, supervisión y registro de todas las entidades de crédito³³⁵; amplió el concepto de entidad de crédito para que incluya además de bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito a otros tipos de entidades que no tienen aquella naturaleza, como las sociedades de garantía recíproca, entre otras.

Conviene resaltar que las entidades de crédito sujetas a la disciplina del Banco de España en ocasiones realizan en su tráfico habitual operaciones tuteladas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En estos casos y siempre que no se sirvan de sociedades interpuestas creadas expresamente para dicha finalidad, la competencia en materia de intervención de empresas corresponderá en exclusiva al Banco de España, pero si se han creado las formas societarias requeridas para llevar a cabo esas tareas, la competencia para acordar la intervención corresponderá a la Comisión Nacional del Mercado de Valores por ser éste el órgano que específicamente tiene encomendado el ejercicio de la potestad sobre dichas entidades³³⁶.

“La confluencia de competencias de supervisión e inspección entre la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Banco de España, ambas instituciones coordinarán sus actuaciones bajo el principio de que la tutela de la solvencia de las entidades financieras afectadas recae sobre la institución que mantenga el correspondiente Registro y la del funcionamiento de los mercados de valores corresponde a la Comisión Nacional del Mercado de Valores³³⁷”.

La propia Ley del Mercado de Valores señala que el “Ministro de Economía y Hacienda, previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de

³³⁴ Art. 32 de la Ley 26/1988 de 29 de julio, según el Art. 33 de la misma Ley, “los acuerdos de intervención o sustitución se adoptarán previa audiencia de la entidad de crédito interesada durante el plazo que se conceda al efecto que no podrá ser inferior a cinco días”.

³³⁵ Vide MARTIN, Miguel y VARGAS, Fernando, “Regulación Bancaria: Situación Actual y Perspectivas”, PEE, N.º 65, 1995. p. 40.

³³⁶ Se habla de Sociedades de Inversión Colectiva, Sociedades Gestoras de Fondos de Inversión Mobiliaria, Sociedades Gestoras de Carteras, etc. V. GAMERO CASADO, Eduardo, *op. cit.*, p. 363.

³³⁷ Cfr. Art. 88. Cinco LMV del 24/1988 de 28 de julio.

Valores, a propuesta del Banco de España, podrá acordar que un grupo de empresas de servicios de inversión en el que se integren una o más entidades susceptibles de adherirse a un Fondo de garantía de depósitos, tenga la consideración de grupo consolidable de entidades de crédito y quede sometido a la supervisión consolidada del Banco de España³³⁸.

El papel del Banco de España como eje de la Administración Crediticia se acentúa en relación a la sanción de las entidades de crédito y a quienes ostenten cargos de administración o dirección que infrinjan normas de ordenación y disciplina, esta institución es competente para la instrucción de los expedientes así como la imposición de sanciones por infracciones graves y leves. Las sanciones por infracciones muy graves corresponde al Ministerio de Economía y Hacienda a propuesta del propio Banco de España³³⁹. Entre las infracciones graves esta la negativa o resistencia a la actuación inspectora siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto³⁴⁰; que puede generar la imposición de una sanción consistente en el pago de una alta multa y hasta la revocación de la autorización de la entidad³⁴¹.

En relación a la potestad inspectora del Banco de España la Ley 3/1994 del 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la normativa comunitaria, viene a reiterar la competencia de este organismo, otorgándole facultades para emitir el informe correspondiente al Ministerio de Economía y Hacienda para que se autorice la creación de entidades de crédito³⁴².

Asimismo, se le faculta para controlar e inspeccionar a las entidades de crédito extendiéndose esta competencia a cualquier oficina o centro dentro o fuera del territorio español en la medida en que el cumplimiento de sus

³³⁸ *Cfr.* Art. 87. párrafo. 5. LMV.

³³⁹ Art. 18 de la Ley 26/1988 de 29 de julio en relación con el Art. 42.

³⁴⁰ Art. 4. h Ley 26/1988 de 29 de julio.

³⁴¹ Art. 9 a) y b) Ley 26/1988 de 29 de julio.

³⁴² *Cfr.* Norma Octava, Art. 43 Ley 3/1994.

funciones lo exija; se le encomienda la supervisión de grupos consolidables de entidades de crédito señalando ciertas condiciones para la inspección de sucursales de entidades de crédito autorizadas en otros Estados miembros de la Comunidad Europea sobre todo en lo que se refiere a la cuestión de liquidez de la sucursal, ejecución de la política monetaria y adecuado funcionamiento del sistema de pagos, entre otras. Pudiendo alcanzar la inspección también “a las personas españolas que controlen entidades de crédito de otros Estados miembros de la Comunidad Europea dentro del marco de la colaboración con las autoridades responsables de la supervisión de dichas entidades de crédito”³⁴³.

Se establece expresamente la colaboración del Banco de España en el ejercicio de su potestad inspectora con las autoridades que tengan encomendadas funciones semejantes en Estados extranjeros³⁴⁴ “ pudiendo comunicar información relativa a la dirección, gestión y propiedad de estos establecimientos de crédito, así como las que puedan facilitar el control de la solvencia de los mismos”³⁴⁵.

Tomando como base las inspecciones realizadas por el Banco de España pueden deducirse incumplimientos de las diferentes normas jurídicas, en este supuesto esta institución estará facultada para llamar la atención a consejos de administración y directores de las entidades bancarias cuando estime que no se cumplen las normas obligatorias de la materia, pudiendo además formular indicaciones a la entidad incumplidora, en relación a los diferentes aspectos de la política de crédito que practique.

La Ley 13/1994, de 1 de junio de Autonomía del Banco de España define al Banco de España como “*entidad de Derecho Público con personalidad*

³⁴³ Vide. Art. 43 bis de la Ley 3/1994 de 14 de Abril por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria.

³⁴⁴ Cfr. Segunda Art. 6, Ley 3/1994.

³⁴⁵ Vide. Modificación al Art. 6 del Real Decreto Legislativo 1298/1986 de 28 de junio de adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas en la Ley 3/1994.

*Jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Que en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines actúa con autonomía respecto a la Administración del Estado desempeñando sus funciones con arreglo a lo previsto en esta Ley y en el resto del ordenamiento jurídico.*³⁴⁶ Establece entre sus finalidades y funciones la de promover el buen funcionamiento y la estabilidad del sistema financiero y en particular del sistema de pagos³⁴⁷. Este organismo “deberá supervisar conforme a las disposiciones vigentes la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito y de cualesquiera otras entidades y mercados financieros cuya supervisión le haya sido atribuida, sin perjuicio de la función de supervisión prudencial llevada a cabo por las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias y de la cooperación de estas en el Banco en el ejercicio de tales competencias autonómicas de supervisión”³⁴⁸.

Se refiere además a las medidas disciplinarias con el establecimiento de “una normativa sancionadora y medidas de intervención y sustitución comunes para todas las entidades de crédito, determina los sujetos pasivos de la potestad sancionadora implicando a la entidad infractora y si concurre responsabilidad en ellos a los miembros de sus órganos de gobierno. Atribuye al Consejo de Gobierno del Banco de España la facultad de aprobar las Circulares monetarias y las Circulares del banco; imponer las sanciones que sean competencia de esa institución; aprobar las propuestas de sanción que deban elevarse al Ministerio de Economía y Hacienda; resolver los recursos o reclamaciones interpuestos contra las resoluciones del Banco de España cuando su conocimiento corresponda a este”³⁴⁹.

Por otra parte, otorga a la Comisión Ejecutiva la facultad de “resolver sobre las autorizaciones administrativas que deba reconocer el Banco de España; formular a las entidades de crédito las recomendaciones y

³⁴⁶ Art. 1 Ley 13/1994.

³⁴⁷ Cfr. Art. 7. 3. b).

³⁴⁸ Art. 7 Ley 13/1994.

³⁴⁹ Art. 21 L.c.

requerimientos precisos, así como acordar respecto a ellas y a sus órganos de administración y dirección la incoación de expedientes sancionadores y las entidades de intervención, de sustitución de sus administradores o cualesquiera otras medidas cautelares previstas en el ordenamiento jurídico cuyo ejercicio se haya encomendado al Banco de España³⁵⁰.

De esta forma Banco Central de España, ha venido a ejercer funciones importantes de política monetaria y supervisión del sistema financiero que son exactamente las que ejercen los Bancos Centrales en algunos otros países. Hay quien ha denominado al Banco de España como “Administración Independiente multifuncional”³⁵¹, ya que es una institución que participa en el diseño y ejecución de la política monetaria, es banco emisor, de reserva, banco del Estado al que presta previo el oportuno convenio de los servicios de tesorería y gestión de la deuda pública, banco de bancos e instancia central de la vigilancia e inspección de las entidades crediticias³⁵².

2.4.1 Autoridad supervisora en el Sistema Europeo de Bancos Centrales

No podemos dejar de hacer alusión al trabajo normativo que en el ámbito de la supervisión bancaria se ha producido en el marco de la Unión Europea en donde se han generado disposiciones que inciden en el desarrollo del ordenamiento jurídico del sector financiero de cada uno de los Estados miembros entre ellos España.

El objeto fundamental del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) es mantener la estabilidad de precios y apoyar las políticas económicas generales de la Comunidad Europea con miras a contribuir a la consecución de los objetivos de ésta; posee junto con el Banco Central Europeo funciones

³⁵⁰ Art. 23 Ley 13/1994.

³⁵¹ POMED SANCHEZ, Luis A., *Régimen Jurídico del Banco de España*, Edit. Tecnos, Madrid, 1996 p. 124.

³⁵² *Ibidem*.

directamente relacionadas con la política monetaria³⁵³. No obstante, se detecta una cierta indefinición respecto al alcance de las facultades de tales instituciones en el ámbito de la supervisión bancaria en las entidades de crédito. Los acuerdos de Maastricht se limitan a establecer diversos principios generales pendientes de concretar en algunos aspectos³⁵⁴.

Se atribuyen al Sistema Europeo de Bancos Centrales funciones de cooperación en la buena gestión del ejercicio por parte de las autoridades competentes de los Estados miembros, de sus funciones de supervisión³⁵⁵.

“Los órganos legislativos de la Comunidad Europea³⁵⁶ y los Estados miembros de la Unión Europea han de consultar al Banco Central Europeo sobre cualquier propuesta de acto comunitario y sobre cualquier proyecto de disposición legal elaborado por las autoridades nacionales que entren en su ámbito de competencias, incluyendo los proyectos de disposiciones legales relativos a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y a la estabilidad del sistema financiero”³⁵⁷.

La voluntad del Protocolo de Naturaleza Financiera del Tratado de la Unión Europea, de no establecer de forma expresa una implicación del SEBC

³⁵³ Sistema Europeo de Bancos Centrales y el Banco Central Europeo, creados de conformidad con el Art. 4A del Tratado de Maastricht. Protocolo de Naturaleza Financiera del Tratado de la Unión Europea de 7 de Febrero de 1992.

³⁵⁴ Como es de ver en previsiones como las contenidas en los Art. 5 y 6 del Tratado de Maastricht: Art. 5 “Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.”

Art. 6 “En el ámbito de aplicación del presente Tratado y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de nacionalidad. El Consejo con arreglo al procedimiento previsto en el Art. 189 C podrá establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones.”

³⁵⁵ Art. 3.3 del Protocolo de Naturaleza Financiera del Tratado de la Unión Europea. “De conformidad con el apartado 5 del Art. 105 del Tratado, el Sistema Europeo de Bancos Centrales contribuirá a una buena gestión de las políticas que llevan a cabo las autoridades competentes con respecto a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y la estabilidad del sistema financiero”.

³⁵⁶ Es decir el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, la Comisión de las Comunidades Europeas.

³⁵⁷ BANCO CENTRAL EUROPEO, “Instrumentos jurídicos del Banco Central Europeo”, *Boletín Mensual*, Noviembre, 1999, p. 60. Sobre el Tema v. también del BCE, “El marco institucional del sistema Europeo de Bancos Centrales”, *Boletín Mensual*, Julio 1999, p. 59 y ss.

en las funciones de supervisión bancaria se pone también de manifiesto en que la integración de los Bancos Centrales de los Estados miembros en este Sistema se produce sin perjuicio de que puedan ejercer bajo su responsabilidad actividades distintas a las previstas en los estatutos, las cuales no se consideran parte de las atribuciones del Sistema³⁵⁸.

El artículo 105.6 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea permite encomendar al Banco Central Europeo (BCE), por el acuerdo unánime del Consejo, competencias específicas sobre supervisión prudencial de las entidades financieras³⁵⁹, lo que implicaría la atribución de tales supuestos a este órgano del Sistema Europeo de Bancos Centrales de la capacidad de elaborar reglamentos y adoptar decisiones. El Banco Central Europeo, “podrá brindar asesoramiento al Consejo, a la Comisión y a las autoridades competentes de los Estados miembros y ser consultado por estos sobre el alcance y la aplicación de la legislación comunitaria relativa a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y a la estabilidad del sistema financiero.” Cualquier decisión del Consejo adoptada en virtud del Tratado, el Banco Central Europeo podrá llevar a cabo funciones específicas relativas a las políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y otras entidades financieras exceptuándose a las compañías de seguros³⁶⁰.

En el ámbito de la Comunidad Europea actualmente se detectan ordenamientos que encomiendan el ejercicio de las funciones monetarias y de supervisión al Banco Central, otros que contemplan un régimen de concurrencia entre este organismo y las autoridades administrativas y otros que

³⁵⁸ Art. 14.4 del Protocolo “Los bancos centrales nacionales podrán ejercer funciones distintas de las especificadas en el presente Estatuto a menos que el Consejo de Gobierno decida por mayoría de dos tercios de votos emitidos que dichas funciones interfieren en los objetivos y tareas del SEBC. Dichas funciones se ejercerán bajo la responsabilidad de los Bancos centrales nacionales y no se consideraran parte de las funciones del SEBC.

³⁵⁹ “Art. 105.6 TCCE: “El Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión, previa consulta al BCE y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, podrá encomendar al BCE 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”.

³⁶⁰ Cfr. Art. 25 y 25.2 del mencionado Protocolo.

atribuyen tales funciones a dos instituciones plenamente diferenciadas³⁶¹.

Entre las exigencias que más llaman la atención del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, que han sido plasmadas en la Ley de Autonomía del Banco de España, se encuentra la que establece que el Banco Central de España no estará sometido a instrucciones del Gobierno o del Ministro de Economía y Hacienda. Esta disposición fue diseñada para que las instituciones pudieran integrarse en el Sistema Europeo de Bancos Centrales y asegurar que la definición de la política monetaria no se vea influenciada con las necesidades y conveniencias de los Gobiernos en turno³⁶².

La autonomía monetaria supone que el Tesoro público no puede incurrir en descubiertos en su cuenta en el Banco de España, que esta institución no pueda adquirir directamente valores emitidos por el tesoro, que además en el ámbito de la política monetaria deje de estar sometido a las instrucciones del Gobierno y del Ministerio de Economía y Hacienda y que el mandato de gobernador sea de larga duración y no renovable³⁶³.

La Ley 66/1997 de 30 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, incorpora al ordenamiento jurídico español los requisitos de independencia del Banco de España exigidos por el Tratado de la Comunidad Europea³⁶⁴.

³⁶¹ PAREJA, Carles, *Los poderes de supervisión bancaria en el sistema federal norteamericano*, Marcial Pons, Madrid, 1995. p. 27.

³⁶² *Cfr.* Art. 7. 4 Ley 13/1994 de 1 de junio de Autonomía del Banco de España. Apartándose como se establece en la exposición de motivos de esa ley, del Decreto Ley de nacionalización del Banco de 1962 que se configuraba en todos los órdenes como un apéndice directo del Gobierno manteniendo su tradicional función de financiar al Estado.

³⁶³ *Vide.* LATORRE DIEZ, Joaquín, *Regulación de las Entidades de crédito en España*, Edit. Fundación de las Cajas de Ahorros Confederadas, Madrid, 1997, p. 35; *Vide.* Ley de Autonomía que entre otras cosas señala “que con el Tesoro y con las Comunidades Autónomas que así lo soliciten, el Banco de España podrá prestarles el servicio de tesorería, llevando y manteniendo las cuentas, en pesetas o en divisas que sean necesarias, realizando por su cuenta ingresos y pagos y en general desarrollando cualquier otra actividad bancaria. Queda prohibida la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de crédito por el Banco de España al Estado o Comunidad Autónoma, corporaciones locales o cualquiera de los organismos o entidades a los que se refiere el Art. 104 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea según redacción dada por el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992”.

³⁶⁴ *Cfr.* Disposición Adicional Vigésima Cuarta. Modificación de la Ley de Autonomía del Banco de España. La Ley 13 /1994 se modifica en los siguientes puntos:
Se da nueva redacción al Art 20 para quedar “El Director General del Tesoro y Política Financiera y el

Por la Ley 12/1998 de 28 de abril se modifica la Ley de Autonomía del Banco de España cuyas disposiciones entrarán en vigor cuando comience la tercera etapa de la Unión Monetaria Europea. Esta Ley tiene la finalidad de garantizar la integración del Banco Central de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales. Quedara sometido al ordenamiento jurídico privado salvo que actúe en el ejercicio de las potestades administrativas conferidas por ésta u otras leyes³⁶⁵. Estará sometido a las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea y a los estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales³⁶⁶. No serán de aplicación al Banco, las leyes que requiere el régimen presupuestario patrimonial y de contratación de los organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado salvo cuando dispongan expresamente lo contrario³⁶⁷.

Se otorgan facultades al Banco de España para supervisar la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito, y los actos que sus órganos competentes dicten en el ejercicio de sus funciones de supervisión, tendrán naturaleza administrativa, así lo dispone el Reglamento interno de este organismo³⁶⁸.

Se faculta al Banco de España para “establecer relaciones con otros

Vicepresidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores carecerán de veto cuando el Consejo se pronuncie sobre asuntos referentes a las materias que reguladas en el Capítulo I están comprendidas en la sección 1a, así como en las secciones 2a y 4a, pero en estos últimos casos sólo cuando se pronuncie sobre cuestiones que resulten de las funciones del Sistema Europeo de Bancos Centrales”. Este apartado entrará en vigor cuando se constituya el Banco Central Europeo.

El Art. 25.2 se redacta así “Los consejeros no natos tendrán un mandato de seis años, renovables por una sola vez. Este apartado se aplicará a partir de la primera renovación del Consejo de Gobierno del Banco de España. Con el fin de facilitar la renovación, el gobierno, excepcionalmente en la renovación que tendrá lugar en 1998, podrá prorrogar el mandato de tres de los Consejeros no natos que se determinen, designados en 1994 por un periodo máximo de tres años.

El Art. 25.5 queda como sigue: “En caso de cese de cualquiera de las personas relacionadas en este artículo antes de la extinción de su mandato, su sustituto tendrá el plazo de mandato ordinario que le corresponda según el cargo que ostentará.

³⁶⁵ Cfr. Art 1 de la Ley 13/1994 de 1 junio en la redacción dada por el Artículo 1.2 de la Ley 12/1998 de 28 de Abril.

³⁶⁶ Cfr. Art. 1.3 L.c.

³⁶⁷ Cfr. Art 1., de la Ley 13/1994 de 1 junio en la redacción dada por el artículo 4 de la Ley 12/1998 de 28 de Abril.

³⁶⁸ Cfr. Art. 2º. 5 y Art. 3º. 5. del Reglamento Interno del Banco de España, 23 de marzo de 2000.

Bancos Centrales con autoridades de supervisión financiera de otros países así como con organizaciones monetarias y financieras internacionales. Igualmente podrá relacionarse con instituciones financieras de carácter económico y con autoridades de supervisión financiera de ámbito autonómico³⁶⁹.

De esta forma hemos dado un repaso al desarrollo experimentado en la legislación española en relación a las autoridades que han tenido a su cargo la supervisión de las entidades bancarias, en particular el papel tan importante que en ese ámbito ha desempeñado el Banco de España como eje de la Administración crediticia, que ha dejado de actuar por delegación del Ministerio de Hacienda para pasar a convertirse en un ente autónomo, con amplias competencias en materia bancaria. Encargándosele el control de la aplicación de la disciplina bancaria como la de informar sobre solicitudes de creación de bancos y sobre la imposición de sanciones por parte del Ministerio de Economía y Hacienda, para lo cual es preciso que conozca la situación patrimonial de las empresas del sector, mediante la información que los bancos están obligados a suministrarle pudiendo verificar y completar esta con la labor de inspección. Y en caso de infracciones a la disciplina de las instituciones bancarias, le corresponde instruir los expedientes sancionadores y acordar las medidas de intervención y sustitución en casos de crisis.

En ese proceso normativo se han abordado algunas cuestiones relativas al ordenamiento generado en el marco jurídico de la Comunidad Europea cuyas disposiciones han venido a incidir en la evolución normativa Derecho español, siendo importante señalar que la independencia que le ha sido concedida al Banco de España basándose en los nuevos preceptos del Tratado de la Unión Monetaria han hecho que esa institución adquiera una trascendente participación en el sistema financiero no sólo a nivel nacional sino

³⁶⁹ *Cfr.* Art 2º. Ley 12/1998 . La Disposición final tercera señala que “esta Ley entrará en vigor a partir de la fecha de participación de España en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria siempre y cuando España no sea un Estado miembro acogido a una excepción conforme a lo contemplado en el artículo 109.K) del Tratado.”

también a nivel comunitario como parte integrante del Sistema Europeo de Bancos Centrales, con características que poco a poco han permitido la armonización del funcionamiento de estos organismos a nivel Europeo; abriéndose con ello la posibilidad de mantener la estabilidad de los sistemas financieros en el área geográfica de la Comunidad Europea, ampliándose así el campo de seguridad y protección de los depósitos bancarios de dinero, en la medida en que ésta se extiende del ámbito nacional al supranacional, a través de la adecuada labor de supervisión que desempeñen los Bancos Centrales y con las facultades que en éste ámbito se le otorguen al Banco Central Europeo y Sistema Europeo de Bancos Centrales.

2.5 Supervisión preventiva

2.5.1 Vigilancia del comportamiento normativo

2.5.1.1 Autorización Administrativa

La autorización administrativa para ejercer la actividad bancaria es un aspecto de gran trascendencia en la protección de los depósitos bancarios de dinero, ya que constituye la base sobre la que se finca el funcionamiento de todo banco. Cuando una entidad de crédito de este tipo ha contado con bases sólidas desde el punto de vista legal, de la viabilidad de sus proyectos, seguridad en sus métodos de control interno, cuando se ha verificado la idoneidad y pericia de quienes se proponen ser propietarios, directores y administradores se tiene gran parte del camino recorrido, se entiende que la entidad comenzara sus actividades con garantías de un funcionamiento efectivo. El impacto de una crisis a nivel macroeconómico siempre produce menos efectos negativos en una entidad que ha iniciado sus actividades con las bases adecuadas.

La autorización para constituir un banco y ejercer la actividad bancaria es

un acto administrativo que pertenece a la categoría de los actos de control preventivo³⁷⁰. Cumple dos funciones, por un lado habilita para la constitución de un banco es decir, para la creación de la empresa como tal y por otro, faculta al nuevo sujeto para el ejercicio de la actividad bancaria es decir, para ejercer la profesión³⁷¹.

Como pautas que los organismos de control encargados de otorgar la licencia deben generalmente tener en cuenta para la evaluación de las solicitudes, se mencionan: La conveniencia de la iniciativa para el país y sus efectos en el sistema financiero; las características del proyecto; condiciones generales y particulares del mercado³⁷²; la evaluación de la estructura propietaria de la organización bancaria, sus directores y gerentes principales; verificar la existencia de un adecuado control de administración y prevención de riesgos³⁷³; evaluación del plan de operaciones, estructura y controles internos así como de la condición financiera proyectada incluyendo suficiencia de capital; antecedentes y responsabilidades de los solicitantes y su experiencia en la actividad financiera así como de los directores principales y funciones de la nueva entidad³⁷⁴. Es esencial determinar que las estructuras legales y operativas no inhibirán la supervisión individual o consolidada ya que el supervisor tendrá acceso suficiente a la gerencia e información.

El régimen de acceso al sistema financiero mediante la creación de nuevas entidades está rigurosamente regulado en la legislación española. Que se ha ido adaptando a la regulación de la Comunidad Europea. Aunque, vale aquí hacer nuestras las palabras de quien ha señalado que “la realidad que se

³⁷⁰ La Directiva Comunitaria 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de marzo, define la autorización como el “acto de las autoridades, cualquiera que sea su forma, del que deriva la facultad de ejercer la actividad de entidad de crédito”.

³⁷¹ ZUNZUNEGUI, Fernando, *Ordenación Bancaria*, Espasa Calpe, Madrid, 1992, p. 260.

³⁷² CEMLA, “Regulación bancaria para el fortalecimiento de las instituciones financieras en materia de exigencias para el otorgamiento de licencias de funcionamiento y grado del compromiso del accionista principal”. *Duodécima Asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*. 1996, p. 41.

³⁷³ COMITE DE BASILEA PARA LA SUPERVISION BANCARIA, *Principios básicos para una supervisión bancaria efectiva*, Septiembre 1997, p. 11, 12 y ss.

³⁷⁴ CEMLA, “Regulación bancaria”, *op. cit.*, p. 41.

desprende del material legislativo, dificulta extraordinariamente cualquier análisis que se pretenda realizar respecto a la temática bancaria³⁷⁵. Pasaremos a revisar el marco jurídico comunitario en esta materia, y posteriormente nos ocuparemos de las disposiciones en el ordenamiento español en concreto.

2.5.1.1.1 Normativa comunitaria europea sobre autorización bancaria

El ordenamiento introducido respecto a la creación de los bancos en el Derecho Español, responde entre otras cosas a la necesidad de adaptar la normativa existente a las disposiciones comunitarias, particularmente a la Directiva 77/780 de 12 de Diciembre³⁷⁶. Se destacan en esta Directiva algunos progresos realizados y diversas medidas adoptadas en el campo de los servicios financieros, entre ellos la eliminación de algunos de los obstáculos a la libertad de establecimiento de bancos y otras instituciones de crédito; la determinación de estándares comunes para la concesión de licencias bancarias y la introducción del principio básico de cooperación entre las autoridades de control de los diferentes Estados miembros.

Cuando se introduce en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea, la Segunda Directiva de Coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio³⁷⁷; se produce un avance en relación del desarrollo de los principios de libertad de establecimiento y de prestación de servicios, instrumentos indispensables para la plena instauración del mercado único³⁷⁸. Esta Directiva, tenía por objeto remover las restricciones que aún

³⁷⁵ DE GISPER PASTOR, Ma. Teresa, "Régimen de acceso al mercado de la banca privada", *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil, Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo II, La Ley 1994, Madrid. p. 1145.

³⁷⁶ Esta Directiva exige la obtención de una autorización previa otorgada por las autoridades competentes del Estado miembro. Condiciones que se establecen mínimas permitiéndose a los Estados que introduzcan las adicionales que estimen oportuno. Introduce el principio de no discrecionalidad, supedita su apreciación a la existencia de condiciones objetivas. Subordina la concesión de la autorización previa a la concurrencia de: la existencia de fondos propios mínimos distintos y suficientes; presencia de al menos dos personas que determinen efectivamente la orientación de la actividad de la Entidad; existencia y presencia de un programa de actividades, que indique el género de operaciones y estructura de la organización del establecimiento. V. Exposición de motivos.

³⁷⁷ 89/646/CEE de 15 de diciembre.

³⁷⁸ DE GISPER PASTOR, Ma. Teresa, *op. cit.*, p. 1145.

existían y mediante la armonización de las legislaciones de los Estados miembros, hacer efectivo el ejercicio del derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios de las entidades de crédito³⁷⁹.

Aparte de la existencia del capital mínimo señala, que es la autoridad del Estado de origen de quien depende la posibilidad de apertura de una sucursal en otro Estado miembro; éste último no puede denegarla si le ha sido transmitida la información requerida. El reconocimiento de la existencia de una autorización única otorgada por el Estado de origen y válida para todo el ámbito de la Comunidad predetermina la necesaria liberalización del régimen relativo a las sucursales; se traduce asimismo no sólo en el reconocimiento de la libre prestación de servicios bancarios y del libre ejercicio de su actividad por parte de las entidades crediticias sino también en la instauración de un sistema de supervisión por parte de las autoridades de su Estado de origen, sin perjuicio de las competencias que se atribuyen a los países de acogida.

El Estado miembro de acogida podrá para el ejercicio del derecho de establecimiento y de la libertad de prestación de servicios, imponer el cumplimiento de las disposiciones específicas de su legislación y regulaciones nacionales a entidades que no están autorizadas como entidades de crédito en el Estado miembro de origen o a las actividades que no figuren en lista específica siempre que por una parte estas disposiciones sean compatibles con el Derecho Comunitario y estén motivadas por el interés general³⁸⁰.

De esta forma, tres principios básicos se desprenden de la Segunda Directiva:

a) Principio de reconocimiento recíproco o mutuo de la legislación de

³⁷⁹ *Vide.* sobre el tema a LLEBOT MAJO, J. Oriol, “El mercado interior del crédito en el ámbito de la CEE”, *RDBB*, N.º 38, 1990.

³⁸⁰ Exposición de motivos Segunda Directiva 89/646/CEE del Consejo del 15 de diciembre de 1989.

cada Estado miembro, cuyo significado estriba en que cada uno de ellos reconoce como equivalentes las reglamentaciones de los otros, relativas a la autorización y a los sistemas de supervisión prudencial y por consiguiente renuncia a aplicar la propia regulación a las entidades de crédito originarias de cualquier otro Estado miembro, de forma que en el ámbito comunitario sólo deben ser objeto de coordinación los requisitos esenciales que hagan posible el reconocimiento mutuo de las diversas legislaciones de los Estados de la Comunidad Europea³⁸¹.

En relación a la libre prestación de servicios, la Directiva permite que cualquier entidad de crédito comunitaria, autorizada en un Estado miembro, ofrezca sus servicios en otro u otros Estados miembros. La única formalidad exigida por la Directiva consiste en que la entidad de crédito que desee ejercer por primera vez sus actividades en el territorio de otro Estado miembro deberá notificar a la autoridad del Estado miembro de origen su intención y las actividades que, se propone llevar a cabo³⁸². En el plazo de un mes a partir de la recepción de la notificación, la autoridad del Estado miembro de origen la comunicara a la autoridad del Estado miembro de acogida³⁸³.

b) Principio de la autorización única para el conjunto de la Comunidad. Se refiere a que la autorización previa establecida en la Directiva 77/780/CEE³⁸⁴ y el capital de dotación, ya no podrán ser exigidos por los Estados miembros de acogida respecto a sucursales de entidades de crédito autorizadas en otros Estados miembros³⁸⁵. La autorización única exige que cada país renuncie a someter a autorización a las sucursales de bancos comunitarios que operan en su territorio.

La implantación en la Unión Europea de una licencia bancaria única

³⁸¹ Art. 18.1 de la Directiva 89/646/CEE.

³⁸² Art. 20 de la Directiva.

³⁸³ Vide LLEBOT MAJO, J. Oriol, *op. cit.*, p.. 394-395.

³⁸⁴ Cfr. Art. 4 de la Segunda Directiva Comunitaria

³⁸⁵ Art. 6.1 Directiva 89/646/CEE. El establecimiento y la supervisión de dichas sucursales seguirán las disposiciones de los artículos 13, 19, 21.

como consecuencia de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las autorizaciones otorgadas por los Estados miembros, ha propiciado un régimen de libertad de apertura de sucursales y de prestación de servicios sin establecimiento permanente que ha liberado a las entidades de crédito comunitarias de la necesidad de someterse a cualquier tipo de autorización administrativa para poder ejercer su actividad en cualquier país de la Comunidad. Sin embargo se mantiene el sistema tradicional de autorización cuando se trata de sucursales cuya matriz radica en un país tercero.

c) Principio de control por el Estado de origen. Implica que cada país renuncia a ejercer un control prudencial sobre las entidades de crédito, y en confiar la vigilancia prudencial de las entidades de crédito a las autoridades competentes del Estado que les otorga la autorización para el ejercicio de las actividades inherentes a su objeto³⁸⁶.

Esto significa que la supervisión de cualquier entidad de crédito corresponderá a las autoridades competentes del Estado miembro de origen en el cual ha sido autorizada de acuerdo con la Directiva 77/780/CEE³⁸⁷. Dicha supervisión se ejercerá no sólo en relación a las actividades que la entidad de crédito desarrolla en el Estado en el cual se le otorgo autorización sino también a las que lleven a cabo tanto mediante prestación de servicios como mediante el establecimiento de una sucursal en otro Estado miembro³⁸⁸.

Dadas las especiales características de la banca y las responsabilidades de las autoridades supervisoras estas solo estarán dispuestas a renunciar a esos controles en determinadas condiciones. Ahí radica la importancia de este principio lo que significa que cada país miembro acepta las normas básicas de control vigentes en los demás países miembros.

³⁸⁶ Art. 13.1 Directiva 89/646/CEE “La supervisión prudencial de una entidad de crédito incluida la de las actividades que ejerza con arreglo a las disposiciones del artículo 18 corresponden a las autoridades competentes del Estado miembro de origen, sin perjuicio de las disposiciones de la presente Directiva que establezcan la competencia de las autoridades del Estado miembro de acogida.”

³⁸⁷ *Cfr.* Art. 3.

³⁸⁸ Art. 13.5 Directiva 89/646/CEE.

Se contemplan algunas excepciones a éste principio de control, si bien de carácter transitorio. Por una parte, seguirá siendo responsabilidad de las autoridades del Estado miembro de acogida, siempre en colaboración con el de origen, la supervisión de la liquidez de las sucursales establecidas en su territorio por entidades de crédito domiciliadas en otro Estado miembro. Por otro lado, la regulación reserva al de acogida, sin perjuicio de las medidas para el fortalecimiento del Sistema Monetario Europeo, la total responsabilidad de las medidas resultantes de la aplicación de su política monetaria³⁸⁹.

Los obstáculos que dejó la Primera Directiva 77/780/CEE para la realización de la libertad de establecimiento, en cuanto a que una entidad de crédito que deseara establecer una sucursal en un Estado miembro distinto al de su domicilio tenía que obtener una autorización de la autoridad de vigilancia del Estado de acogida, quedando sometida a la vigilancia de la autoridad de éste último y su ámbito operativo podía verse limitado por las disposiciones de este. Aunado a que en la mayoría de los Estados miembros se exigía a las sucursales contar con una dotación de fondos de carácter permanente como si se tratase de la creación de una entidad de crédito, fueron limitaciones que quedaron eliminadas por la Segunda Directiva 89/646/CEE³⁹⁰.

La Directiva 2000/12/CE del 20 de marzo, continua con los trabajos de coordinación y armonización en las legislaciones, en materia de entidades de crédito para alcanzar la protección del ahorro y crear las condiciones de igualdad en la competencia entre estas entidades en el ámbito comunitario. Esta disposición regula el acceso a la actividad bancaria y aunque deroga las Directivas Primera y Segunda, ratifica los principios de licencia única, reconocimiento recíproco y control por parte del país de origen.

³⁸⁹ Art. 14.2 y 14.3 Directiva 89/646/CEE.

³⁹⁰ LLEBOT MAJO, J. Oriol, *op. cit.*, p. 394-395.

Las autoridades competentes no concederán la autorización cuando el capital inicial sea inferior a cinco millones de euros³⁹¹, ni antes de que les haya sido comunicada la identidad de los accionistas, personas físicas o jurídicas, que posean una participación cualificada y el importe de esta. Se denegará la autorización si atendiendo a la necesidad de garantizar una gestión sana y prudente de la entidad de crédito las autoridades no estuvieren satisfechas de la idoneidad de los accionistas o socios³⁹². Deberá ser objeto de consulta previa con las autoridades competentes del otro Estado miembro cuando se trate de una entidad de crédito que sea filial de una entidad de crédito autorizada en otro Estado miembro; de una filial de la empresa matriz de una entidad de crédito autorizada en otro Estado miembro o bien controlada por las mismas personas físicas o jurídicas que controlen a una entidad de crédito autorizada en otro Estado miembro³⁹³.

En términos generales, entre las reglas que deberán aplicarse por todos los Estados miembros y ser respetadas por las entidades comunitarias se encuentran: las condiciones de acceso a la actividad que incluyen una libertad de acceso, los capitales mínimos y condiciones que deben reunir los accionistas importantes de toda entidad; regulación contable que alcanza a una presentación de cuentas anuales y a unos criterios de valoración comunes; la supervisión bancaria a ejercer por las autoridades competentes del país de origen que deberá alcanzar en base consolidada el conjunto de la actividad financiera del grupo donde se integre una entidad de crédito; la cobertura de los riesgos derivados de la actividad desarrollada por las entidades, unas reglas mínimas centradas básicamente en lo que se conoce como coeficiente de solvencia de las entidades de crédito.

En este contexto, los criterios que orientan y enmarcan las regulaciones

³⁹¹ Cfr. Art. 5º. 1. Directiva 2000/12/CE.

³⁹² Cfr. Art. 7º. de la Directiva citada anteriormente.

³⁹³ Cfr. Art. 12 de la misma Directiva 2000/12/CE *V.* también NORTON S.J.D, Joseph J, *Bank Regulation and supervision in the 1990*, Published jointly with the Centre for commercial law studies and the chartered institutted of bankers, Lloyd's London Press LTD, London, 1991. p. 47 y ss.

nacionales se basan en que como cualquier empresa, la gestión, la política de negocio y el nivel de riesgo asumidos por los bancos es responsabilidad de sus órganos de gobierno. Si bien la autoridad supervisora puede aportar un marco adecuado que estimule y facilite una actuación prudente, no puede sustituir a los administradores en sus decisiones estratégicas y responsabilidades. Respecto a la libertad de mercado dentro de la necesaria prudencia que caracteriza a la regulación bancaria, el límite es la estabilidad del sistema que no debe ponerse en peligro por conductas temerarias o conflictos de interés. El último criterio se basa en la necesidad de igualar el terreno de juego competitivo entre entidades que operan en los mismos mercados y países³⁹⁴.

2.5.1.1. 2 Ordenamiento español en el establecimiento de bancos

Sobre la base de las disposiciones legales comunitarias, debemos referirnos a los requisitos específicos de autorización señalados en la regulación española que se ha visto grandemente influenciada por la normativa de la Comunidad Europea.

Con la entrada en vigor del Mercado Único en el ámbito bancario³⁹⁵, las autoridades españolas no pueden evitar que las entidades autorizadas en otros países miembros abran sucursales o presten servicios bancarios sin establecimiento en el territorio nacional; tampoco pueden como hemos visto, restringir el campo de su actividad bancaria, ni supervisar la solvencia, tarea que queda atribuida a las autoridades competentes de su Estado de origen mientras que el de las autoridades de acogida se limita a la mera

³⁹⁴ MARTIN Miguel y VARGAS, Fernando, “Regulación bancaria; situación actual y perspectivas”, *PEE*, N.º 65, 1995.

³⁹⁵ En Diciembre de 1985 se aprueba en Luxemburgo el Acta Unica Europea y el programa de trabajo para la puesta en práctica del mercado interior el 1o. de enero de 1993. El sector financiero exigía entonces el pleno ejercicio de la libertad de movimientos de capital de establecimiento y prestación de servicios. Ello obligaba a una desregulación de las múltiples intervenciones administrativas existentes y a su sustitución para una nueva normativa prudencial que evitase comportamientos que pusieran en peligro la estabilidad del sistema. V. MARTIN Miguel y VARGAS, Fernando, *op. cit.*, p. 30.

colaboración.

1) Antecedentes

En la evolución del proceso legislativo español para la creación de entidades bancarias encontramos el Decreto 63/1972 de 13 de enero por el que se regulaba la creación de nuevos bancos³⁹⁶, el Decreto 2246/1974 de agosto, posteriormente modificado por Real Decreto 184/1987 de 30 de enero por el que se modificaron las normas reglamentarias en materia de establecimientos de crédito para adaptarlas al ordenamiento jurídico de la comunidad Europea. Después se establece un nuevo régimen de creación por Real Decreto 1144/1988 de 30 de septiembre sobre creación de bancos privados e Instalación en España de entidades de crédito extranjeras³⁹⁷. Entre otras cosas se propone reforzar la solvencia de los nuevos bancos que vayan a crearse, regula la presencia de la banca extranjera en España bien se introduzca mediante la creación de filiales, bien mediante la apertura de sucursales o de oficinas de representación³⁹⁸.

Por Real Decreto 1298/1986 de 28 de Junio se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea. Este nuevo régimen es integrado con determinadas normas contenidas en la Ley 26/1988 de 29 de julio de disciplina e intervención de las entidades de crédito, así como por Real Decreto 771/1989 de 23 de junio sobre creación de entidades de crédito de ámbito operativo limitado³⁹⁹.

³⁹⁶ Este Decreto estableció un capital mínimo de 1500 millones de pesetas en Madrid y Barcelona y 1000 millones en las demás plazas para constituir una entidad de crédito que debería tomar la forma de sociedad anónima mediante el proceso de constitución de fundación simultánea. De acuerdo con el Decreto, los bancos de nueva creación sería inspeccionados por el Banco de España al menos una vez al año. Si a consecuencia de esto se pusiera de manifiesto incumplimiento grave de normas de obligada observancia o justificadas indicaciones de índices de riesgo evidente para los fondos ajenos podría disponer por el Ministerio de Hacienda previo informe del Banco de España, la intervención del Banco de España.

³⁹⁷ Que deroga el Decreto 63/1972 y 2246/1974 así como el Art. 1 del RD 184/1987.

³⁹⁸ Derogando en este sentido el RD 1388/1978 de 23 de junio. Esto viene a ser modificado por la Segunda Directiva 89/646/CEE.

³⁹⁹ Este último deroga el Art. 4º. y 5º. del RD 184/1987 y la Disposición Transitoria Tercera del RD 1144/1988.

La Ley 3/1994 de 14 de abril que adapta la legislación Española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria introduce otras modificaciones en relación a la apertura de sucursales y libre prestación de servicios en otros Estados miembros de la Comunidad Europea por entidades de crédito españolas. Señala la obligación de presentar al Banco de España solicitud, que incluya programa de actividades, nombre e historial de los directivos responsables; cuando una entidad de crédito española pretenda abrir una sucursal en otro Estado miembro de la Comunidad Europea. Asimismo cuando la entidad de crédito española tenga intención de ejercer por vez primera en régimen de libre prestación de servicios algún tipo de actividad en otro Estado miembro deberá comunicarlo previamente al Banco de España⁴⁰⁰.

Cuando por el contrario se pretenda abrir en España una sucursal de entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la Comunidad Europea, no requerirá autorización previa, ni dotación específica de recursos. Una vez recibida comunicación de la autoridad supervisora de la entidad de crédito por el Banco de España y cumplidos los requisitos reglamentarios se procederá a inscribir la sucursal en el correspondiente Registro de entidades de crédito⁴⁰¹.

El Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del Banco de España tendrá facultad de autorizar la creación de las entidades de crédito y establecimiento en España de sucursales de entidades de crédito no autorizadas en un Estado miembro de la Comunidad Europea⁴⁰².

⁴⁰⁰ Art. 49, 50. Ley 3/1994.

⁴⁰¹ *Cfr.* Capítulo II, Art. 53. de la misma Ley 3/1994

⁴⁰² *Cfr.* Octava. en la redacción dada al Art. 43 Ley 3/1994. “Deberá ser objeto de consulta previa cerca de la autoridad supervisora del correspondiente Estado miembro de la Comunidad Europea la autorización de una entidad de crédito cuando se de alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la nueva entidad vaya a estar controlada por una entidad de crédito autorizada en dicho Estado. b) Que su control vaya a ejercerse por la entidad dominante de una entidad de crédito autorizada en ese Estado. c) Que su control vaya a ejercerse por las mismas personas físicas o jurídicas que controlen una entidad de crédito autorizada en ese Estado miembro”.
V. Art. 43. 2.

Hoy en día, la creación de entidades de crédito esta regulada en gran parte por el Decreto 1245/1995 de 14 de julio sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas a las entidades de crédito y el RD 692/1996 de 26 de abril que incorpora nuevas exigencias para las autorizaciones y otros supuestos de denegación derivados de la transposición de la Directiva 95/26/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 1995.

2) Autoridades competentes⁴⁰³ :

La autorización para crear una entidad de crédito la otorga el Ministerio de Economía y Hacienda que deberá resolver sobre la misma, previo informe del Banco de España en el plazo de seis meses contados a partir de la presentación de la solicitud o desde que se completan los requisitos sin que pueda excederse del plazo de doce meses contados a partir de la presentación de la misma. De no resolviere en estos plazos ha de considerarse desestimada la solicitud.

El hecho de que el Banco Central, autoridad supervisora del sistema bancario en España participe en el otorgamiento de la autorización, contribuye a que los establecimientos bancarios se encuentren bajo la adecuada supervisión desde su creación y durante todo su ciclo de vida, lo que aumenta la garantía de seguridad en el sistema.

3) Requisitos

Es requisito necesario para ejercer la actividad bancaria

a) Revestir la forma de sociedad anónima constituida mediante el

⁴⁰³ RD. 1245/1995 de 14 de julio.

procedimiento de fundación simultánea con duración indefinida⁴⁰⁴.

b) Poseer un capital inicial no inferior a 3.000 millones de pesetas íntegramente desembolsado en efectivo que estará representado por acciones nominativas. Si se representan por anotaciones en cuenta quedan sometidas a las obligaciones derivadas de la nominatividad⁴⁰⁵.

La exigencia en cuanto al capital inicial de los nuevos bancos y de los existentes en el momento de ser adquiridos se justifica por su importancia para proporcionar seguridad en caso de pérdidas y asegurar la solvencia, el origen del capital debe ser claro y no tener relación con el propio banco. “El capital es la expresión del compromiso de los accionistas frente al banco y el mantenimiento de un cierto coeficiente de capital constituye la forma en que éste controla la expansión indebida y ejerce disciplina al seleccionar sus niveles de riesgo”⁴⁰⁶.

La Ley de Ordenación Bancaria de 1946 estableció que las acciones de los bancos, deberían ser nominativas⁴⁰⁷. Esto, por razones obvias de la conveniencia de conocerá las personas o grupos que puedan controlar la gestión de estas entidades.

El carácter nominativo de las acciones de las entidades bancarias ha sido ratificado en la Ley 26/1988 de 29 de julio extendiendo esta condición a las acciones que representen el capital social de cualquier entidad de crédito que revista la forma de sociedad anónima.

c) Su objeto social estará limitado a las actividades propias de una entidad de crédito⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ Cfr. Art. 2 del Decreto citado anteriormente.

⁴⁰⁵ Cfr. Art. 60.2 LSA

⁴⁰⁶ SANTIESTEVEAN, Carlos, “Comentarios a la parte III”, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁰⁷ Cfr. Art. 54 de esa Ley.

⁴⁰⁸ Decreto 1245/1995 Art. 2 c).

d) Deberá contar con accionistas titulares de participaciones significativas, idóneos de conformidad con los términos que establece la Ley⁴⁰⁹.

Los supervisores deben estar satisfechos de que el candidato a accionista o propietario de un banco no sólo sea solvente en términos de cantidad de dinero que se invertirá, sino también en términos de sus antecedentes y su reputación. Como a los bancos se les encomiendan los fondos de los clientes, las autoridades deben asegurarse en la medida de lo posible de que los accionistas merecen esa confianza⁴¹⁰. De ahí que la calidad de los accionistas sea un criterio importante a considerar en la reglamentación bancaria.

Los nuevos banqueros deben ser inversionistas, profesionales calificados con antecedentes claros y competentes en actividades bancarias y empresariales. “Cuando no se cumplen estas reglas de acceso, el mercado se satura de banqueros indeseables que perturban la competencia, que tienden a concentrar los préstamos de los bancos en el financiamiento de sus propios negocios y con frecuencia terminan en quiebra”⁴¹¹.

e) No reservar ventaja o remuneración especial alguna para los fundadores.

f) Las personas que constituyan el Consejo de Administración no serán menos de cinco; deberán ser personas de reconocida honorabilidad comercial y profesional con conocimientos y experiencia para ejercer sus funciones⁴¹².

⁴⁰⁹ Cfr. Art. 2 Decreto 1245/1995 de 14 de julio.

⁴¹⁰ SANTIESTEVA, Carlos., *op.cit.*, p. 122.

⁴¹¹ DE JUAN, Aristóbulo, “Las raíces de las crisis”, *op. cit.*, p. 108.

⁴¹² “Concurre honorabilidad comercial y profesional en quienes hayan venido observando una trayectoria personal de respeto a las leyes mercantiles u otras que regulan la actividad económica y la vida de los negocios así como las buenas prácticas comerciales, financieras y bancarias.” “Poseen conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones en los bancos quienes hayan desempeñado, durante un plazo no inferior a cinco años, funciones de alta administración, dirección, control o asesoramiento de entidades financieras o

Condición que deberán tener los directores generales y las personas físicas que representen a las personas jurídicas que sean consejeros.

g) Contar con buena organización administrativa y contable así como con procedimientos de control interno adecuados que garanticen la gestión sana y prudente de la entidad⁴¹³.

h) La solicitud de autorización para la creación de un banco deberá ir acompañada del proyecto de estatutos sociales, junto con una certificación registral negativa de la denominación social propuesta; el programa de actividades donde conste el género de las operaciones que se pretendan realizar, organización administrativa, contable y procedimientos de control interno; relación de socios que han de constituir la sociedad y sus respectivas participaciones en el capital⁴¹⁴, relación de personas que hayan de integrar el primer Consejo de Administración y de quienes vayan a ejercer como directores generales o asimilados, justificación de haber constituido en el Banco de España, en metálico o en deuda pública un depósito equivalente al 20 por 100 del capital social mínimo establecido y los datos que en la instrucción del procedimiento se exija a los promotores en cuanto a datos, informes o antecedentes que se consideren oportunos para verificar el cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en la legislación⁴¹⁵.

El proceso de creación de un banco privado no se agota con la obtención de la autorización administrativa ya que para dar comienzo a sus actividades económicas aunado a lo anterior, es preciso cumplimentar otra serie de

funciones de similar responsabilidad en otras entidades públicas o privadas de dimensión al menos análoga a la entidad que se pretenda crear.” *Cfr.* Art. 2. 2, y 2.3 del Decreto 1245/1995 de 14 de julio.

⁴¹³ *Cfr.* Art. 2 Decreto 1245/1995 de 14 de julio.

⁴¹⁴ “Tratándose de socios que tengan la consideración de personas jurídicas, se indicarán las participaciones en su capital que representen un porcentaje superior al 5 por 100. En el caso de socios que vayan a poseer una participación significativa, se aportará además, si son personas físicas, información sobre su trayectoria y actividad profesional, así como situación patrimonial, si son personas jurídicas las cuentas anuales e informe de gestión con los informes de auditoría, si los hubiese, de los dos últimos ejercicios, la composición de sus órganos de administración y la estructura detallada del grupo al que eventualmente pertenezca.” *Cfr.* Art. 3. c) Decreto 1245/1995 de 14 de julio.

⁴¹⁵ *Cfr.* Art. 3 Decreto 1245/1995 de 14 de julio.

requisitos.

Autorizada la creación de una entidad de crédito, en el término de un año deberá otorgarse una escritura de constitución e inscribirla en el Registro Mercantil y en el Registro especial del Banco de España. Dentro de este mismo plazo deberá dar comienzo a sus actividades dando cuenta de ello al Banco de España⁴¹⁶.

Habiendo establecido una serie de criterios estrictos en la Ley, para revisar una solicitud de licencia bancaria, la autoridad otorgante tiene el derecho de rechaza ésta si no está convencida de que los criterios se satisfacen.

4) Revocación de autorización

La revocación de la autorización encuentra su origen en la Ley de Ordenación Bancaria del 31 de diciembre de 1946⁴¹⁷ y el Real Decreto 1245/1995 de 14 de julio⁴¹⁸ ha concretado determinadas situaciones que pueden dar lugar a la revocación en el caso de incumplimiento de algunos de los requisitos exigidos para ejercer la actividad bancaria⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Art. 8º., 1; 1245/1995 de 14 de Julio. Sin embargo DE JUAN, Aristóbulo, en “El Banco de España y la Supervisión del Sistema Bancario, *PEE*, N.º 18, 1984. Hace referencia a la laguna legal que existe en el ordenamiento que no contempla en toda su extensión el acceso a la profesión bancaria a través de la adquisición del control de un banco ya en funcionamiento. Y señala que “un porcentaje significativo de los bancos que han entrado en crisis en los últimos años, se ha producido la transmisión de importantes paquetes accionariales en los años inmediatamente anteriores al afloramiento de la crisis”. p. 113.

⁴¹⁷ Art. 57 bis. Incorporado a la Ley de Ordenación Bancaria de 1946 por RD legislativo 1298/1986 de 28 de junio que adaptaba las normas legales bancarias españolas al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea. La Ley 3/1994 de 14 de abril da nueva redacción a algunos apartados de este artículo. “La autorización concedida a un establecimiento de crédito sólo puede ser revocada en los siguientes supuestos: a) si no da comienzo a las actividades específicas de su objeto social dentro de los 12 meses siguientes a la fecha de notificación de la autorización o renuncia de modo expreso a esta. b) Si interrumpe de hecho las actividades específicas de su objeto social durante un periodo superior a seis meses. c) Si resulta que obtuvo la autorización por medio de declaraciones falsas o por otro medio irregular. d) si incumple las condiciones que motivaron la autorización salvo que se disponga otra cosa en relación a alguna de dichas condiciones. e) Si carece de fondos propios suficientes o no ofrece garantía de poder cumplir sus obligaciones con relación a sus acreedores y en particular no garantiza la seguridad de los fondos que le hayan sido confiados. f) como sanción según lo previsto en el número 7 del artículo 57 de la presente ley.”

⁴¹⁸ Ha añadido un nuevo caso de revocación derivado de la nueva regulación de los fondos de garantía de depósitos.

⁴¹⁹ LATORRE DIEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 109.

a) Por falta de idoneidad de algún accionista de modo excepcional, de acuerdo con lo previsto en el Art. 62 de la Ley 26/1988⁴²⁰.

b) Por falta de honorabilidad comercial o profesional de consejeros o directores. Sólo procederá la revocación si los afectados no cesan en sus cargos en un mes contado desde la recepción del requerimiento que a tal efecto le dirija el Banco de España.

c) Si la entidad es excluida del Fondo de garantía de depósitos al que esté adscrita⁴²¹.

d) Cuando se deja transcurrir un año desde la notificación de la concesión de la autorización sin dar inicio a las operaciones de la entidad o ante la interrupción prolongada de su actividad durante un periodo superior a seis meses⁴²².

e) No procederá la revocación por insuficiencia de recursos propios, si éstos alcanzan al menos las cuatro quintas partes del capital social mínimo y la insuficiencia no dura más de doce meses⁴²³.

Corresponde al Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda la facultad para acordar la revocación de una entidad de crédito. Sin embargo esta competencia esta a cargo del Ministro de Economía y

⁴²⁰ Cuando existen razones fundadas y acreditadas respecto de 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 Ministro de Economía y Hacienda a propuesta del Banco de España podrá adoptar alguna o algunas de las siguientes medidas.

a) Las previstas en los párrafo a y b del Art. 59, si bien la suspensión de los derechos de voto no podrá exceder de tres años.

b) Con carácter excepcional la revocación de la autorización.

⁴²¹ Cfr. Modificación del artículo 57 bis de la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 por el Real Decreto Ley 12/1995 de 28 de diciembre en la redacción dada por la Ley 3/1994 de 14 de abril, apartado 1.

⁴²² Vide ZUNZUNEGUI, Fernando, *El Derecho del....op.cit.*, Esta disposición se justifica desde el punto de vista de la supervisión, porque el esfuerzo técnico del control bancario debe dirigirse a entidades que operen en el mercado y no dilapidarse en la previa distinción entre entidades que están en operación y las que no lo están. p. 185, 186.

⁴²³ Cfr. Art. 2. 4 Decreto 1245/1995.

Hacienda en los casos de renuncia, exclusión del Fondo de Garantía de Depósitos al que esté adscrita una entidad de crédito y revocación de la autorización de una sucursal de una entidad extranjera por haberle sido retirada la autorización por su autoridad supervisora⁴²⁴.

Concluimos este apartado señalando que las actividades que les son permitidas a los establecimientos bancarios deben estar claramente definidas en el ordenamiento jurídico. El proceso de otorgamiento de la autorización administrativa para ejercer la actividad de banca, debe ser riguroso y los reguladores deben aplicar estrictas medidas a los candidatos que deseen ejercer esta actividad. Pero teniendo en cuenta que estas disposiciones han de dificultar como medida preventiva, más no impedir la entrada al sector. Para el logro de una efectividad real, resulta acertado que la propia autoridad supervisora participe en el proceso de otorgamiento de licencia, de modo tal que la supervisión abarque todo el ciclo de vida de la entidad. El Estado debe velar para que dentro del marco legal, el sistema bancario funcione normalmente y cumpla con los fines que se le tienen asignados.

2.5.1.2 Participaciones significativas en el capital

La regulación comunitaria y española han otorgado relevancia a éste tema, por la trascendencia que reviste el poseedor de una participación significativa en el capital social de un establecimiento bancario, al contar con facultades especiales suficientes para determinar el rumbo de la empresa.

Por participación significativa en una entidad de crédito española, se entiende *“aquella que alcance, de forma directa o indirecta al menos el 5 por 100 del capital o de los derechos de voto de la entidad. Aquella que sin llegar al*

⁴²⁴ Cfr. Modificación del Art. 57 bis de la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 por el Real Decreto Ley 12/1995 de 28 de diciembre en la redacción dada por la Ley 3/1994 de 14 de abril, apartado 2.

*porcentaje señalado permita ejercer una influencia notable en la entidad*⁴²⁵.

Se ha sostenido que el régimen de las participaciones significativas implica una limitación directa del derecho de propiedad e indirectamente del de libertad empresarial⁴²⁶. La Constitución española se ocupa de delimitar el contenido de ese derecho de dominio sobre participaciones, partiendo de lo que se enuncia como la función social a la que debe ajustarse su ejercicio⁴²⁷.

“Esa intervención normativa se traduce en la autorización de una actuación administrativa orientada a asegurar la idoneidad del titular de aquellas participaciones, pudiendo llegarse hasta la intervención de la entidad o la revocación de su autorización cuando del ejercicio de los derechos resultantes de la participación significativa derive una amenaza para la gestión sana y prudente de la entidad bancaria de que se trate”⁴²⁸. Desde la perspectiva del derecho a la libertad de empresa, las limitaciones apuntadas encuentran una justificación en la propia Constitución⁴²⁹ y en la referencia que la misma hace a las exigencias de la economía general.

La Ley 3/1994 destaca la introducción de una nueva disciplina para las participaciones significativas en el capital de entidades de crédito españolas⁴³⁰, de forma que sus nuevos artículos configuran una regulación sustantiva que debe permitir la adecuada supervisión de participaciones accionariales de especial relevancia en este tipo de entidades.

⁴²⁵ Art. 56.1 LDIEC 26/1988 de 29 de julio. En el segundo párrafo de este artículo aparece el concepto de “la influencia notable”. Se advierte que la consideración de una participación como significativa puede deducirse del hecho de que permite a su titular una influencia notable en la entidad, con independencia de que esa participación alcance el límite del 5 por 100 antes analizado. El inciso final de ese artículo indica que se podrá determinar reglamentariamente cuando se deba presumir que una persona física o jurídica puede ejercer dicha influencia notable. En este punto se coincide con SANCHEZ CALERO GUILARTE, Juan cuando señala que “ esa concreción de lo que es la influencia notable en una entidad de crédito se esta convirtiendo en una potestad administrativa y que la admisibilidad o introducción del criterio de la influencia notable no impide sostener que tal criterio no puede ser objeto de aplicación arbitraria y que demanda una delimitación reglamentaria clara a su evaluación por parte de los órganos competentes.” p. 274.

⁴²⁶ *Vide.* SANCHEZ CALERO GUILARTE, Juan, “Participaciones significativas en el capital de Entidades de Crédito”, *RDBB*, Año XIV abril - junio 1995, p. 258.

⁴²⁷ *Cfr.* Art. 33.2.

⁴²⁸ *Vide.* SANCHEZ CALERO GUILARTE, Juan, *op. cit.*, p. 258.

⁴²⁹ *Cfr.* Art. 38.

⁴³⁰ Art. 2º. que adiciona un nuevo título VI a la Ley 26/1988 de 29 de julio Artículos del 56 al 62.

El precedente comunitario de la Ley 3/1994 viene dado por el tratamiento que a esta cuestión dedica a Segunda Directiva de 15 de Diciembre de 1989 del Consejo de la Comunidad Europea⁴³¹ que trata de dotar a las autoridades competentes de un mecanismo que legitime la facultad de oponerse a la adquisición de una participación significativa por personas físicas o jurídicas que no resulten idóneas a tal fin⁴³².

La Segunda Directiva dispone que antes de conceder autorización para funcionar, se informe a la entidad de control del país de origen sobre la identidad de aquellos que hayan de poseer el 10 por ciento o más del capital o de los derechos de voto o que de alguna otra forma, pueden ejercer una influencia significativa sobre el manejo de la institución de crédito. La entidad supervisora se reserva el derecho de no conceder la autorización en caso de no considerarse aceptables los nombres propuestos⁴³³.

La disposición comunitaria establece que toda persona física o jurídica que pretenda tener directa o indirectamente en una entidad de crédito una participación cualificada deberá informar de ello previamente a las autoridades competentes junto con la cuantía de la participación. También lo deberá hacer cualquier persona física o jurídica que pretenda incrementar su participación cualificada de tal manera que la proporción de derechos de voto o de participaciones de capital poseídas por la misma alcance o sobrepase los niveles del 20%, 33% o 50% o que la entidad de crédito se convierta en su filial. Del mismo modo, deberán notificar a la autoridad competente cuando pretendan dejar de poseer directa o indirectamente dicha participación o disminuir ésta de tal manera que la proporción de derechos de voto o de participaciones de capital poseídas por la misma descienda por debajo de los

⁴³¹ Art. 11 Introduce el procedimiento que los artículos 52 y siguientes de la LDIEC han incorporado.

⁴³² Vide. Art. 11.5 de la Directiva. V. SANCHEZ CALERO GUILARTE, Juan, *l. c.* p. 258.

⁴³³ Vide. Segunda Directiva 89/646/CEE. Sobre el tema v. también CEMLA, "Tendencias principales en los actuales proceso de reformas financieras en diferentes áreas del mundo". Ponencia del Departamento Legal de Fondo Monetario Internacional. *Octava Asamblea de la Comisión de organismos de supervisión y fiscalización de América Latina y el Caribe*, México, 1992. p. 99 y ss.

niveles del 20%, 33% o 50% o que la entidad deje de ser su filial⁴³⁴.

Vale la pena comentar que las autoridades comunitarias han tomado posición en favor de limitar la participación de instituciones financieras en sectores diferentes del financiero, es así como la Segunda Directiva dispone que las instituciones de crédito de los países miembros no deberán tener más del 10 por ciento del capital de entidades financieras ni invertir más del 15 por ciento de sus fondos propios en una de ellas ni en conjunto más del 60% de sus fondos propios en las entidades no financieras⁴³⁵.

La idoneidad del accionista se destaca como uno de los criterios fundamentales en materia de supervisión. En el ordenamiento bancario español ha existido tradicionalmente una preocupación por el conocimiento de la identidad de los accionistas de un banco, la justificación del interés público por identificar a estos se basa en que a través del ejercicio de los derechos que les atribuye su participación no orienten la actividad de la entidad en un sentido negativo, llegando a poner en peligro su solvencia⁴³⁶.

Entre los requisitos que se establecen para adquirir una participación significativa en España se hayan: que la persona sea física o jurídica; informar de su intención de adquirir la participación al Banco de España, indicar la cuantía de la participación; términos y condiciones de la adquisición; en caso de que lo que se pretenda sea incrementar directa o indirectamente su participación significativa de tal forma que su porcentaje de capital o derechos de voto alcance o sobrepase alguno de los siguientes porcentajes 10 por 100, 15 por 100, 20 por 100; 25 por 100; 33 por 100; 40 por 100, 50 por 100, 60 por

⁴³⁴ Art. 11. 1, 11.2 Directiva 89/646/CEE.

⁴³⁵ *Vide.* Segunda Directiva 89/646/CEE.

⁴³⁶ *Vide.* Art. 58.1 LDIEC; *V.* SANCHEZ CALERO GUILARTE, Juan, *op. cit.*, p. 259; El Art. 43.5 de la LDIEC establece las circunstancias que permiten evaluar la idoneidad de quien pretende adquirir una participación significativa como: la honorabilidad comercial y profesional de los accionistas; los medios patrimoniales del accionista para atender los compromisos asumidos; la estructura del grupo al que eventualmente puede pertenecer la entidad, vincula la figura de los accionistas relevantes con la supervisión consolidada de los grupos de entidades de crédito, así como el riesgo que las actividades de los accionistas pueden implicar para el buen funcionamiento de la entidad.

100 o 75 por 100⁴³⁷.

Si una persona física o jurídica directa o indirectamente pretende dejar de tener una participación significativa en una entidad de crédito o tiene la intención de reducir su participación de forma que esta traspase o en virtud de la enajenación pretendida pueda perder el control de la entidad⁴³⁸, deberá informar previamente al Banco de España indicando la cuantía de la operación propuesta y plazo previsto para llevarla a cabo⁴³⁹.

Incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable conforme al Título I de la Ley 26/1988 las personas físicas o jurídicas que posean una participación significativa según lo previsto en el Título VI de esta Ley y aquellas que teniendo nacionalidad española, controlen una entidad de crédito de otro Estado miembro de la Comunidad Europea, responsabilidad que alcanzará a quienes ostenten cargos de administración o dirección en las entidades responsables⁴⁴⁰. A la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito, Artículo 1.1 se le añade un segundo párrafo en que se somete a la responsabilidad administrativa especial a los accionistas titulares de participaciones significativas. Cuando esos accionistas sean personas jurídicas, la responsabilidad administrativa se extiende incluso a quienes sean sus administradores o directores⁴⁴¹.

⁴³⁷ Cfr. Art. 57.2 Ley 26/1988.

⁴³⁸ Cfr. Art. 57.3 Ley 26/1988. Para la determinación de control, Se entenderá que existe control si se da alguno o algunos de los presupuestos del Artículo 4 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores. “A efectos de esta ley, se consideraran pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión porque cualquiera de ellas controle o pueda controlar, directa o indirectamente las decisiones de los demás. Se entenderá en todo caso que existe control de una entidad dominada por otra dominante cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la entidad dominante disponga de la mayoría de los derechos de voto de la entidad dominada, bien directamente bien mediante acuerdos con otros socios de esta última; b) Que la entidad dominante tenga derecho a nombrar o a destruir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la entidad dominada bien directamente bien a través de acuerdos con otros socios de esta última. c) Que al menos la mitad más uno de los consejeros de la entidad dominada sean consejeros o altos directivos de la entidad dominante o de otra entidad por ella dominada. A efectos de lo previsto en los apartados anteriores, a los derechos de voto, nombramiento o destitución se añadirán los que la entidad dominante posea a través de las entidades dominadas o a través de otras personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras entidades por ella dominadas.”

⁴³⁹ Cfr. Art. 60 Ley 26/1988.

⁴⁴⁰ Ley 3/1994 Art. Tercero que modifica la Ley 26/1988 de 29 de julio.

⁴⁴¹ A la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito artículo 1.1 se le añade un segundo párrafo en que se establece que “las entidades de crédito así como quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas que infrinjan normas de ordenación y disciplina incurrirán en responsabilidad

De esta forma, la Ley 3/1994 introduce nuevas infracciones administrativas referidas directamente a la adquisición y titularidad de participaciones accionarias⁴⁴². La adquisición de esas participaciones en vulneración de los requisitos del Título VI de la Ley 26/1988, consistentes en la notificación previa al Banco de España se tipifica como infracción muy grave. Asimismo se consideran infracciones muy graves: adquirir participaciones significativas o aumentarlas infringiendo lo previsto en la ley así como, poner en peligro la gestión sana y prudente de una entidad de crédito mediante la influencia ejercida por el titular de una participación significativa⁴⁴³.

La Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito⁴⁴⁴, determina que las infracciones graves y muy graves cometidas por personas jurídicas titulares de participaciones significativas implican para quienes ocupan cargos de administración o dirección en ellas, las sanciones de multa e inhabilitación, pudiendo imponerse ambas simultáneamente⁴⁴⁵. El sistema legal se cierra con las normas previsoras de eventuales infracciones que además de la aplicación del correspondiente régimen sancionador pueden motivar la adopción de medidas de extraordinaria gravedad para la entidad.

El deber de notificación o información previa al Banco de España se configura como pieza esencial del procedimiento de control⁴⁴⁶. Además del porcentaje de capital que se desea adquirir o de los derechos de voto que se van a controlar, se deben indicar los términos y condiciones de la adquisición y el plazo máximo en que se pretenda realizar la operación. De esta forma el protagonismo en materia de supervisión de participaciones significativas se atribuye al Banco de España, que conserva su condición de autoridad

administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en el presente título”. V. SANCHEZ CALERO GUILARTE, Juan, *op. cit.*, p. 251.

⁴⁴² Art. 3 regla 2.

⁴⁴³ Según el Art. 62 de esta Ley 26/1988.

⁴⁴⁴ Art. 13 bis.

⁴⁴⁵ Recogidas en los Arts. 12 y 13. V. SANCHEZ CALERO GUILARTE, Juan, *op. cit.*, p. 252.

⁴⁴⁶ *Vide.* Art. 57.1 LDIEC. Sobre el deber de información; *V.* también Art. 61 y 61.1

competente a esos efectos.

2.5.1.3 Capacidad y competencia de los administradores bancarios

La trascendencia de la actividad bancaria en la economía moderna, exige la existencia de una regulación específica sobre los órganos que la gestionan y dirigen.

Una de las causas fundamentales de los problemas en los establecimientos bancarios es la pobre administración y debilidad interna que puede percibirse en su gobierno debido a la incapacidad, negligencia o inexperiencia de los propietarios, directores y administradores. Estas debilidades son frecuentemente traídas a la luz por fenómenos macroeconómicos adversos que tienen un impacto negativo en todos los bancos pero tienden a golpear con mayor fuerza a los bancos mal administrados ⁴⁴⁷.

La actividad que llevan a cabo las entidades bancarias justifica las exigencias para los accionistas y administradores, la correcta verificación de la idoneidad de estos para ejercer su actividad constituye un fuerte elemento para asegurar el buen funcionamiento de la entidad y que contribuirá a mantener la confianza y seguridad de los depósitos de los clientes.

La correcta verificación de los antecedentes y la reputación de los posibles accionistas debe ayudar a minimizar el número de bancos que están siendo administrados por personas que no satisfacen las normas éticas de la actividad, por lo que es muy importante que existan estrictas reglas al respecto.

En este ámbito, a los supervisores les corresponde la tarea de controlar que los bancos estén siendo operados de manera prudente con adecuados

⁴⁴⁷ GREEN, John H. , “The challenges of a sound banking system”, *Banking Soundness and Monetary Policy*, Editor Charles Enoch, IMF, Washington 1997.

administradores y propietarios con capacidad y conocimientos en el sector; que los riesgos son administrados profesionalmente, que las normas prudenciales respecto a su funcionamiento interno y exposición al riesgo son las correctas y que las desviaciones de unas prácticas bancarias sanas son prontamente corregidas.

Entre los aspectos que son objeto de valoración para calificar la calidad de la dirección bancaria, se considera “ la competencia y el liderazgo; la capacidad para planificar y reaccionar ante las circunstancias cambiantes; la idoneidad y cumplimiento de la normativa interna de la entidad; la preparación de los sucesores; la tendencia hacia la autocontratación y la disposición a las legítimas necesidades bancarias de la comunidad”⁴⁴⁸.

Una supervisión de la práctica y calidad de la gestión del banco apropiada, puede determinar con mayor certeza si sus activos están siendo declarados adecuadamente, así como constatar si la administración de la institución conoce a los clientes y evalúa y registra periódicamente su capacidad de amortización; si clasifica rigurosamente los préstamos y si ha establecido reservas necesarias para cubrir las pérdidas provenientes de aquellos.

2.5.1.4 Principios contables

Las medidas de regulación prudencial sobre todo en el conjunto de los países industriales ha ido poniendo énfasis y centrando su atención sobre las exigencias de capital y su adecuación a los riesgos así como en la aplicación de los principios contables de prudencia valorativa e imagen fiel de las instituciones bancarias, con el fin de facilitar la supervisión de la solvencia de éstas y el análisis de su gestión⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ DE JUAN, Aristóbulo, *op. cit.*, p. 116.

⁴⁴⁹ PEREZ, José, “Supervisión Bancaria: Problemas recientes y perspectivas”, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, No. 43, Madrid, 1993. p. 76, 77; V. también CEMLA, “Análisis sobre la estructura y funcionamiento de las instituciones de supervisión bancaria”, *Décima Asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*, México, 1994. “normas excesivamente orientadas a aspectos contables, determinan estructuras de supervisión con alta cantidad de profesionales

Los métodos usados por los establecimientos bancarios para el manejo de sus sistemas contables, son un factor de suma importancia para la autoridad supervisora ya que en ellos se reflejan todas y cada una de las operaciones que estos realizan . Sirven para demostrar la situación de la empresa e identificar problemas con el fin de poder resolverlos rápidamente. Debido a esto, se deben incluir en los sistemas contables, estrictas normas de clasificación y valorización de activos mediante las cuales los mismos se ajusten a sus valores de mercado con adecuadas reservas para pérdidas⁴⁵⁰.

Las entidades de crédito han de cumplir las normas de contabilidad que establezca el Ministerio de Economía y Hacienda o por habilitación suya, el Banco de España⁴⁵¹. Por Orden del 31 de marzo de 1989 se encomienda al Banco de España la reglamentación de la contabilidad bancaria, régimen que recoge la Circular 4/1991 de 14 de junio.

El Banco de España reglamenta la contabilidad de los bancos basándose en los “principios contables generalmente admitidos para las entidades de crédito”. Según los cuales, los estados contables de estas empresas deben dar una imagen fiel del patrimonio de la situación financiera, de riesgos y de los resultados de la entidad, debiendo reflejar con exactitud el curso de las operaciones⁴⁵². Dando especial relevancia al principio de

intermedios y metodologías de supervisión orientadas a la vigilancia de dichas normas. Por el contrario normas generales basadas en los aspectos estratégicos del sistema, transformarían al organismo supervisor en un artífice del desarrollo del mercado. Parece conveniente que los organismos supervisores tengan la adecuada autonomía para determinar sus procedimientos de trabajo y dictar las normas que requieran para el desarrollo del sistema financiero. p. 60.

⁴⁵⁰ DE JUAN, Aristóbulo, “Aspectos microeconómicos, supervisión y reglamentación” en HAUSMANN, R. Y ROJAS SUAREZ, L., *op. cit.*, p. 109. Dice el autor que “ello puede lograrse clasificando los activos de acuerdo con sus resultados es decir, si están vencidos, si deben clasificarse como diferentes categorías de préstamos de cobro dudoso de acuerdo con el tiempo que haya transcurrido desde su vencimiento. Agrega que un buen sistema requiere contar con dos tipos de criterios para clasificar los préstamos: uno basado en el incumplimiento formal que con frecuencia no capta los peores préstamos y otro basado en la capacidad de amortización o el riesgo de los prestatarios ya sea que estén formalmente o no en mora”. p. 109.

⁴⁵¹ *Cfr.* Art. 49.1 LDIEC.

⁴⁵² *Cfr.* Circular 4/1991 de 14 de junio. “El Banco de España, según lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 31 de marzo de 1989, por la que se desarrolla lo establecido en el artículo 48 de la Ley 26/1988 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, está facultado para establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a los que deberá sujetarse el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y demás estados financieros consolidados previstos en la Ley 13/1995 de 25 de mayo.

prudencia valorativa, que deberá tenerse en cuenta para una correcta interpretación de todas las normas contables⁴⁵³. Por otra parte, una vez que han sido establecidos determinados criterios en la aplicación de los principios contables, no se variarán salvo causa justificada, debiendo registrarse contablemente todos los derechos y obligaciones de la entidad, incluso los futuros o de carácter contingente⁴⁵⁴.

El incumplimiento de las obligaciones contables, falta de transparencia patrimonial, incumplimiento de la obligación de veracidad frente a terceros, el incumplimiento de las normas sobre transparencia contractual se consideran infracciones graves. Carecer de contabilidad o llevarla con irregularidades esenciales, incumplir la obligación de someter a auditoría las cuentas anuales y la falta de remisión al órgano competente de los datos y documentos para la apreciación de su solvencia, se considera como infracción muy grave.

2. 5. 2 Supervisión del capital bancario

Sentadas las bases para la creación de una nueva entidad bancaria surge la necesidad de vigilar el cumplimiento de las normas obligatorias; de la solvencia de las entidades tanto con carácter preventivo como ante la concurrencia de circunstancias extraordinarias. Todo ello exige la existencia de una actividad dentro de la supervisión que se refiere a los requisitos mínimos de capital con que llevan a cabo sus operaciones las entidades bancarias.

2.5.2.1 La liquidez

La liquidez constituye un elemento crucial en el funcionamiento del banco

Véase Exposición de motivos. El número 1 de la norma segunda de la misma Circular, señala que “Los balances, cuentas de pérdidas y ganancias, las memorias anuales y los demás estados complementarios habrán de dar una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de riesgos, y de los resultados de la entidad, debiendo reflejar con exactitud el curso de sus operaciones.”

⁴⁵³ Cfr. Norma segunda. 2. de la Circular 4/1991.

⁴⁵⁴ Cfr. Norma segunda 5 en relación al principio de uniformidad y 6 en relación al registro de las operaciones Circular 4/1991.

ya que éste podrá continuar su actividad únicamente en la medida en que depositantes confíen en que está en condiciones de cumplir sus compromisos. Los clientes deben tener la seguridad de que en el momento en que lo demanden, sus depósitos se convertirán en efectivo. Así lo confirma el hecho de que históricamente, la falta de liquidez haya sido con mucho, la causa inmediata más importante de las quiebras bancarias.

De esta manera, la liquidez viene a referirse a la posibilidad que tiene una entidad financiera de hacer frente a sus obligaciones de efectivo. Las regulaciones administrativas, con cierta frecuencia se amparan en la necesidad de reforzar aquella como medio para asegurar los saldos de los depositantes. Se trata de prevenir posibles pánicos bancarios con retiradas masivas de depósitos ante la desconfianza en el sistema general por casos particulares de suspensión de pagos⁴⁵⁵. Ha sido precisamente la protección de los depositantes la que originó la imposición de coeficientes legales a la banca por parte de las autoridades monetarias⁴⁵⁶.

El análisis de la liquidez variará según sea el tamaño, naturaleza o ámbito de las operaciones de cada banco; implicará el estudio de la volatilidad de los depósitos, el acceso a los mercados monetarios y las posibles variaciones en ellos, así como el equilibrio adecuado de los plazos entre su activo y su pasivo. “Sería sencillo asegurar una liquidez adecuada, equiparando exactamente los plazos de los activos y pasivos, sin embargo la actividad

⁴⁵⁵ TORIBIO, Juan José, “El sistema financiero ¿Libertad o regulación?”, *Papeles de Economía Española*, No. 27, Año 1986. p. 421.; V. KAUFMAN, George G., “Lessons for transitional and developing economies from U.S. Deposit Insurance Reform”, en VON FURSTENBERG, George M., *Regulation and supervision of financial institutions in the Nafta countries and Beyond*, Kluwer Academic Publishers Boston/Dardrecht/London 1997. The correct capital is the amount the market would require if the bank were not insured.” p. 33. (El capital idóneo será aquel que el mercado requeriría si un banco no estuviera asegurado).

⁴⁵⁶ *Vide.* LATORRE DIEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 201 y ss. De todos los coeficientes (de caja, de inversión, liquidez y garantía etc.) sólo queda en la actualidad el de caja enmarcado en la Ley de Autonomía del Banco de España (Ley 13/1994 de 1 de junio) como una de las formas que éste puede utilizar en la instrumentación de la política monetaria que él mismo define y ejecuta. p. 201. “La Circular Monetaria del Banco de España de 1 / 1996 de 27 de septiembre ha venido exigida por la urgencia normativa de la inclusión de los nuevos establecimientos financieros de crédito en la lista de entidades sometidas el coeficiente de caja. A la vez, se aprovecha para introducir algunos cambios de redacción eliminar referencias a entidades que ya no existen o a disposiciones que ya no están en vigor y recoger en un texto único tanto las normas originales del propio Banco de España como sus posteriores modificaciones.” p. 211.

bancaria es la intermediación financiera, lo que significa que la transformación de vencimientos forma parte de esa actividad”⁴⁵⁷.

Debe hacerse una distinción entre problemas de liquidez individuales y problemas de liquidez sistémicos. Los primeros se presentan cuando una entidad sufre una caída transitoria de su fuente de fondos y puede acudir al auxilio de otras entidades del sistema o al Banco Central. Una crisis de liquidez sistémica se caracteriza porque un gran número de instituciones bancarias sufre la pérdida de depósitos y no hay posibilidad de que la liquidez se recicle entre las entidades, entonces la autoridad monetaria o los organismos del sistema financiero internacional aparecen como los únicos prestamistas de fondos disponibles⁴⁵⁸.

El Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria señala directrices para la evaluación de la liquidez. En ellas se dispone el análisis del déficit como método preferido para la medición; con esta se comparan los vencimientos de activos y pasivos en diferentes periodos y se identifica la deficiencia de financiamiento o el superávit de activos en cada período⁴⁵⁹.

Las autoridades supervisoras tienen a su cargo dos obligaciones

⁴⁵⁷ Vide. CEMLA, “Documento de referencia sobre liquidez”, en *Boletín Supervisión y Fiscalización Bancaria*, Vol. V, N.º 3, Sep. - Dic. 1996. p. 20.

⁴⁵⁸ LOPETEGUI, Gabriel E., Ponencia de la Secretaría de estudios del sistema financiero, Banco Central de la República de Argentina, *Duodécima Asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*, CEMLA, México, 1996, p. 107-108 “Los activos líquidos con los que cuenta una entidad financiera para hacer frente a compromisos de fondos están constituidos por:

- Encajes legales constituidos en el Banco central y- Encajes técnicos adicionales (efectivo en bóveda de la casa matriz y sucursales) si bien constituyen una fuente de liquidez inmediata deben mantenerse en relación a los depósitos para satisfacer necesidades operativas.

- Títulos públicos y privados con cotización de mercado. Constituyen liquidez en la medida en que las tenencias de la entidad pueden ser líquidas en el mercado sin pérdida significativa de valor (por caída de precios).

Adicionalmente los bancos pueden acceder a:

- Márgenes de redescuento con el banco central. El acceso a redescuentos del banco central estará limitado a la normativa de cada país por lo que su inclusión dependerá de tal normativa.

- Líneas de crédito con bancos del país, su inclusión dependerá de sus características contractuales, sin duda su uso se vera limitado en escenarios de iliquidez importante.

- Líneas de crédito con bancos del exterior. si son irrevocables siempre constituyen una fuente de iliquidez”. p. 113 y 114. “El corazón del análisis cualitativo pasa por evaluar en primer lugar qué grado de conocimiento posee la entidad del riesgo de liquidez que está asumiendo. En segundo lugar es importante conocer que previsiones se han tomado para hacer frente a eventuales problemas de liquidez”. p. 15.

⁴⁵⁹ Vide. COMITE DE BASILEA, Principios de supervisión bancaria, 1997.

fundamentales: Por un lado, asegurarse de que los bancos establecen y gestionan una política adecuada de liquidez donde se encuentran los aspectos de medición, información oportuna y estrategia apropiada y por otro, detectar a tiempo las variaciones adversas de la posición de liquidez de un banco y tomar medidas para asegurarse de que la entidad corrige la situación.

Las decisiones que tome la autoridad supervisora deben ser ecuánimes y razonables. Si bien es cierto que no pueden evitar el elemento subjetivo de un criterio, en la medida de lo posible deben asegurarse de que llegan a ese criterio en forma uniforme para todos los bancos, tomando en cuenta los mismos factores. Los archivos y expedientes de cada caso deben elaborarse de manera que pueda demostrarse este principio. El supervisor debe tomar nota de toda falta de congruencia entre el informe sobre liquidez y el balance presentado y de toda dificultad que haya mostrado el banco a la hora de explicarla. Se trata de que se obtenga una idea clara de la exactitud de los datos que proporcione la entidad de crédito y de la eficacia con que la dirección de esta vigila la liquidez.

2.5.2.2 Recursos propios y solvencia

Este apartado intenta más que efectuar un repaso del ordenamiento que establece la definición, cálculo y niveles mínimos de capital exigidos a las instituciones bancarias, enfocar la atención en la función que los recursos propios desempeñan dentro de la estructura de dichas entidades para llegar a destacar su papel fundamental como elemento de cobertura de los riesgos asumidos que permitan garantizar una mayor seguridad en los depósitos de los ahorradores.

Se han definido los recursos propios computables como *“el capital de las entidades teniendo en consideración los déficit de provisiones para riesgos de insolvencia determinados prudentemente en función de las posibilidades de*

*recuperación de los contraídos*⁴⁶⁰. “*Son recursos propios de las entidades de crédito el capital social o fondo fundacional, las reservas, los fondos y provisiones genéricas, las financiaciones subordinadas y demás partidas susceptibles de ser utilizadas en la cobertura de pérdidas y los fondos de la obra de beneficio - social de las cajas de ahorro y las de educación y promoción de las cooperativas de crédito*”⁴⁶¹.

Dos circunstancias permiten establecer la diferenciación entre los elementos que componen a los recursos propios: 1) por un lado la disponibilidad permanente para responder de las pérdidas denominadas de gestión es decir las que no impiden la continuación de la actividad de la entidad al no llevar aparejada la necesidad de liquidar esta⁴⁶² y por la continuidad y mayor permanencia en el balance. A estos se les denomina recursos propios básicos. 2) En los demás casos, por los condicionamientos para aquella disponibilidad permanente, por su carácter transitorio, por la propia naturaleza de determinados elementos se conceptúan como recursos propios complementarios o de segunda clase⁴⁶³.

Las funciones del capital son bien conocidas; por un lado viene a ser un instrumento de vinculación de la propiedad a la empresa; por otro, constituye un patrimonio al servicio de las inversiones permanentes⁴⁶⁴ y cumple la función de

⁴⁶⁰ JIMENEZ DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 92.

⁴⁶¹ El principio de suficiencia de recursos propios sobre base consolidada de las entidades financieras recogido en la Ley 13/1992 del 1 de junio, se contempla con disposiciones especiales sobre las entidades de crédito recogidas en el título II de la Ley 13/1985 de 25 de mayo.

⁴⁶² Directiva 93/6/CEE del Consejo de 15 de Marzo de 1993, Art. 2. 25 “Los fondos propios básicos serán los elementos 1,2,4 menos los elementos 9, 10 y 11 del apartado 1 del Art. 2 de la Directiva 89/299/CEE”.

⁴⁶³ *Vide.* LATORRE DIEZ, Joaquín, *op. cit.*, pp. 235, 241, 242, 243. Las reservas de regularización, actualización o revalorización de activos se sitúan entre los recursos propios complementarios o de segunda clase tanto si proceden de actualización de balances o de fusiones. Por su parte, las acciones sin derecho que pueden emitirse por un importe nominal que no sea superior a la mitad del capital desembolsado y otorgan derechos acumulativos durante un plazo de cinco años, al cobro de dividendos, se computarán como recursos propios complementarios o de segunda clase por la parte efectivamente desembolsada. Las financiaciones subordinadas son recibidas por la entidad, a efectos de prelación de créditos se sitúan detrás de todos los acreedores comunes. Pueden instrumentarse en forma de préstamos o como emisiones de valores y denominarse en pesetas y son recursos propios de segunda clase o complementarios.

⁴⁶⁴ GUZMAN CORREA, José Florentino, “Liberalización y profundización financiera y los desafíos para la regulación y supervisión”, ponencia de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile, *Novena Asamblea de la Comisión de Organismos de Supervisión y Fiscalización Bancaria de América Latina y el Caribe*, CEMLA, México, 1993. “Sabemos que el patrimonio de un banco corresponde a la diferencia de valor entre sus activos y pasivos. Mientras menor es el valor económico de los activos, lo que guarda directa

absorción de las pérdidas de la entidad y protección de sus acreedores. Las dos últimas funciones son sin duda las que más interesan a supervisores y depositantes de las entidades bancarias. “La práctica contable y el derecho mercantil han decantado un concepto tradicional de recursos propios que puede considerarse de dominio común y que incluye el capital, las reservas expresas y los beneficios netos pendientes de distribución”⁴⁶⁵.

Resulta importante el estudio de los recursos propios o capital⁴⁶⁶ de la institución bancaria si se considera que sirven de soporte al volumen, tipo y naturaleza del negocio y permiten absorber la posible disminución del valor de los activos y cualquier pérdida que pueda producirse⁴⁶⁷. “Los recursos propios en cualquier empresa pasan así a constituir la primera línea de protección de pérdidas inesperadas que afecten a los intereses de los acreedores, de los accionistas y de los propios clientes”⁴⁶⁸.

La exigencia de recursos propios adecuados representa una poderosa herramienta para hacer entidades bancarias más solventes y seguras al reducir la probabilidad de quiebra; permitir aislar a los clientes y otras entidades de las consecuencias de una mala gestión y disminuir los incentivos para asumir riesgos excesivos⁴⁶⁹.

“El establecimiento de la obligación de recursos propios mínimos, inicialmente fue una medida de seguridad de los depósitos bancarios, que

relación con el mayor riesgo que estos exhiben, mayores son los requerimientos de capital para restablecer la solvencia”. p. 39.

⁴⁶⁵ GOMEZ DE MIGUEL, José Manuel, “La Armonización Comunitaria de las Exigencias de Recursos Propios de las Entidades de Crédito”, *ICE*, N.º. 703, p. 80. “El concepto comunitario gira sobre el concepto de capital de base se integra un conjunto de elementos no restringidos en su computo y sobre unos elementos complementarios cuyo conjunto no puede superar dicho capital. El capital de base incluye junto a las acciones ordinarias y a las reservas expresas, el fondo para riesgos bancarios generales partida prevista en la regulación contable comunitaria como instrumento de afloración de las reservas ocultas que los criterios de valoración comunitarios autorizan”. p. 81, 82.

⁴⁶⁶ Directiva 93/6/CEE del Consejo de 15 de Marzo de 1993 Art. 2. 26 “Por capital se entenderá los recursos propios”

⁴⁶⁷ DE JUAN, Aristóbulo, “El Banco de España.....”, *PEE*, N.º. 18, 1984, p. 115.

⁴⁶⁸ TORRERO MAÑAS, Antonio, *La crisis del op.cit.*; Editorial Civitas, Madrid, 1993. p. 189.

⁴⁶⁹ PEREZ, José, “Supervisión Bancaria: Problemas recientes y perspectivas”, en *PSF*, N.º 43, Madrid, 1993. p. 76, 77.

paso rápidamente a convertirse en instrumento eficaz de política monetaria. Pues las autoridades vieron en ellos un medio para ejercer un cierto control sobre la liquidez del sistema, sobre el nivel de créditos en la medida en que sirven para determinar la capacidad de las entidades para desarrollar su actividad crediticia⁴⁷⁰. Y en definitiva un control sobre las inversiones y operaciones en general de las empresas bancarias⁴⁷¹.

Los supervisores ven en el capital la garantía de la solidez del mecanismo de pagos y de los canales de intermediación entre ahorradores e inversores, además de su papel como protector de la integridad de los depósitos y barrera de defensa del ente asegurador de estos. Al ser un hecho que el público les atribuye la responsabilidad de velar por todo ello, acaban teniendo un interés especial en requerir unos niveles de recursos propios tranquilizadores, justificar la racionalidad de las normas que imponen y hacerlas cumplir⁴⁷².

“Una de las reglas tradicionales de la correcta gestión empresarial y en particular de la prudencia que el público presupone en los banqueros, obliga a mantener una adecuada proporción entre los capitales puestos al servicio de la empresa y alguna medida de su actividad.” El volumen y la calidad de los recursos propios determinaran en buena parte la solvencia de la empresa, ya que los problemas que llegan a afectar a una entidad bancaria pueden producir disfunciones importantes que pueden afectar al sistema bancario, de ahí que las autoridades resulten implicadas en establecer y supervisar una cuantía importante de recursos propios que sirve de protección no sólo a los acreedores, clientes sino también a los contribuyentes⁴⁷³. De la prudencia

⁴⁷⁰ LATORRE DIEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 132. *Cfr.* RD 1144/1988 de 30 de septiembre y actualmente el Decreto 1245/1995 de 14 de julio para el capital mínimo establecido donde se exige que el desembolso del capital mínimo habrá de hacerse en efectivo. p. 133.

⁴⁷¹ PIÑANES LEAL, Francisco Javier, “Coeficientes”, *Estudios de Derecho Público Bancario*, Dir. Sebastián Martín - Retortillo, Editorial Ceura, Madrid, 1987, p. 266.

⁴⁷² RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, “Los fondos propios en las entidades bancarias: algunas reflexiones en torno a su función”, *Anales de estudios económicos y empresariales*, Universidad de Valladolid, N.º 4, Año 1989, p. 34 - 43.

⁴⁷³ TORRERO MAÑAS, Antonio, *op. cit.*, p. 190.

depende la estabilidad e incluso la viabilidad, de los sistemas de pago y con ella la seguridad y confianza de sus depositantes. Por ello, los poderes públicos se han dado a la tarea de asegurar y garantizar los intereses públicos con unas obligaciones mínimas de solvencia⁴⁷⁴.

La autorización administrativa para el ejercicio de la actividad bancaria ha de condicionarse a la justificación entre otras cosas de que se cumplen los requisitos de un capital suficiente según el volumen de sus negocios. El nivel de coeficiente de solvencia que se establezca y los criterios para cuantificarlo están estrechamente relacionados con la determinación de los supervisores para hacer efectivas las reglas establecidas y con los procedimientos de contabilización que se utilicen⁴⁷⁵.

“El experto en contabilidad bancaria calcula los fondos propios como la suma de reservas efectivas y expresas sean legales, especiales, estatutarias, voluntarias, de organización de balances, por primas aportadas en la emisión de acciones; fondos de provisiones asimilables a reservas, más el remanente y menos las pérdidas acumuladas”⁴⁷⁶. No obstante es importante decir que el valor contable y económico suelen diferir, la contabilidad suele dejar al margen del reflejo de libros toda una serie de activos que deben tomarse en cuenta en la elaboración de un balance con criterios económicos.

Se sostiene que una cuantía mayor de recursos propios, reduce la probabilidad de fracaso en el banco debido a que es mayor su resistencia para asumir pérdidas inesperadas sin llegar a la insolvencia. Por otro lado se señala que una cuantía baja puede dar lugar al riesgo moral ya que los propietarios tienen poco capital propio que perder estimulándose la asunción de riesgos

⁴⁷⁴ GOMEZ DE MIGUEL, Juan Manuel, La Armonización Comunitaria de las Exigencias de Recursos Propios de las Entidades de Crédito, *ICE*, N.º 703, Marzo, 1992, p. 75.

⁴⁷⁵ LATORRE DIEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 189.

⁴⁷⁶ RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, *op. cit.*, p. 31. Estos reúnen alguna o varias de estas características: están condicionadas a sucesos futuros de naturaleza general u objeto indeterminado; la probabilidad asociada con la contingencia puede calificarse de remota o al menos no alcanza la categoría de razonablemente posible; no existe de verdad una base lógica y cabal suficiente para estimar su cuantía. p. 31.

atrayendo recursos que sólo es posible captar con el amparo del sistema de seguro de depósitos si existe⁴⁷⁷.

Pero también se ha planteado la cuestión de si realmente un mayor coeficiente de recursos propios es elemento determinante para que se produzca una reducción de la propensión al riesgo o sólo se trata de que exista una barrera más sólida que dificulte el acceso a los fondos públicos, una vez superadas las posibilidades de los sistemas de garantía de depósitos.

Para algunos, “los mayores requerimientos de recursos propios efectivamente pueden aumentar la propensión al riesgo ya que pueden inducir a intentar obtener una mayor rentabilidad, asumiendo mayor riesgo de la cartera de créditos para mantener una tasa deseada de rentabilidad de los recursos propios”⁴⁷⁸.

Tanto los banqueros como supervisores hacen hincapié en que “el capital es un medio de proporcionar recursos financieros para la actividad y cubrir pérdidas, resguardar a los depositantes no asegurados, fomentar la confianza del público, favorecer la continuidad de las operaciones y la recuperación subsiguiente del rendimiento de negocio”⁴⁷⁹. Por ello se señala que si bien la exigencia de mayores capitales propios es difícil de cumplir, no hay más remedio que ser inflexible en este aspecto, si se desea mantener el sistema bancario sano⁴⁸⁰.

En términos generales, los motivos que se aducen para exigir a las instituciones bancarias un nivel de recursos propios se basan en⁴⁸¹:

Hacer patente el compromiso empresarial y financiero de los

⁴⁷⁷ TREASURY, *op. cit.*, p. 190.

⁴⁷⁸ BRYAN., *cit. post.*, TORRERO MAÑAS, Antonio, *op. cit.*, p. 194.

⁴⁷⁹ RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁸⁰ Según opinión de la General Accounting Office, *cit. post.* TORRERO MAÑAS, Antonio, *o. c.*, p. 197.

⁴⁸¹ RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel, *l.c.*, p. 34 y ss.

accionistas, poniendo una barrera al posible desvío de recursos del banco hacia negocios respaldados por ciertos socios de paso o determinados administradores, que desesperados por maximizar su ganancia personal obtienen volúmenes de financiación y condiciones contractuales no ajustadas al perfil real de la operación presentada a la entidad.

El capital y las reservas significan una fuente de recursos para realizar las operaciones. Son el soporte natural para hacer frente a los gastos de establecimiento y puesta en marcha asociadas con la autorización y funcionamiento inicial del banco, levantar su infraestructura básica y sostener la actividad hasta que se alcance una alta rentabilidad.

La idea fundamental es que los fondos propios han de poder asumir las pérdidas que puedan producirse, prevenir el deterioro de los derechos de los acreedores y facilitar la continuidad de las operaciones de la institución. No puede pensarse que cada entidad por si sola, pueda generar pánicos financieros o desequilibrios económicos generales que induzcan fuertes y persistentes deterioros de la solidez del sistema bancario; cuando se apodera del país un pánico general, no hay remedio seguro, con ningún sistema para los bancos. En último término el capital habrá de absorber las pérdidas transitorias derivables a medio o corto plazo de sucesos que aun cuando acontecieran incluso en un entorno distante de la perturbación extrema, no pueden predecirse conveniente y oportunamente por la dirección.

Los depositantes y demás acreedores a parte del relieve que puedan otorgar al patrimonio neto en cuanto protección última de sus derechos pecuniarios, asocian la solvencia a la estabilidad y el normal funcionamiento de sus relaciones con los establecimientos bancarios, debiendo sentirse convencidos de la viabilidad económico financiera de la institución y de su capacidad para solventar las contingencias. “Es evidente que llegados a la liquidación, la salvaguarda de los derechos de depositantes y acreedores

depende de la diferencia entre el valor efectivo de los activos, disminuido en los costes jurídicos, legales, de transacción, liquidación y el de las deudas o sea de excedente patrimonial”⁴⁸².

Infundir confianza a los diversos grupos interesados en la organización.- Para alcanzar este objetivo, una vía inexcusable es mantener la liquidez apropiada⁴⁸³. El capital contribuye a conservar la tranquilidad de los prestatarios de la institución acerca de la continuidad y estabilidad del flujo de fondos disponibles para cumplimentar satisfactoriamente sus necesidades financieras, respondiendo así a las demandas crediticias razonables que la comunidad pueda presentar.

El Acuerdo de Basilea adoptado en julio de 1988, intenta relacionar el capital con el riesgo estimado de la cartera de créditos⁴⁸⁴. Por su parte, en la Comunidad Europea la armonización de las normas de solvencia ha ocupado una parte importante de la atención legislativa en el campo bancario durante los años inmediatamente anteriores a la entrada en vigor del mercado único.

En el ámbito comunitario se incorporó al proceso armonizador de la Directiva sobre supervisión de las entidades de crédito en base consolidada⁴⁸⁵, un sistema de coeficientes de solvencia muy similar al del Acuerdo de Basilea. Sistema que se baso en dos Directivas: la relativa a los fondos propios de las

⁴⁸² *Vide Ibid.*, pp. 34 - 43.

⁴⁸³ ROBINSON (1926) *cit. post.*, *L.c.*, p. 38.

⁴⁸⁴ TORRERO MAÑAS, Antonio, *op. cit.*, señala que “El sistema de Basilea se limita a estimar el riesgo de que el prestatario no cumpla con los compromisos de pago asumidos, y a establecer unos requerimientos de recursos propios cuya cuantía elevada se entiende reduce el riesgo moral y aumenta la seguridad del contribuyente. El acuerdo de Basilea no entra en la espinosa cuestión de cuáles son en realidad, los recursos propios de una entidad bancaria; es decir el valor neto patrimonial, que depende de las normas de contabilización utilizadas”. p. 202.

⁴⁸⁵ Esta Directiva 83/350/CEE del Consejo de 13 de junio de 1983, estableció las bases necesarias para la puesta en práctica de la supervisión de forma consolidada de las entidades de crédito; que al haberse procedido a su transposición en el Derecho de los Estados miembros el principio de supervisión de forma consolidada se aplico ya en el conjunto de la Comunidad. Por su parte la Directiva 92/30/CEE relativa a la supervisión de las entidades de crédito en forma consolidada. Art. 5 señala que La supervisión de la solvencia de la adecuación de los fondos propios los riesgos de mercado y el control de grandes riesgos, regulados por los actos comunitarios vigentes relativos a los mismos, se realizaran de forma consolidada de conformidad con lo dispuesto en esta Directiva.

entidades de crédito⁴⁸⁶ que fija a nivel comunitario la definición de recursos propios⁴⁸⁷ y la Directiva sobre el coeficiente de solvencia de las entidades de crédito que establece un coeficiente mínimo del 8 por 100 entre los fondos propios y los activos y las cuentas de orden ponderadas⁴⁸⁸ en función del riesgo⁴⁸⁹. De alguna manera la nueva Directiva 2000/15/CE que deroga las anteriores, vuelve a establecer el coeficiente mínimo de recursos propios del 8 por ciento que señala el Comité de Basilea. Este coeficiente de solvencia trata de que los bancos cubran sus riesgos con un volumen adecuado de recursos propios computables. Un coeficiente de solvencia debe ser capaz de cubrir todos los riesgos con que se enfrenta un banco, aunque en la práctica las cosas son más complejas por la dificultad de medir y cubrir determinados riesgos⁴⁹⁰.

Ya la Directiva 89/299/CEE del 17 de Abril relativa a los fondos propios de las entidades de crédito señaló en su exposición de motivos que “estos sirven para asegurar la continuidad de la actividad de las entidades de crédito y para proteger el ahorro. Pueden servir para absorber las pérdidas no cubiertas por un volumen suficiente de beneficios y constituyen para las autoridades competentes un criterio importante para evaluar en particular la solvencia y para otros fines de vigilancia.”

Desde 1985 existe en España un coeficiente de recursos propios mínimos que atiende al grado de riesgo de los activos y compromisos de las

⁴⁸⁶ Directiva 89/299/CEE Relativa a los fondos propios establece en el Art. 2. 1.

⁴⁸⁷ Directiva 89/647/CEE apartado 3, Art. 3º.

⁴⁸⁸ Directiva 93/6/CEE del Consejo de 15 de marzo de 1993. “Se entenderá por ponderaciones del riesgo, los grados de riesgo crediticio aplicables a las contrapartes correspondientes según la Directiva 89/647/CEE”.

⁴⁸⁹ Directiva 93/6/CEE del Consejo de 15 de marzo de 1993 sobre adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. *Vide.* a MERINO GARCIA, Pedro Antonio, “Una nota sobre la propuesta de Directiva del Consejo, Control y Vigilancia de los Grandes Riesgos de Entidades de Crédito”, *ICE*; N.º 703, Marzo, 1992 que señala “A nivel internacional existe un convencimiento de que la armonización de la solvencia debe ser completada con la regulación sobre concentración de riesgos. En este sentido existe un documento sobre prácticas bancarias, adecuadas presentado por el Comité de Basilea sobre regulación y supervisión bancaria en la Conferencia Mundial de Supervisores Bancarios, celebrada en Frankfurt en octubre de 1990 en el que se fija como deseable un límite del 25 por 100 sobre los recursos propios al riesgo frente a una sola contraparte.” p. 118.

⁴⁹⁰ MARTIN, Miguel y VARGAS, Fernando, *op. cit.*, p. 34.

entidades de crédito⁴⁹¹. La normativa introducida por la Ley 13/1985 de 25 de mayo y su desarrollo posterior supuso un notable avance técnico en cuanto a la forma de evaluar la solvencia de las entidades de crédito.

La Ley 26/1988 de 29 de julio autorizó al gobierno a extender el principio de recursos suficientes para grupo en régimen obligatorio de consolidación de entidades de depósito a toda clase de entidades de crédito.

La solvencia de las entidades de crédito actual, tiene su base legal en la Ley 13/1992 de 1 de junio de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras, extendió el principio de suficiencia de recursos propios y supervisión en base consolidada a todos los grupos de entidades que ejercen actividades de carácter financiero, incorporando al Derecho español varios preceptos de las Directivas europeas relacionadas con la solvencia y la actividad de las entidades de crédito⁴⁹².

El Real Decreto 1343/1992 de 6 de noviembre con las modificaciones introducidas por el Real Decreto 538/1994 de 25 de marzo; la Orden de 30 de diciembre de 1992 modificada parcialmente por la Orden de 23 de julio de 1996 tienen a su cargo el desarrollo reglamentario y administrativo de la disposición sobre recursos propios y supervisión en base consolidada, junto con la Circular del Banco de España 5/1993 de 26 de marzo que forma parte importante del desarrollo de esta regulación⁴⁹³.

Los recursos propios de una entidad de crédito están recogidos en la Circular del Banco de España 5/1993 de 26 de marzo⁴⁹⁴ debiendo efectuarse

⁴⁹¹ Vide. GOMEZ DE MIGUEL, José Manuel, "La Armonización Comunitaria de las Exigencias de Recursos Propios de las Entidades de Crédito", *ICE*, N.º 703, Marzo 1992, p. 88.

⁴⁹² Directiva sobre fondos propios 89/299/CEE; Segunda Directiva Bancaria 89/646/CEE y Directiva sobre coeficientes de solvencia 86/647/CEE.

⁴⁹³ Vide LATORRE DIEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 225. "En general puede decirse que estos textos configuran la transposición de la regulación española de las Directivas comunitarias sobre fondos propios (89/299/CEE), coeficiente de solvencia (89/647/CEE), vigilancia de operaciones de gran riesgo (92/121/CEE) y varios contenidos de la Segunda Directiva de Coordinación (89/646/CEE) y de la de supervisión en forma consolidada (92/30/CEE)." p. 225.

⁴⁹⁴ Norma 8ª. "Elementos que componen los recursos propios: a) Capital social de las sociedades anónimas;

para su computo a efectos de solvencia las deducciones contempladas en la norma 9^a.⁴⁹⁵ y respetarse los límites a que se refiere la norma 11^a. de esta Circular⁴⁹⁶. Por tanto, en cualquier caso “se entiende que los recursos propios computables lo serán netos de las deducciones y de los excesos sobre los límites señalados en estas normas”⁴⁹⁷. “ Las Entidades deberán mantener en todo momento el nivel propio de recursos propios computables para cubrir la suma de a) La exigencia por riesgo de crédito, en función de los activos,

b) Las reservas efectivas y expresas que son generadas con cargo a beneficios, las resultantes de primas de emisión desembolsadas y las procedentes de reservas de revalorización; c) Las reservas de regularización, actualización o revalorización de activos que cumplen los requisitos que se indican en el apartado 3. e) Los fondos de obra de beneficio social de las cajas de ahorros, los de su confederación y los de educación y promoción de cooperativas de crédito que cumplan los requisitos a que se refiere el apartado 3.; f) La parte de capital social correspondiente a las acciones sin voto reguladas en la sección quinta del cap. IV de la Ley de sociedades anónimas; g) Las financiaciones subordinadas recibidas por la entidad de crédito. Se entiende por financiaciones subordinadas aquellas que a efectos de prelación de créditos, se sitúan detrás de todos los acreedores comunes. h) Las financiaciones de duración indeterminada que además de las condiciones exigidas a las financiaciones subordinadas en la letra g) establecen que la deuda y los intereses pendientes de pago podrán aplicarse a absorber las pérdidas de la Entidad sin necesidad de proceder a su disolución, aún cuando sea después de haberse agotado el capital ordinario.....”.

⁴⁹⁵ Norma novena. “Deducciones de los recursos propios:

1.- De los elementos de recursos propios recogidos en la norma precedente se deducirán: a) Los resultados negativos de ejercicios anteriores y del ejercicio corriente, así como los activos inmateriales integrados en su patrimonio, incluyendo en su caso el fondo de comercio de consolidación. b) Las acciones, aportaciones u otros valores computables como recursos propios de la entidad de crédito del grupo, que se hallen en poder de aquella o en el de cualquier entidad consolidable. c) Las financiaciones a terceros cuyo objeto sea la adquisición de acciones, aportaciones u otros valores computables como recursos propios de la entidad que las haya otorgado o de otras entidades o su grupo consolidable. d) Las acciones, aportaciones u otros valores computables como recursos propios de la entidad o de otras entidades consolidables poseídas por entidades no consolidables del mismo grupo económico hasta el límite que alcance directa o indirectamente sus participaciones, apoyos dinerarios a avales crediticios. e) Las participaciones en Entidades financieras consolidables por su actividad pero no integrado en el grupo consolidable cuando la participación sea superior al 10 por 100 del capital de la participada. f) Las financiaciones subordinadas u otros valores computables como recursos propios emitidos por las entidades participadas a que se refiere la leera precedente y adquirida por la entidad o grupo que ostenta las participaciones. g) Las participaciones iguales o inferiores al 10 por 100 del capital de entidades financieras consolidables por su actividad pero no integradas en el grupo consolidable y las financieras subordinadas emitidas por entidades de ese carácter, participadas o no. h) El exceso de las participaciones en Entidades de carácter no financiero a que se refiere el artículo 10 de la Ley 13/1985 y Art. 24 del RD y la norma siguiente de esta circular. y) Los déficit existentes en las provisiones o fondos específicos de dotación obligatoria respecto de los exigidos según las normas contables. j) otras actividades o riesgos que la entidad decida deducir.”

⁴⁹⁶ Norma 11^a. “Límites en el computo de los recursos propios. Los recursos propios básicos de una entidad de crédito estarán constituidos por la suma de los elementos recogidos en las letras a) b) y d) del apartado 1 de la norma octava menos el importe del concepto a) del apartado 1 de la norma novena y de las partidas incluidas en los conceptos b) c) y d) de este último apartado relativa a aquellos elementos. b) Los recursos propios básicos de un grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito incluirán con su signo, los elementos citados en el párrafo precedente que resulten de la consolidación de los correspondientes estados contables, las participaciones representativas de los intereses de la norma octava y las reservas en sociedades consolidadas, salvo en la parte que corresponda a reservas de valoración. c) los recursos propios de segunda categoría de una entidad de crédito estará constituida por los elementos contenidos en las letras e, f) g) y h) del apartado 1 de la norma octava netos de sus deducciones. d) Los recursos propios de segunda categoría de un grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito vendrán constituidas por los elementos enumerados en el párrafo precedente que resulten de la consolidación de los correspondientes estados contables y por las participaciones representativas de los intereses minoritarios que deban incluirse en los elementos citados en las letras f y g) del apartado 1 de la norma octava.”

⁴⁹⁷ LATORRE DIEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 236.

compromisos y demás cuentas de orden que presenten ese riesgo, b) La exigencia por riesgo de cambio, en función de la posición global neta en divisas, establecida en la sección cuarta de esta Circular; c) La exigencia por riesgo de mercado de la cartera de negociación establecida en la sección quinta de esta Circular”⁴⁹⁸.

El capital viene a ser el elemento principal de los recursos propios básicos constituidos por el capital social. “Las reservas efectivas y expresas son consideradas como recursos propios básicos o de primera clase, en la medida de su total disponibilidad para cubrir las pérdidas de la entidad”⁴⁹⁹ “Los fondos de riesgo generales son los que la entidad decide afectar a la cobertura del conjunto de riesgos por motivos de prudencia en atención a los riesgos inherentes a la actividad bancaria”⁵⁰⁰. “Podrán ser utilizados previa autorización del Banco de España para aplicar su importe a fondos específicos cuando están faltos de cobertura o a otros quebrantos no cubiertos”⁵⁰¹.

“A partir del 1 de enero de 1994 se incorporan al cuadro regulador de la solvencia, las normas para cubrir el riesgo de mercado por la cartera de negociación, que son una transposición de los contenidos de la Directiva de adecuación del capital de las empresas de inversión y de las entidades de crédito⁵⁰² que no obligaba hasta finales de 1995. Pero el Real Decreto por el que se desarrolla la Ley de recursos propios en base consolidada de las entidades financieras⁵⁰³, adelantó su aplicación a las sociedades de valores al comienzo de 1993 y para las entidades de crédito al 1 de enero de 1994. Ello motivó las modificaciones de algunos aspectos de la Circular sobre determinación y control de los recursos propios⁵⁰⁴. Y la incorporación a la

⁴⁹⁸ Norma 4a. 1. Circular 5/1993.

⁴⁹⁹ LATORRE DIEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 240.

⁵⁰⁰ *Ibidem*. V. Art. 38 de la Directiva 86/635/CEE relativa a las cuentas anuales incorporándose al balance de las entidades de crédito españolas por la norma 9ª. de la CBE 4/1991 en la que se insiste en que no pueden responder al concepto de fondos de provisión específicos.

⁵⁰¹ *Ibidem*.

⁵⁰² Directiva (93/6/CEE).

⁵⁰³ RD 1343/1992.

⁵⁰⁴ Circulas 5/1993.

misma de nuevas normas que recogen de un modo homogéneo los elementos que se incorporan a la regulación de la solvencia⁵⁰⁵. A su vez se ha retocado y precisado el concepto de cartera de negociación contenido en la Circular 12/1996 de 29 de noviembre que ha venido a introducir modificaciones derivadas de las que se han producido en la Directiva sobre el coeficiente de solvencia⁵⁰⁶ y otras de carácter técnico o redaccional”⁵⁰⁷.

La Circular 9/1999 de diciembre introdujo en la Circular del 14 de junio 4/1991, la obligación de constituir un nuevo fondo para la cobertura estadística de insolvencias, modificándose la Circular 5/1993 de 26 de marzo al señalar que no serán objeto de deducción las insuficiencias en la dotación al fondo para la cobertura estadística de insolvencias establecido en el apartado 7 de la norma undécima de la Circular 4/1991.⁵⁰⁸

2.5.3 Administración de riesgos

El papel de la supervisión bancaria está íntimamente relacionado con la evaluación de la gestión de los directores y administradores de los bancos dando especial énfasis a la adecuación de sus métodos de control de riesgos.

En cualquier sistema bancario resulta necesario impulsar la cultura de la administración de riesgos estableciendo al efecto lineamientos mínimos que han de ser implementados para que sea posible llevar a cabo la identificación de los distintos tipos de riesgos que enfrenta en su actividad. La administración de estos, viene a definirse como *“el conjunto de objetivos, políticas, procedimientos y acciones que se implementan para identificar, medir, monitorear, limitar, controlar, informar y revelar los distintos tipos de riesgo a que se encuentran expuestas las entidades bancarias”*⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ Circular del Banco de España 12/1993 de 17 de diciembre.

⁵⁰⁶ Directiva 89/647/CEE.

⁵⁰⁷ LATORRE DIEZ, JOAQUIN, *op. cit.*, p. 225.

⁵⁰⁸ *Vide.* 2ª párrafo letra y) del apart. 1 Norma 9ª Circular 5/1993.

⁵⁰⁹ Circular 1423 del 25 de enero de 1999 Banco de México.

2.5.3.1 Definición de riesgo

El riesgo puede definirse de forma genérica “*como el peligro o posibilidad de que se produzca un daño o pérdida*”⁵¹⁰. También se le ha definido como “*todas las partidas de activo y las operaciones fuera de balance*”⁵¹¹. Este concepto contiene las obligaciones actuales y contingentes de manera que se refiere a la pérdida posible máxima del cliente o contraparte si se produce la quiebra.

Cualquier actividad sea cual fuera, hasta la vida misma abarca parte de riesgo, por tanto viene a constituir un factor implícito en todo negocio. El empresario siempre debe prepararse para afrontar la eventualidad de no recuperar la inversión realizada y determinar entre sus objetivos el nivel de riesgo que está dispuesto a asumir⁵¹². Ciertas dimensiones de éste, merecen un rechazo absoluto pero puede decirse que esto es excepcional ya que en general es necesario aceptar algún grado de riesgo.

El riesgo es consustancial al negocio bancario, “la regulación se hace necesaria cuando se demuestra o se intuye que las entidades de crédito no conocen o miden bien ese riesgo o que no ponen en práctica en su gestión cotidiana las técnicas de control y cobertura adecuadas es decir, no preparan y ejecutan bien su trabajo. También lo es cuando se estima que los niveles de riesgo que los banqueros están tomando son excesivos”⁵¹³ o cuando factores

⁵¹⁰ MONTERO PEREZ, Angel, “Política de riesgos y control de riesgos”, *PSF*, N.º 43, Madrid, 1993. p. 65.

⁵¹¹ En el ámbito del Derecho Comunitario Europeo, Directiva 84/677/CEE.

⁵¹² MONTERO PEREZ, Angel, *l. c.*, p. 65.

⁵¹³ POVEDA ANADON, Raimundo, “El marco regulador de las entidades de crédito en España: La Regulación del Riesgo”, *PEE*, N.º 58, 1994. pp. 27- 29. A criterio del autor la creación de una regulación del riesgo genera un riesgo más que es “el riesgo de incumplir la normativa”. Las normas bancarias resultan difíciles de comprender incluso para los profesionales del sector de ahí que el cumplimiento de la normativa bancaria no se fácil aunque se tenga toda la voluntad, lo que a su vez genera el riesgo de sanción. “No hay motivo para regular cuando las propias entidades tienen un interés indudable en eliminar radicalmente un tipo particular de riesgo. Todas las entidades de crédito deben protegerse contra los fraudes y estafas que pueden cometer sus propios empleados sea la entidad, sea a terceros pero en nombre y con responsabilidad civil de la entidad a pesar de su importancia, es un riesgo cuyo tratamiento se confía a la propia entidad sin más provisión que la de recordar si acaso que la entidad debe llevar a cabo sus asuntos con la diligencia del buen comerciante. Más complicada es la protección de las entidades contra fraudes o estafas cometidos por sus directivos y altos

externos ponen en peligro el buen funcionamiento de la entidad.

En este sentido, la regulación prudencial tiene por objeto evitar que las entidades de crédito se aventuren en caminos muy arriesgados y procura minimizar las consecuencias adversas de toda asunción de riesgos dotándoles de colchones de solvencia suficientes para absorber el volumen de pérdidas razonable sin que se vea afectado su funcionamiento normal. El compromiso del supervisor es desarrollar métodos que le permitan disminuir la posibilidad de error en su estimación de riesgos ya que subvaluarlos es tan grave como sobrevaluarlos.

Un proceso sólido de gestión de riesgo se compone de: “un enfoque que abarque su medición, una estructura detallada de los límites, pautas y otros parámetros utilizados para regir la toma de riesgo; un sistema bien estructurado de datos para el control, la verificación y la información del riesgo. El proceso y medición de éste, deben ser lo suficientemente fuertes como para reflejar exactamente los múltiples tipos de riesgo que enfrenta la institución”⁵¹⁴.

Identificar los riesgos asociados a las instituciones bancarias implica conocer y analizar un número significativo de operaciones. Cada uno posee normas y requerimientos prudenciales que deben ser aplicados en forma íntegra pues su consideración aislada hará que se conduzca a una falsa concepción de la solvencia y estabilidad del sistema financiero⁵¹⁵.

No todos los tipos de riesgos se presentan con igual intensidad. Se llega a coincidir entre los estudiosos, en que el riesgo de crédito es el básico en la banca, el que presenta una forma más homogénea en los diferentes sistemas bancarios. Esas características determinan que la exposición al mismo guarde

funcionarios, una faceta del riesgo anterior que si puede afectar o atentar a la vida financiera de una entidad de crédito”. p. 27 y ss.

⁵¹⁴ CEMLA, Ponencia del Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria, *Duodécima Asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*, México, 1996. p. 85.

⁵¹⁵ DE SWAAN, Tomas, *op. cit.*, p. 43.

una estrecha relación en el volumen del negocio y por tanto que su relación con un determinado nivel de recursos propios sea más inmediata.

En la literatura financiera se contemplan varios tipos de riesgos:

Por un lado los riesgos financieros que son los que están relacionados directamente con la actividad bancaria; en esta categoría están incluidos los de liquidez, crédito, interés, cambio, mercado, solvencia. Por otro lado, se encuentran los riesgos de entorno denominados así debido a modificaciones en los factores externos que rodean a la empresa sean económicos, políticos, sociales, de regulación y los riesgos de servicio relativos a la relación existente entre entidad y cliente como el tecnológico, operacional, etc ⁵¹⁶. Aunque todos estos riesgos pueden influir en los resultados generados por las entidades bancarias, analizar a profundidad cada uno de ellos sería motivo de otra investigación, no obstante esto, considerando que son los financieros los que llegan a diferenciar estas instituciones del resto de empresas⁵¹⁷, haremos una breve referencia a ellos y a algunos otros que consideramos importantes para nuestro estudio.

2.5.3.2 Riesgos Financieros

1) Riesgo de liquidez. Se habla de este riesgo cuando se produce un desfase entre el flujo de entradas y salidas de caja en las actividades bancarias⁵¹⁸. Se ha definido como “el riesgo de que un activo financiero⁵¹⁹ no pueda liquidarse rápidamente a un valor cercano al de mercado”⁵²⁰. En términos generales se refiere a la posibilidad de incurrir en pérdidas por no

⁵¹⁶ MONTERO PEREZ, Angel, *op. cit.*, p. 65.

⁵¹⁷ *Ibidem.*

⁵¹⁸ POVEDA ANADON, Raimundo, *op. cit.*, p. 32.

⁵¹⁹ TAMEMES, Ramón y GALLEGÓ, Santiago, *Diccionario de Economía y Finanzas*, Alianza Editorial, Madrid, 1994. Se entiende por Activo el “Conjunto de bienes y derechos cuya titularidad pertenece a una persona física o jurídica. El Activo Financiero es el “Nombre genérico que se da a las inversiones en títulos valores (acciones, obligaciones, fondos públicos etc) ciertos derechos sobre inmuebles realizables de inmediato (opciones, títulos hipotecarios) o documentos expresivos de créditos (cupones de sus opciones preferentes, etc).

⁵²⁰ ORTEGA, Raimundo, “El control del riesgo en las entidades financieras: ¿Una tarea pendiente?”, *PSF*, N.º 43, Madrid, 1993, p. 60.

disponer de recursos líquidos suficientes para afrontar el cumplimiento de las obligaciones asumidas. El papel que juegan principalmente los bancos centrales en los sistemas bancarios nacionales no solamente incide en la liquidez a través de sus políticas monetaria y cambiaria, sino que también desempeñan el papel de prestamistas de última instancia para resolver los problemas inmediatos de necesidades de efectivo de los bancos.

El establecimiento generalizado de reglas de capitalización y otras reservas, ha hecho que se disminuya la incertidumbre de que los bancos cuenten con la liquidez para resolver sus problemas de insolvencia. De ahí que la evaluación de este riesgo en los establecimientos bancarios se convierta en una necesidad central de supervisión y en un indicador útil para detectar problemas de futura insolvencia⁵²¹.

2) Riesgo de crédito. Se refiere a la posibilidad de no recuperar íntegramente el principal e intereses de una inversión o crédito, para cubrirlo es necesario un nivel de recursos propios suficiente para hacer frente a las pérdidas que pudieran producirse en unos activos que de momento se encuentran en situación normal⁵²². “El tratamiento del riesgo de crédito está armonizado internacionalmente gracias a una recomendación del Comité de Basilea de 1988 con gran aceptación en todo el mundo”⁵²³. Este organismo en su acuerdo de 1988 distingue varios factores en el riesgo de crédito:

“i) Los que inciden en este tipo de riesgo: El tipo de deudor; el tipo de país en que se ubica el deudor; el riesgo cambiario que afecta al crediticio; este riesgo asociado con tiempo de vencimiento del crédito; la calidad de los avales y las garantías. Junto a estos encontramos otro tipo de factores que son tomados en cuenta en la ponderación de los créditos para ser respaldados con

⁵²¹ ARMENDARIZ HINESTROSA, Patricia, “La evaluación de los riesgos bancarios” Ponencia de la Comisión Nacional Bancaria de México, *Undécima Asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*, CEMLA, México, 1995, p. 175.

⁵²² LATORRE DIEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 252.

⁵²³ POVEDA ANADON, Raimundo, *op. cit.*, p. 35.

recursos de capital .

ii) Factores que se consideran para constituir reservas preventivas que pueden formar parte del capital complementario como: experiencia del deudor ; situación financiera del deudor; manejo de cuentas del acreditado; administración del negocio; mercado en donde se desenvuelve el negocio del acreditado; situación de las garantías.

iii) Factores de riesgo crediticio que están identificados por la mayoría de los países y que implican diversos métodos de evaluación y control. El más común es el de concentración en sus diversas facetas: riesgo común derivado de la concentración del riesgo crediticio en un grupo de deudores asociados entre si. Grandes riesgos que forman parte de un porcentaje considerable de los activos del banco. Riesgo regional en la medida en que la concentración del riesgo crediticio en una sola región incide negativamente en la solvencia del banco ya que pueden existir factores comunes a los créditos localizados en dicha región y que pueden afectar negativamente la probabilidad de pago. Riesgo sectorial. La concentración de activos en un solo sector económico es un factor de riesgo importante debido a que los shocks en los precios relativos a los bienes no se dan en forma sincronizada hacia todos los sectores”⁵²⁴.

3) El riesgo de interés, es el que se corre al hacerse una inversión, debido a que las alteraciones en los tipos de interés pueden afectar el valor de los activos líquidos. “Generalmente la vida media de las colocaciones de una entidad de crédito es mayor que la de sus financiaciones como consecuencia de su actividad de transformación de plazos: en tal caso una subida de tipos de interés generalizada se reflejara antes en sus costes, haciéndole perder dinero hasta que se renueven los activos a los nuevos tipos”⁵²⁵.

4) Riesgo de cambio. Se refiere a “la posible generación de pérdida en el

⁵²⁴ ARMENDARIZ HINESTROSA, Patricio, *op. cit.*, p. 170, 171.

⁵²⁵ POVEDA ANADON, Raimundo, *op. cit.*, p. 29, 32.

valor de los activos, pasivos o compromisos que se reflejan en cuentas de orden como resultado de fluctuaciones en la cotización de las divisas que se determinan”⁵²⁶.

En el ámbito comunitario, la Directiva de adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito⁵²⁷ establece que el coeficiente de solvencia de la Unión Europea, cubra el riesgo de cambio. “Se define primero una posición en cada moneda como la diferencia entre las posiciones largas y las posiciones cortas de esta⁵²⁸. Luego se suman las posiciones largas por una parte y las cortas por otra sin incluir la moneda local; la mayor de las dos se denominara posición global neta en moneda extranjera. A esta posición global neta se le aplica un coeficiente de 8 por 100 que da como resultado la exigencia de recursos propios por riesgo de cambio. Estas exigencias se suman a las obtenidas por riesgo de crédito y de mercado para calcular las exigencias totales de recursos propios de la entidad”.

5) Riesgo de mercado, surge cuando los tipos de interés o de cambio se mueven de manera inversa a la prevista a la hora de celebrarse un contrato⁵²⁹. Este riesgo preocupa a los supervisores por la fuerte incidencia que puede llegar a tener en las cuentas de resultados. Regulados los riesgos de crédito y los cambiarios, dejar libre de todo control supervisor el de mercado constituiría una prima a favor de la búsqueda de beneficios mediante la adopción de posicionamientos excesivamente abiertos⁵³⁰.

Un elemento específico del riesgo de mercado es el riesgo cambiario, “los bancos actúan como creadores de mercados en moneda extranjera al

⁵²⁶ TAMEMES, Ramón y GALLEGO, Santiago, *Diccionario de Economía y Finanzas*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

⁵²⁷ Cfr. Directiva 93/6/CEE del Consejo de 15 de Marzo de 1993.

⁵²⁸ Cfr. Directiva 93/6/CEE Art. 2. 22 “A efectos del punto 4 del Anexo I se entenderá por posición larga aquella en que una entidad haya fijado el tipo de interés que recibirá en algún momento futuro y posición corta aquella en la que una entidad haya fijado el tipo de interés que habrá de pagar en algún momento futuro”.

⁵²⁹ TAMEMES, Ramón y GALLEGO, Santiago, *op. cit.*

⁵³⁰ Vide. PEREZ, José, “Supervisión Bancaria: Problemas Recientes y Perspectivas”, *PSF*, N.º 43, Madrid, 1993. p. 78, 79.

cotizar tipos de cambio para sus clientes y al asumir posiciones abiertas en divisas”⁵³¹.

Considerando que el riesgo de mercado es el más importante de las empresas de inversión, el mercado interior de la Unión Europea en el área de valores exigía una armonización de su cobertura dando origen a la Directiva 93/6/CEE de adecuación del capital a la que están sujetos tanto las entidades de crédito como las empresas de inversión que se ocupa de la cobertura del riesgo de mercado. “Su carencia básica es que se aplica sólo a la cobertura con recursos propios de los riesgos de las operaciones con valores de la cartera de negociación sin tomar en cuenta el conjunto de la actividad de una entidad”⁵³².

6) Riesgo de insolvencia de los acreditados. Tradicionalmente es el riesgo más relevante en las fases bajas del ciclo económico, su relevancia se acentúa y se pone de manifiesto la corrección de las normas contables de calificación de la inversión crediticia y de provisión de insolvencias de la Circular 4/1991⁵³³. Es necesario extremar la prudencia a la hora de valorar las garantías que se afectan a algunas operaciones pues estas, junto con una correcta evaluación de la capacidad de devolución de los préstamos por la clientela son la base para moderar los efectos de las caídas cíclicas sobre la morosidad⁵³⁴.

La preocupación del Banco de España por asegurar la solvencia tiene sus antecedentes normativos en la Circular 15 de diciembre de 1978 en la que se insiste para la evaluación del balance bancario, en la exigencia de una

⁵³¹ COMITE DE BASILEA, *Principios básicos.....*, *op. cit.*, p. 16.

⁵³² MARTIN, Miguel y VARGAS, Fernando, “Regulación Bancaria Situación Actual y Perspectivas”, *PEE*, N.º 65. 1995. p. 34.

⁵³³ “La Circular 4/1991 regula las provisiones relacionadas con las distintas clases de riesgo establecimiento: Riesgo de cambio: valorización al fixin y se vierten en pérdidas y ganancias tanto las alzas como las bajas. Riesgo de fluctuación de valores de renta variable que no corresponden al grupo: Menor de costo o precio de mercado. Riesgo de fluctuación de valores de renta fija: Menor de costo o precio de mercado, rectificado por la circular 18/1992 en atención a la probabilidad de recuperación de las cotizaciones a que no se toma en consideración la totalidad del balance.”

⁵³⁴ PEREZ, José, *op. cit.*, p. 77, 78.

prudencia en las valoraciones para lograr la integridad de los recursos propios en defensa y seguridad de los depositantes. Actualmente es la Circular 4/1991 de 14 de Junio la que se ocupa de su regulación⁵³⁵.

La regulación de la insolvencia se descompone por un lado en una adecuada clasificación de los activos según su riesgo y la cobertura mínima exigible a los saldos según la clasificación de su situación. La Circular impone a la entidad de crédito, el máximo cuidado y diligencia en el estudio riguroso e individualizado del riesgo de crédito de sus operaciones, haciendo hincapié en que la labor de control ha de llevarse no sólo en el momento de conceder los créditos, sino durante todo el tiempo de su vigencia. Esta disposición legal, además establece determinados porcentajes de cobertura según las distintas situaciones de riesgo, en donde los fondos de insolvencia deberán igualar o superar en todo momento la suma de tales coberturas⁵³⁶.

Los activos de una entidad de crédito se clasifican en activos dudosos y de muy dudoso cobro⁵³⁷, siendo dudosos las inversiones crediticias, valores de renta fija y demás saldos deudores, cualquiera que sea su titular, instrumentación o garantía, cuyo reembolso sea problemático por razones distintas al riesgo país, soberano y de transferencia y se clasificaran como dudosos en razón de su morosidad⁵³⁸.

Las inversiones crediticias, valores de renta fija y demás saldos deudores vencidos o no, cuyos titulares están declarados en quiebra o concurso de acreedores o sufran un deterioro notorio e irrecuperable de su solvencia, así como los saldos impagados a los tres años desde su pase a la situación de dudosos, son de muy dudoso cobro y se darán inmediatamente de baja en el activo del balance, con pase a cuentas suspensivas y aplicación de

⁵³⁵ Normas 10 y 11 (apartados 1 a 6 de ambos).

⁵³⁶ LATORRE DIEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 279, 280.

⁵³⁷ *Vide.* RD 1/1982 de 26 de enero, Circular contable 22/1987 de 29 de junio y derogada ésta, queda recogida en las normas de la Circular 4/1991 de 14 de junio con las modificaciones de la Circular 2/1996 de 30 de Enero.

⁵³⁸ Circular 4/1991 de 14 de junio. Norma décima A).

las provisiones que ya estuvieren constituidas⁵³⁹.

2.5.3.3 Otros riesgos

1) Riesgo operativo. Riesgo de servicio con una significación propia relacionada con todos los anteriores, entendido como “*la posibilidad de que sobrevengan pérdidas inesperadas como consecuencia de la inadecuación de los controles internos y procedimientos previstos, para prevenir e identificar actuaciones equivocadas o fraudulentas, para evitar o corregir fallas técnicas y para reaccionar frente a otros problemas similares*”⁵⁴⁰. Se deriva de un error u olvido producido en cualquiera de las fases de operación que entrañe riesgo dentro de la entidad ya que se produzca por negligencia del operador, por indebida contabilización o por equivocación en su tratamiento o debido a los procesos informatizados del banco en cuestión⁵⁴¹.

La clase más recurrente del riesgo operacional se refiere a fallas en los controles internos o el gobierno corporativo, que pueden generar pérdidas financieras por errores, fraudes, incapacidad para responder de manera pronta o hacer que los intereses del banco se vean comprometidos por ejemplo funcionarios que otorgan préstamos u otros empleados que abusan de su autoridad o realizan negocios de manera no ética o riesgosa. Otro aspectos del riesgo operacional incluyen caídas importantes de los sistemas tecnológicos de información o sucesos como incendios y otros desastres⁵⁴².

2) Riesgo país clasificado como un riesgo de entorno, “se deriva de las deudas de un país globalmente consideradas por circunstancias distintas del riesgo comercial habitual”⁵⁴³. Es decir, se refiere a “ los riesgos asociados con los sucesos económicos, sociales y políticos del país del deudor”⁵⁴⁴.

⁵³⁹ *Ibidem*.

⁵⁴⁰ DIAZ RUIZ, Emilio y LARRAGA, Pablo, *op. cit*, p. 35.

⁵⁴¹ ORTEGA, Raimundo, *op. cit.*, p. 60.

⁵⁴² COMITE DE BASILEA, *Principios Básicos.....op. cit.*, p. 15.

⁵⁴³ Circular 4/1991 de 14 de junio. Norma Décima B.

⁵⁴⁴ COMITE DE BASILEA, *op. cit.*, p. 15.

Dentro de este riesgo se distingue entre el riesgo soberano que se refiere al riesgo de los acreedores de los Estados o de entidades garantizadas por ellos, en cuanto pueden ser ineficaces las acciones legales contra el prestatario o contra el último obligado al pago por razones de soberanía. Y el riesgo de transferencia que es el de los acreedores extranjeros respecto a los residentes de un país que pasa por una incapacidad general para hacer frente a sus deudas por carecer de la divisa en que están denominadas.

El Banco de España desde 1984 dictó una serie de normas que se orientaban en dos directivas complementarias. Por un lado se trataba de definir y clasificar adecuadamente estos países de riesgos y por otro se establecía la obligación de que las entidades de depósito implicadas dotasen una cobertura mínima para tales riesgos con objeto de garantizar su seguridad y solvencia⁵⁴⁵.

3) Riesgo sistémico, es la posibilidad de que una retirada inesperada de depósitos no pueda ser cubierta por los valores del sistema bancario en su conjunto⁵⁴⁶. Se presenta cuando las dificultades generadas en un mercado o de un grupo de sus operadores se extienden en forma generalizada a todos los mercados financieros por la profunda intercomunicación que existe entre los diferentes segmentos y espacios de contratación que integran el mundo de las finanzas⁵⁴⁷.

4) Riesgo legal. Una asesoría legal o documentación inadecuada o incorrecta puede hacer que los activos valgan menos o que las obligaciones sean mayores. Las leyes existentes pueden no resolver asuntos legales que involucran a un banco. Los establecimientos bancarios son particularmente susceptibles al riesgo legal cuando se involucran en nuevos tipos de

⁵⁴⁵ *Ibidem*.

⁵⁴⁶ MICO LORETAN, "Systemic Risk in Banking", *Regulation and Supervision of Financial Institutions in the Nafta Countries and Beyond*; Edited by George M. Von Furstenberg; Kluwer Academic Publishers Boston/ Dardrecht/ London, 1997 . p. 41.

⁵⁴⁷ DIAZ RUIZ, Emilio y LARRAGA, Pablo, *op. cit.*, p. 34.

transacciones y cuando el Derecho de una contraparte para entrar en una transacción no ha sido establecido. Por otro lado, un negocio bancario llevado a juicio puede tener implicaciones para éste e involucrar costos para él y todos los demás bancos⁵⁴⁸.

Se resume en las incertidumbres que pueden plantearse respecto de la válida constitución, eficacia y exigibilidad de los contratos, pérdida de potencia por incumplimiento de las disposiciones legales y administrativas aplicables, la emisión de resoluciones administrativas y judiciales desfavorables y la aplicación de sanciones en relación con las operaciones que las instituciones llevan a cabo⁵⁴⁹.

5) El riesgo de reputación surge de fallas operacionales, del incumplimiento con leyes y reglamentos o de otras fuentes. Este riesgo es particularmente dañino para los bancos, debido a que la naturaleza del negocio requiere que se mantenga la confianza de los depositantes, acreedores y el mercado en general⁵⁵⁰.

6) Concentración e riesgos. Los riesgos anteriores se magnifican cuando la institución expuesta a ellos pertenece a un conglomerado financiero, económico o a una combinación de ambos. El hecho de que un banco esté inmerso dentro de un conglomerado financiero o no financiero lo hace copartícipe de una u otra manera de los riesgos que sus filiales, compañías hermanas o su controladora a su vez enfrentan.

Los riesgos inherentes a la relación patrimonial de un banco con otras instituciones se refieren a problemas relacionados con conflicto de interés es decir, el riesgo adquiere mayor complejidad cuando el deudor está relacionado con el banco en forma patrimonial o de manera que lo haga copartícipe de la

⁵⁴⁸ COMITE DE BASILEA, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁴⁹ Circular 1423 25 de Enero de 199 Banco de México.

⁵⁵⁰ COMITE DE BASILEA, *op. cit.*, p. 17.

toma de decisiones de la institución. Puede también darse el caso de lo que se llama doble apalancamiento, en relación estrecha con el tema de créditos relacionados donde se encuentra el riesgo crediticio, de mercado o de cualquier otra índole, que puede estarse evaluando inadecuadamente dada una situación de operaciones entre empresas de un mismo grupo y que puede tener como consecuencia una inadecuada provisión, capitalización o supervisión, contagio, exposición a grandes riesgos y nula transparencia.

Muchas de las razones que justifican la creación de conglomerados son al mismo tiempo la causa de problemas para identificar la verdadera naturaleza del riesgo inherente en las operaciones bancarias. La alternativa más sana es el establecimiento de una normativa operacional y contable que minimice la dificultad del supervisor, facilite la transparencia sobre la verdadera naturaleza de las operaciones intergrupo y disminuya el riesgo de contagio derivado de dichas operaciones⁵⁵¹.

Las autoridades deben quedar satisfechas en el momento de autorizarse el funcionamiento del banco y durante su desarrollo y operación, de que el mismo cuenta con planes que aseguren una adecuada diversificación del financiamiento, las carteras de préstamos y las fuentes de ingresos. Deben asegurarse de que exista un adecuado equilibrio entre los préstamos y los servicios es decir, entre el ingreso proveniente de intereses y el ingreso proveniente de comisiones, por ello los supervisores deben poner énfasis no sólo en asegurar el cumplimiento también deben asignar énfasis a la calidad de las actividades bancarias.

2.5.4 Supervisión de grupos consolidables

En el sector bancario, la revolución que ha supuesto el proceso de liberalización y creación de nuevos y poderosos instrumentos financieros⁵⁵², a

⁵⁵¹ ARMENDARIZ HINESTROSA, Patricia, *op. cit.*, p. 176 y ss.

⁵⁵²De acuerdo con el Anexo B de la Directiva 93/22/CEE se consideran instrumentos financieros: “ (1 a)

nivel internacional, ha hecho surgir estrategias competitivas que rompen con los moldes preestablecidos. Entre estas estrategias, se destaca la noción de “Supermercado financiero”⁵⁵³, según el cual la empresa bancaria o financiera debe ofrecer toda una gama de servicios y productos diferentes.

En el aspecto organizativo de la empresa ha sido el grupo de empresas la forma preferida en los últimos años para la constitución de entidades financieras. Surgiendo así los grupos financieros que ofrecen una amplia variedad de servicios y fortalecen de este modo la capacidad y beneficios de las entidades bancarias.

Las grandes corporaciones de hoy han venido a sustituir la forma tradicional de organización interna basada en una jerarquía rígida de funciones, por una organización basada en la separación por divisiones que tiende a mejorar la eficacia. Y aunque cada división goza de bastante independencia para operar, existen sistemas de control y de administración de recursos que son articuladas por el órgano directivo de la corporación⁵⁵⁴.

Dentro de las ventajas que implica la formación de estos conglomerados económicos se considera el hecho de que facilita la utilización de recursos financieros, humanos u otros en forma ágil y eficiente; permite la ampliación y acumulación de experiencia que favorecen los procesos de modernización y avances tecnológicos; exige el desarrollo de técnicas de administración y de información que permitan decisiones correctas y oportunas que faciliten el control; mejora el margen de negociación en el mercado e incrementa la rentabilidad.

Valores negociables, b) Participaciones de un organismo de inversión colectiva; 2) Instrumentos del mercado monetario; 3) Los contratos financieros a plazo o (futuro) incluidos los instrumentos, equivalentes que requieran pago en efectivo. 4) Los contratos a plazo sobre tipo de interés; 5) Los contratos de permuta (swaps) sobre tipos de interés sobre divisas o los contratos de intercambios ligados a acciones o a un índice sobre acciones (equity swaps) 6) Opciones destinadas a la compra o venta de cualquiera de los instrumentos que se contemplan en la presente según el anexo, incluidos los instrumentos equivalentes que requieran pago en efectivo. Concretamente se incluyen en esta categoría las opciones sobre divisas y sobre tipos de interés.”

⁵⁵³ VIVES, Xavier, “Concentración bancaria y competitividad“, *PEE*, N.º 36, 1988, p. 67.

⁵⁵⁴ FANJUL, Oscar y MARAVALL, Fernando, *La eficiencia del sistema bancario español*, Editorial Alianza Universidad, Madrid, 1985. p. 75.

En cuanto a las desventajas de su formación se señala el hecho de que la estabilidad del grupo puede verse seriamente afectado con la presencia de problemas en las empresas donde se concentra el patrimonio del grupo; la existencia de deficientes sistemas administrativos y de control puede traer consigo un desconocimiento de la situación real del grupo en su conjunto; este normalmente está dirigido por un propietario o un reducido número de personas que representan a la propiedad; los casos de empresas insolventes componentes del grupo pueden encubrirse y no transparentarse al mercado, gracias a las otras empresas que aun tienen acceso a las fuentes de financiamiento.

En la actualidad rara vez se canaliza toda la operativa en los mercados financieros a través de una sola persona jurídica sino que se hace a través del grupo financiero. Surge por lo tanto la necesidad de confiar en la solvencia a nivel de grupo para reflejar de forma fidedigna la realidad económica que en muchos casos, va más allá de la realidad jurídica. Todo ello sin olvidar la fijación de unos recursos mínimos necesarios para cada entidad de forma individual con el fin de alcanzar estos objetivos.

El cómputo de los recursos propios ha de realizarse sobre el balance consolidado en el que queda reflejada la situación financiera patrimonial del grupo una vez eliminadas las operaciones intersocietarias y especialmente las participaciones intergrupo, resolviéndose así el problema de la ineficiencia de los recursos propios⁵⁵⁵.

No hay una definición clara y generalizada sobre lo que constituye un grupo o conglomerado económico. *“Se admite que existe un grupo cuando un conjunto de sociedades desarrollan sus actividades, subordinadas a una unidad*

⁵⁵⁵ NIETO DE ALBA, Ubaldo, “Solvencia, control y crisis de la empresa financiera”, *CDC*, N.º 13, Madrid, 1994. p. 285.

de dirección y control que tiene intereses comunes”.⁵⁵⁶ De esta forma, existe un grupo financiero o entidad consolidante cuando dos o más entidades legales desarrollan su actividad ateniéndose a una unidad de dirección y control⁵⁵⁷.

Bajo un esquema de supervisión consolidada los grupos financieros o entidades consolidantes son vistos como un solo ente económico, independientemente de la organización jurídica, lo cual facilita una visión global de la situación financiera y patrimonial del grupo, conocimiento integral de éste en términos financieros, administrativos y de vinculaciones comerciales⁵⁵⁸.

Resulta importante distinguir ciertos criterios para establecer las características de los conglomerados, como identificar la naturaleza y configuración de la entidad dominante; establecer si el conglomerado es financiero puro o no; determinar si las empresas que componen el grupo financiero están sujetas a más de una autoridad supervisora; verificar si en el grupo existen entidades del exterior y si estas se encuentran sujetas a supervisión⁵⁵⁹.

Uno de los aspectos que más llega a preocupar a las autoridades bancarias en relación con los conglomerados es que un banco cuyos depósitos estén asegurados podría experimentar problemas si se viera obligado a efectuar el rescate financiero de una filial ajena al sistema bancario que se encamine hacia la quiebra.

La falta de transparencia de información hacia dentro y fuera de los

⁵⁵⁶ CABEZAS MASSES, Ramiro, “Conglomerados financieros y su estructura: retos de la supervisión y colaboración, integración entre supervisores del sistema financiero”, *Undécima Asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*, CEMLA, , México 1995. p. 191. p. 192.

⁵⁵⁷ CEMLA, “Supervisión Bancaria Consolidada”, *Duodécima Asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*, México, 1996, p. 198.

⁵⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁵⁹ CABEZAS MASSES, Ramiro, “Conglomerados financieros y su estructura: retos de la supervisión y colaboración integración entre supervisores del sistema financiero”, *Undécima Asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*, CEMLA, Comisión Nacional Bancaria de México, México 1995. p. 193.

conglomerados es un factor muy importante que merece la atención del supervisor. Se puede dar el caso de que un grupo financiero alcance un grado de complejidad en su estructura a consecuencia de cambios en sus participantes o por fusiones, persiguiendo deliberadamente ventajas fiscales, comerciales o laborales, logrando de esta forma levantar una barrera que impida una visión de la realidad de las operaciones y transacciones internas, de la concentración de riesgo del grupo y de la verdadera posición de éste dentro del sistema financiero⁵⁶⁰.

Es de interés de las entidades supervisoras en general y del supervisor bancario en particular disponer de la información que le permita llegar a un conocimiento de los riesgos del grupo. Procurar que la formación de estos, sean sólo de tipo puro financiero y preferentemente con base dominante bancaria, prohibiendo las participaciones recíprocas entre sus componentes. Por esta razón se precisa que las autoridades de supervisión cuenten con facultades que eviten la posible aparición de conglomerados difícilmente controlables⁵⁶¹.

La regulación sobre grupos consolidados permite a los supervisores tener una visión más amplia de las instituciones que forman los grupos y ser capaces de formarse un juicio global de la situación financiera en particular, de la liquidez, solvencia, riesgos y posiciones de cada integrante y del grupo en su conjunto, logrando como consecuencia una mayor calidad en la supervisión.

La existencia de conglomerados financieros requiere la adopción de medidas que permitan una supervisión global entre ellas, es lógico deducir que existan conflictos de competencias entre autoridades supervisoras, pero se requiere que entre estas, se avance hacia una homogeneización de reglas de solvencia; se establezcan canales de información entre autoridades de fiscalización de forma que se logre una coordinación para lograr una

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 195.

⁵⁶¹ *Ibidem.*, p. 198.

supervisión eficaz.

Entre las medidas que se podrían adoptar en el propósito de mejorar la supervisión global, esta la de nombrar una autoridad supervisora única con responsabilidad sobre todo el conglomerado, en función de la actividad realizada por la empresa controlante y establecer un régimen de sanciones por infracciones cometidas por cualquiera de las empresas componentes del conglomerado⁵⁶².

La supervisión consolidada se traduce en que los datos financieros de todo el grupo y no los de la entidad de crédito aislada, se apliquen para la determinación del cumplimiento de todas las regulaciones prudenciales, tales como normas sobre capital adecuado, concentración de riesgo, tipo de inversiones permitidas⁵⁶³.

La consolidación de estados financieros se constituye con la suma de los estados financieros individuales de la controladora y todas sus subsidiarias. Conviene que se incluya a todas las subsidiarias que sean entidades pertenecientes al sector financiero; reconocer todas las prácticas contables, consolidar las subsidiarias y filiales o agencias en el exterior de acuerdo a las prácticas contables de la entidad matriz⁵⁶⁴.

De acuerdo con la Directiva comunitaria 2000/12/CEE relativa a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, “toda entidad de crédito que tenga como filial una entidad de crédito o una entidad financiera o que tenga una participación en entidades de esta índole, están sometidas a una supervisión basada en su situación financiera consolidada”. La supervisión de forma consolidada cuando la empresa matriz sea una entidad bancaria, será

⁵⁶² *Ibidem*.

⁵⁶³ CEMLA, “Tendencias principales en los actuales proceso de reformas financieras en diferentes áreas del mundo” Ponencia del Departamento Legal del FMI, *Octava Asamblea de la Comisión de Organismos de Supervisión y Fiscalización Bancaria de América Latina y el Caribe*, México, 1996. p. 97.

⁵⁶⁴ CEMLA, “Supervisión Bancaria Consolidada”, *Duodécima Asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*, México, 1996. p. 202.

ejercida por las autoridades competentes que hayan concedido a dicha entidad de crédito la autorización para ejercer su actividad.⁵⁶⁵

Los grupos de entidades financieras consolidan sus estados contables según sus regulaciones específicas. Si bien la norma específica de las entidades de crédito adaptada a las disposiciones comunitarias, obliga a que la supervisión de estas entidades se realice de forma consolidada.

Por su parte, la Circular del Banco de España 5/1993 de 26 de marzo, recoge gran parte del desarrollo de la Ley 13/1992 de 1 de junio; del Real Decreto 1343/1992 de 6 de noviembre y de la Orden 30 de diciembre de 1992 que en sus normas 1, 2 y 3 define el concepto de grupo consolidable y marca los límites del llamado perímetro de la consolidación⁵⁶⁶.

“Los grupos consolidables de entidades de crédito son aquellos formados por dos o más entidades consolidables por razón de su actividad, en los que concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) Que la entidad dominante sea una entidad de crédito española.

b) Que la entidad dominante sea una entidad española cuya actividad principal consista en tener participaciones en entidades de crédito, siendo, al menos, una de ellas de nacionalidad española.

c) Que una persona física, una entidad extranjera, una entidad no consolidable española o un grupo de personas físicas o entidades no consolidables que actúen sistemáticamente en concierto controlen a varias entidades españolas, todas ellas de crédito”⁵⁶⁷.

⁵⁶⁵ Cfr. Art. 53 Directiva 2000/12/CEE de 20 de marzo. La supervisión de forma consolidada cuando una entidad de crédito tenga por empresa matriz a una sociedad financiera de cartera, será ejercida por las autoridades que hayan concedido a esta, autorización para operar como tal.

⁵⁶⁶ *Vide*. LATORRE DIEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 233.

⁵⁶⁷ Circular 5/1993 de 26 de Marzo Norma Segunda. Según el Real Decreto 1343/1992 de 6 de Noviembre, “Son grupos consolidables de entidades financieras:

Los grupos consolidables de entidades de crédito quedan sometidos a la supervisión sobre base consolidada del Banco de España⁵⁶⁸, que deberá contar en la medida de lo posible con métodos de consolidación efectivos, prácticas contables similares, métodos de evaluación a nivel nacional individual y colectivo, mecanismos de intercambio de información, que deben representar uno de los principales objetivos de todo organismo supervisor⁵⁶⁹.

2.6 Instrumentos de supervisión bancaria

2.6.1 Inspección bancaria

La supervisión de la actividad bancaria desde su constitución y durante el desarrollo de sus operaciones se lleva a cabo en la práctica con la labor de inspección que desarrolla la Administración, mediante la verificación de la información que las entidades de crédito les presentan, con el fin de garantizar la aplicación de la normativa⁵⁷⁰. La inspección se define como “*una actividad administrativa de control a posteriori de la actividad de las entidades financieras y afecta a la actividad de la entidad, a su situación y a los órganos de dirección*”⁵⁷¹.

Una de las principales responsabilidades de la inspección es la que se refiere a los depositantes. Si bien es cierto que en una entidad bancaria confluyen diversos intereses también, lo es que sin el dinero del depositante el

-
- a) Los grupos consolidables de entidades de crédito.
 - b) Los grupos consolidables de sociedades y agencias de valores.
 - c) Los grupos consolidables de entidades aseguradoras.
 - d) Los otros grupos consolidados de entidades financieras.

Las entidades financieras que integren en cada caso concreto un grupo consolidable podrán estar sujetas individualmente a la misma o a diferentes clases de requerimientos de recursos propios”.

⁵⁶⁸ Real Decreto 1343/1992 de 6 de noviembre.

⁵⁶⁹ CEMLA, “Supervisión Bancaria Consolidada”, *Duodécima Asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*, México, 1996., p. 209.

⁵⁷⁰ Vide. ZUNZUNEGUI, Fernando, *Ordenación Bancaria*, Espasa Calpe, Madrid, 1992, p. 293.

⁵⁷¹ V. FRANCH Y SAGUER, Marta, *Intervención Administrativa sobre Bancos y Cajas de Ahorros*, Editorial Civitas, Madrid, 1992. p. 316.

banco se vería paralizado. El depositante espera siempre recuperar su dinero, por lo que merece una protección más activa; de ahí que la inspección no sólo debe tender a formar un juicio sobre la situación de la entidad, sino a actuar promoviendo cuantas medidas sean necesarias para proteger los intereses del depositante y asegurar la viabilidad de la entidad.

La inspección puede ser ordinaria o periódica, cuando se refiere al estudio general de la entidad inspeccionada. Supone la comprobación del cumplimiento de las normas vigentes en relación con balances, estructura de sus cuentas, intereses y comisiones que aplican en sus operaciones; cobertura de los coeficientes y en lo referente al cumplimiento de las normas generales sobre política de crédito en particular sobre los límites establecidos para evitar la concentración de riesgos; créditos administradores y directivos; límites de los activos fijos y valores de renta variable; desembolso del capital; dividendos y operaciones sobre divisas⁵⁷². Pueden ser también monográficas o extraordinarias cuando se dirige al análisis de algún aspecto concreto como, cumplimiento de las normas sobre control de cambios o sobre aplicación de tarifas⁵⁷³.

Las inspecciones periódicas no deben ser motivadas en cuanto que son consecuencia de las relaciones existentes dentro de un ordenamiento sectorial. Por el contrario, las inspecciones extraordinarias, aun previstas en el ordenamiento jurídico requieren una motivación. En el expediente debe especificarse cuál es la situación que justifica la inspección extraordinaria⁵⁷⁴.

Se distingue también entre inspección externa e inspección *in situ*. La primera se realiza desde el propio Banco de España llevando a cabo el control estadístico, analizando los estados financieros y declaraciones que periódicamente le rinden las entidades de crédito con carácter obligatorio y

⁵⁷² *Ibidem* p. 319.

⁵⁷³ *Vide*. DE JUAN, Aristóbulo, "El Banco de España y la supervisión del sistema bancario", *PEE*, N.º 18, 1984, p. 114.

⁵⁷⁴ V. FRANCH Y SAGUER, Marta, *op. cit.*, p. 320.

periódico, tomando en consideración criterios y normas contables obligatorias y homogéneas para todas las entidades y con un adecuado tratamiento y análisis. Las inspecciones *in situ* que suelen ser de carácter periódico o general, se realizan en la oficina central y en algunas sucursales importantes⁵⁷⁵. Es decir, en la propia entidad supervisada y permiten verificar la veracidad de la información contable suministrada y realizar otras comprobaciones y análisis que no es posible llevar a cabo mediante el control externo. Todo ello apunta a dos grandes objetivos: la vigilancia del cumplimiento de la normativa en vigor y la formulación de un diagnóstico sobre la realidad económica de la entidad supervisada⁵⁷⁶.

La actuación inspectora da lugar a un conjunto de informes de los que se pueden derivar recomendaciones o mandatos a las entidades en relación con su situación financiera, su política de crédito; sus prácticas bancarias o contables. Así como expedientes por infracciones a la normativa, de los que puede resultar en su caso la aplicación de sanciones⁵⁷⁷.

El Banco de España además de la función que tiene de inspeccionar conforme a las disposiciones vigentes la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito mediante las actuaciones precisas para el ejercicio de sus competencias, tiene también la posibilidad de establecer relaciones con otros Bancos centrales, con autoridades de

⁵⁷⁵ NUÑEZ DE LA PEÑA, José Luis, "España. La Supervisión Bancaria", *Supervisión y Fiscalización Bancarias I*, CEMLA, México, 1982, p. 292. *Vide.* NIETO DE ALBA, Ubaldo, "Solvencia, control y crisis de la empresa financiera", *CDC*, N.º 13, 1994. Dentro del control que ejerce el Banco de España en el sistema bancario el autor distingue por un lado "el control ex-ante: La autorización para la creación de una entidad de depósito que corresponde al Ministerio de Economía y Hacienda, si bien el Banco de España elabora un informe previo que remite a dicho Ministerio a partir del cual éste concede o no la autorización. El registro de las entidades de depósito es una condición previa para su funcionamiento. El Banco de España tiene a su cargo dicho registro.... Por otra parte, el control *ex-post* se refiere a la recepción periódica de los estados financieros e información complementaria. El contenido de los modelos en los que las entidades deben enviar la información se define por el propio Banco de España. Esta información se analiza una vez recibida. El control inspector consiste en inspecciones *in situ* de las entidades de depósito. "En cuanto al control de solvencia se refiere la reglamentación sobre coeficiente de garantía establecido para garantizar el cumplimiento de las obligaciones bancarias". p. 280 y ss.

⁵⁷⁶ *Vide.* DE JUAN, Aristóbulo, *op. cit.*, p. 114.

⁵⁷⁷ *Vide.*, *idem y l.c.*, p. 114. Para el autor el aparato sancionador es una de las partes menos operativas del sistema español de supervisión financiera que pone de relieve la necesidad de actualizar y refundir la legislación disciplinaria y de represión de los delitos económicos.

supervisión e instituciones financieras de otros países así como con organizaciones monetarias y financieras internacionales y relacionarse con instituciones financieras de carácter público y con autoridades de supervisión financiera de ámbito autonómico⁵⁷⁸. Le corresponde asimismo la inscripción indispensable para que las entidades puedan desarrollar sus actividades quedando a su cargo los registros correspondientes⁵⁷⁹.

El servicio de inspección se encuentra dividido en cuatro áreas: 1) “Control estadístico que tiene a su cargo la recepción y tratamiento para ordenar los balances mensuales, cuentas de resultados trimestrales y de cuantas declaraciones se rinden para la vigilancia de los coeficientes obligatorios. 2) Inspección de bancos, 3) Inspección de cajas de ahorro y cooperativas de crédito y 4) Inspección de entidades con dificultades. Los cuales tienen encomendada la práctica de inspecciones *in situ* de las entidades a que se refieren sus respectivas titulaciones”⁵⁸⁰.

Cuando se trata de sucursales de entidades de crédito autorizadas en otros Estados miembros de la Unión Europea, el Banco de España podrá inspeccionarlas entre otras cosas para colaborar con las autoridades supervisoras del Estado miembro donde la entidad esté autorizada, especialmente en la vigilancia de los riesgos que asuman por operaciones realizadas en los mercados financieros españoles y para controlar que la actividad de la sucursal se realiza de conformidad con las normas de interés general. La función de inspección del Banco de España podrá alcanzar igualmente a las personas españolas que controlen entidades de crédito de otros Estados miembros de la Comunidad Europea, dentro del marco de la colaboración con las autoridades responsables de la supervisión de dichas entidades de crédito⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ Ley 13/1994 de 1 de junio de Autonomía del Banco de España Art. 7.

⁵⁷⁹ Art. 43 2. 43.5 de la ley 26/1988 Según este apartado, también “corresponde al Banco de España el control e inspección de la aplicación en general de la Ley 2/1981 de 25 de marzo sobre Regulación del Mercado Hipotecario y sus normas de desarrollo”.

⁵⁸⁰ NUÑEZ DE LA PEÑA, José Luis, *op. cit.*, p. 290.

⁵⁸¹ Ley 3/1994, 9a. Por la que se incorpora un nuevo artículo 43 bis a la Ley 26/1988.

Las autoridades competentes que tengan a su cargo las funciones de inspección de los establecimientos de crédito podrán colaborar con las autoridades que tengan encomendadas funciones semejantes en países extranjeros, estando facultadas para comunicar informaciones relativas a la dirección, gestión y propiedad de estos establecimientos, así como las que puedan facilitar el control de la solvencia de los mismos. Cuando se trate de autoridades que no pertenezcan a otro Estado miembro de la Unión Europea se exigirá que exista reciprocidad en el suministro de las informaciones y que las autoridades competentes se encuentren sometidas al secreto profesional en condiciones que sean equiparables a las establecidas por las leyes españolas⁵⁸².

A nivel internacional, se ha ido centrando la inspección de las entidades de crédito en cinco criterios standard de aplicación internacional para juzgar la calidad del banco que son: la valoración de los recursos propios; la calidad de los activos; la calidad de la dirección; el nivel y composición de los beneficios, la situación y perspectivas de la liquidez⁵⁸³.

2.6.2 Auditoria Externa

La auditoria externa tiene como función principal *“emitir una opinión fundada respecto de la fidelidad de los estados financieros de un banco con la realidad económica de sus operaciones, sobre la base de una serie de principios de tipo técnico y contable”*⁵⁸⁴. Los estados financieros, principal

⁵⁸² Cfr. Ley 3/1994 de 14 de abril; Artículo 5º. en la modificación dada al Art. 6 del Real Decreto Ley 1298/1986.

⁵⁸³ Vide. DE JUAN, Aristóbulo, *op. cit.*, p. 115.

⁵⁸⁴ CEMLA; “Auditoria Externa”, *Décima Asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*; Superintendencia de bancos e instituciones financieras de Chile, México, 1994. p. 162. El mismo documento señala la diferencia entre las agencias evaluadoras de riesgos y las firmas de valoración de empresas con la auditoria señalando que las primeras se enfocan principalmente a permitir un análisis comparativo de la empresa evaluada frente a otras del mismo mercado o actividad, mientras que la auditoria busca establecer la calidad de los sistemas internos de la entidad que producen sus estados financieros, mediante un análisis de controles internos y de la efectividad y confiabilidad de los sistemas de producción de información financiera y contable, por ende las herramientas y criterios de análisis de la auditoria son especiales de esa actividad. p. 163.

instrumento que permite la evaluación financiera y económica de una empresa, deben estar respaldados por una opinión de carácter técnico y objetivo, que ofrezca una garantía sobre su razonable certeza a quienes los emplean corrientemente en sus decisiones.

Si se ha dicho que la principal responsabilidad de la inspección se refiere a los depositantes; la del auditor se refiere a los accionistas. Ambos comparten el deber de formar opinión sobre la situación de un banco. La autoridad supervisora tiene como finalidad, el buen funcionamiento de los establecimientos bancarios, velando porque tengan la capacidad suficiente para asumir riesgos en forma proporcionada con su capacidad patrimonial y que su liquidez se mantenga en niveles adecuados a la naturaleza de sus operaciones.

La confiabilidad de los sistemas internos de control y el tipo de información financiera que requieren de los bancos obedece a que necesitan extraer conclusiones validas, a fin de evaluar y controlar los riesgos y verificar que esa información sea comparable con la de los demás bancos.

La función del auditor es más limitada en la medida en que básicamente se preocupa de que los controles y los sistemas de contabilidad estén adecuadamente organizados, de tal modo que la información financiera resultante sea confiable. La información que emana tanto de los auditores como de los supervisores es mutuamente útil, pues permite a cada uno enfocar mejor sus objetivos, corroborar opiniones y mejorar la calidad de sus propias conclusiones⁵⁸⁵.

Los auditores externos están en ventaja respecto del supervisor al colaborar de forma repetida con los propios bancos y disponer de información privilegiada acerca del funcionamiento de estas empresas. Por ello, resulta

⁵⁸⁵ *Ibidem.*

tentador para el supervisor aprovecharse de las investigaciones de los auditores a fin de adelantarse a los eventos que pueden desestabilizar un banco y su grupo⁵⁸⁶.

Una auditoria exitosa sobre una institución financiera requiere una gran capacidad y reconocimiento de las normas y regulaciones financieras, además de un excelente manejo y comunicación con quienes dominan el funcionamiento de los sistemas y regulaciones contables aplicables.

El auditor debe tener las facultades suficientes para verificar que los informes sobre aspectos esenciales de la marcha financiera de los bancos correspondan de manera fiel a los registros de estos, así como para evaluar la información de los sistemas de control conforme a parámetros dados por el órgano de supervisión; verificar qué registros contables y sistemas de control relacionados con custodia de valores o bienes son suficientes y apropiados; revisar el cumplimiento de ciertos mecanismos de regulación prudencial como relaciones de solvencia, límites de concentración de riesgos y manejo de liquidez, evaluar el grado de observancia que la entidad tiene respecto de las normas legales y contables y las demás regulaciones de supervisor e inclusive las normas internas dictadas por los órganos de administración del banco⁵⁸⁷.

La función de los auditores externos debe entenderse como un complemento y una herramienta auxiliar para la supervisión de ahí el interés en su estudio. Si estos organismos no son técnicamente adecuados o no tienen la jerarquía y la independencia suficiente como para dar sus opiniones en todo evento y para que recojan y se traduzcan en correcciones, se corre el riesgo que constituyan simplemente una carga y un gasto para las empresas bancarias pasando a ser un mero recargo del precio de intermediación pagado por la

⁵⁸⁶ AUGUSTIN, Dominique, "Auditores externos y supervisión bancaria en Europa", *Revista de la Comisión Nacional Bancaria*, N.º 16, México, 1993.

⁵⁸⁷ CEMLA, "Auditoria Externa", *Décima Asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe*, México, 1994. p 166.

sociedad en su conjunto⁵⁸⁸.

Un elemento importante que acentúa la utilidad de la auditoría en la supervisión bancaria lo constituye la capacidad que tengan las autoridades de supervisión para pedir al auditor tareas específicas o la emisión de informes especiales sobre factores de importancia para conocer la buena marcha de los bancos, en los cuales la cercanía del auditor fortalece la confiabilidad de esa información especial. Así como que los órganos supervisores tengan acceso a los documentos de auditorías, que puedan tener una relación directa con los aspectos de supervisión e inclusive pueda producirse intercambio de información a nivel confidencial.

En términos generales un buen régimen de auditoría externa que constituya verdaderamente una herramienta de apoyo para la supervisión bancaria debe contar con gran capacidad y conocimiento de las normas financieras; con un excelente manejo de los sistemas y regulaciones contables aplicables aunado a una posición de independencia frente a la institución auditada.

En este sentido no es muy apropiada la designación del auditor por la autoridad supervisora ya que está perdería independencia frente al auditor, lo mejor es que éste sea elegido con libertad por la institución bancaria. El grado de profundidad y de conocimiento de la institución puede perderse al ser sustituido el auditor por un nuevo. De ahí que se recomiende una continuidad en la actividad de auditoría. Por otra parte, el alcance de la auditoría puede medirse tanto por el número de funciones que le corresponde cumplir como por la actividad concreta desplegada por el equipo de auditores para realizar cada una de las funciones asignadas. De esta forma puede corroborarse si respecto de los requerimientos legales, el auditor está desempeñando bien su encomienda⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ GUZMAN CORREA, José Florentino, *op. cit.* p. 44.

⁵⁸⁹ CEMLA, "Auditoría Externa", *op. cit.*, p 166 y ss.

Si bien la supervisión bancaria no puede depender totalmente de la auditoría externa para obtener elementos de juicio directos sobre la marcha de los bancos, hoy por hoy es una herramienta de apoyo insustituible para realizar una completa supervisión. Por tanto, además de que debe buscarse una cooperación intensa y oportuna con los auditores, también se necesita tener un control adecuado de la forma como se realizan las auditorías y sobre la capacidad de quienes las desempeñan. En consecuencia, se abre así un nuevo campo de la supervisión financiera relacionado con la supervisión de los auditores externos⁵⁹⁰.

2.6.3 Transparencia informativa

Este tema ha sido ampliamente tratado sobre todo por quienes se dedican al estudio de la protección de los consumidores y usuarios de los servicios bancarios. Razón por demás justificada, ya que la transparencia informativa es la única vía para permitir a estos, una elección consecuente y adecuada a sus necesidades y expectativas.

La información que pueda generarse en la institución bancaria, es un elemento indispensable para una supervisión adecuada. Si bien ésta se dirige a diferentes destinatarios, como la que se genera frente a la clientela, frente al público en general y para las autoridades supervisoras; la transparencia en la información, en cualquiera de sus formas es lo que marca el parámetro para confiar o no en la entidad y en su desempeño.

La obligación que tienen los bancos de suministrar determinada información al mercado en general, a la clientela en particular y autoridades competentes, constituye una potestad de control ejercida por parte de la Administración Pública⁵⁹¹. Tienen los establecimientos bancarios el deber de

⁵⁹⁰ *Ibidem.*, p. 174.

⁵⁹¹ FRANCH Y SAGUER, Marta, *op. cit.*, p. 315.

transparencia, entendiéndose este “*como la puesta en conocimiento del público y de las autoridades de la situación patrimonial contable y disposición contractual*”

⁵⁹²

El contenido de la información comprende el volumen de datos, informaciones y valoraciones que las entidades de crédito poseen de sus clientes o de aquellos con quienes hayan entrado en contacto sin llegar a contratar. Su posición preeminente en el sector económico las convierte en sujetos especialmente capacitados para facilitar la circulación de cierto tipo de información que supone una mayor seguridad del tráfico comercial⁵⁹³.

De acuerdo con sus características y momento en que se genera, la información se clasifica en :

a) Precontractual, cuando se refiere fundamentalmente a tipos de interés, comisiones y gastos repercutibles a las normas sobre fechas de valoración. En términos generales se refiere a una información que proporciona un conocimiento global sobre la entidad, que va dirigido al cliente actual o potencial independientemente de que se haya establecido o pueda establecerse una relación contractual.

b) Contractual, la conformada con el contenido de las estipulaciones por las que se configura la relación jurídica contractual y se determinan los derechos y obligaciones del cliente y la entidad bancaria.

c) Poscontractual se trata de la información que se ha de proporcionar al cliente en relación a la liquidación de cada una de las operaciones, incluyendo en la misma el tipo de interés y el coste o rendimiento efectivo⁵⁹⁴.

⁵⁹² ZUNZUNEGUI, Fernando, *Ordenación Bancaria*, Espasa Calpe, Madrid, 1992. p. 285.

⁵⁹³ FERRANDO VILLALBA, Ma. de Lourdes, *La Información de las Entidades de Crédito*, Edit. Tirant Monografías, España, p. 47.

⁵⁹⁴ Vide. MARTINEZ, SALAZAR Y BASCUÑANA, Lucio, “El Derecho a la información de la clientela de las entidades de crédito”, *RDBB*, 1993, p. 773.; V. también AGUILAR-CANOSA CASTELLA, Santiago, “La responsabilidad de las entidades de crédito en España versus países de la Unión Europea”, *La Ley*, 1995 -

d) Extracontractual, que se puede examinar desde dos puntos de vista: desde la perspectiva de la relación directa entidad de crédito con el cliente donde lo ideal es que las instituciones bancarias hagan del conocimiento del público inversionista la información relativa a sus políticas, procedimientos, metodologías y demás medidas adoptadas para el funcionamiento de la entidad, así como información sobre pérdidas potenciales que enfrenta en los diferentes mercados en que participa.

Desde la perspectiva propia de la profesionalidad de la empresa bancaria. La diligencia de las entidades de crédito en el desarrollo de sus actividades debe atender a la de un experto, estas deben proporcionar a la autoridad supervisora en la forma y términos que esta determine, la información que en el ejercicio de sus facultades les requiera y cuando corresponda, también los resultados obtenidos de los procesos de auditorías y evaluación⁵⁹⁵.

Esta obligación de informar que se les exige a las entidades bancarias aparte de articular el funcionamiento de la relación entidad de crédito - cliente, incide directamente en el interés público y en el conjunto del sistema económico, el cual descansa en el buen funcionamiento del sistema financiero.

El derecho fundamental de la información en España viene consagrado en la Constitución⁵⁹⁶. Es en las relaciones contractuales de una entidad bancaria con la clientela, que se llevan a cabo en exigencias de contratación en masa, donde este derecho adquiere matices relevantes.

Con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y

3, p. 764.

⁵⁹⁵ AGUILAR-CANOSA, CASTELLA, Santiago, *L. c.*, p. 765.

⁵⁹⁶ Art. 51 “1.- Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2.- Los poderes públicos promoverán la información y educación de los consumidores y usuarios y fomentarán su organización y oirán a estas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca. 3.- En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, se otorgan facultades al Ministro de Economía y Hacienda para dictar las normas necesarias para que la publicidad de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito que se ofrezca por cualquier medio, incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo sobre dicha publicidad, pudiendo establecer entre ellas el régimen de previa autorización⁵⁹⁷.

Asimismo, se otorgan facultades al Banco de España para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo o ejecución de las normas generales aprobadas por el Gobierno o por el Ministro de Economía y Hacienda siempre que las mismas le habiliten expresamente para ello⁵⁹⁸.

De esta forma, el Ministerio de Economía y Hacienda dictó la Orden Ministerial 12 de diciembre de 1989 desarrollada por la Circular 8/90 de 7 de septiembre del Banco de España sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Ambos ordenamientos constituyen el material normativo a través del cual el legislador persigue realizar sin perjuicio de la aplicación de las normas generales que en materia de consumo se contemplan en la Ley General De Consumidores y Usuarios⁵⁹⁹, la tutela del cliente no obstante que se trate de normas que en último término pretenden la ordenación y disciplina de las entidades de crédito, siendo a estos efectos la protección del cliente y por tanto del consumidor o usuario bancario, un medio para la más correcta ordenación y disciplina de la actividad de los establecimientos bancarios⁶⁰⁰ y evitar las actuaciones que puedan quebrantar

⁵⁹⁷ Ley 26/1988 de 29 de julio Art. 48. 2. d).

⁵⁹⁸ Para un estudio de estas disposiciones v. MARTINEZ, SALAZAR Y BASCUÑANA, Lucio, *op. cit.*, p. 762 y ss.

⁵⁹⁹ La LGDCU, tiene como fin la protección al consumidor o usuario de los abusos de los que pudiera ser objeto y la información es uno de los medios principales de que esta ley se sirve para la consecución de su objetivo. Sobre esta Ley véase “El deber de informar de las Entidades de Crédito” en AA.VV. *Contratación y Servicio Financiero*; Dir. ORDOÑA MORENO, Francisco Javier, Tirant lo blanch; Valencia 2000.

⁶⁰⁰ FERRANDO VILLALBA, Ma. de Lourdes, *op. cit.*, p. 50.

las normas de disciplina o las buenas prácticas bancarias⁶⁰¹.

En el ámbito de la supervisión, las entidades bancarias estarán obligadas a declarar sus recursos propios computables, la composición de sus activos, compromisos de riesgo, posiciones en moneda extranjera e inmovilizado, así como el nivel mínimo requerido de recursos propios, debiendo remitir sus estados financieros debidamente cumplimentados a la Oficina de instituciones financieras del Banco de España. Únicamente atendiendo a circunstancias particulares, este organismo podrá requerir a entidades concretas, la remisión de sus estados financieros en un tiempo más breve⁶⁰².

“Los estados financieros constituyen la herramienta básica de análisis de la situación económico financiera de cualquier empresa. A partir de ellos se pueden conocer aspectos más pertinentes sobre la marcha de la entidad especialmente en lo que se refiere a su solvencia y exposición al riesgo. La condición de que los estados financieros reflejen adecuadamente la realidad resulta imprescindible cuando se trata de empresas cuyo giro principal sea captar en forma constante recursos del público como es el caso de las instituciones financieras”⁶⁰³.

En la normativa española, constituyen infracciones muy graves, la falta de remisión al órgano administrativo competente de cuantos datos o documentos requiera para el ejercicio de sus funciones o la falta de veracidad en los mismos cuando con ellos se dificulte la apreciación de la solvencia de la entidad, así como el incumplimiento del deber de veracidad informativa debida

⁶⁰¹ Cfr. Exposición de motivos Circular No. 8/1990 de 7 de septiembre. Cuando se habla de las buenas prácticas bancarias, se hace alusión al concepto que señala RUBIO VILAR, Juan, “Protección de los Usuarios Bancarios a través del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. La Experiencia del Servicio”, Escuela Judicial, Consejo del Poder Judicial, *Crédito y Protección del Consumidor*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 1996. “Un concepto jurídico indeterminado que en última instancia no supone sino una plasmación concreta del principio de buena fe negocial, consagrado en el artículo 57 del Código de Comercio. Así, en alguna ocasión el Banco de España ha dado una definición genérica de las buenas prácticas bancarias, como aquellas que sin venir impuestas por la normativa disciplinaria ni constituir uso bancario son razonablemente exigibles para la llevanza responsable, diligente y respetuosa del negocio bancario”. pp. 527-528.

⁶⁰² Vide. Norma Vigésima Sexta Circular 5/1993 de 26 de marzo.

⁶⁰³ GUZMAN CORREA, José Florentino, *op. cit.*, p. 44.

a sus socios, a los depositantes, prestamistas y al público en general siempre que por el número de afectados o por la importancia de la información tal incumplimiento pueda estimarse como especialmente relevante⁶⁰⁴.

En el ámbito del Derecho Comunitario cuando se hace alusión a la supervisión consolidada se señala la posibilidad de que los Estados miembros tomen las medidas necesarias para que ningún obstáculo de naturaleza jurídica impida a las empresas incluidas en la supervisión consolidada, ni a las sociedades mixtas de cartera ni a sus filiales intercambiar entre sí la información útil para el ejercicio de la supervisión. “Los Estados miembros autorizaran el intercambio de la información referida entre sus autoridades competentes, considerando que toda información recibida quedara sujeta al secreto profesional”⁶⁰⁵.

Como vemos, el ordenamiento sobre transparencia bancaria, esta compuesto por un conjunto de normas que se destinan a regular tanto los aspectos de organización y funcionamiento de las entidades de crédito, especialmente en cuanto a su vigilancia y fiscalización, como en sus relaciones externas con los clientes a fin de lograr su protección.

No basta que las entidades supervisoras de la actividad bancaria se aseguren de la fidelidad de la información de los balances, es necesario también que verifiquen que la población tenga acceso a la información pertinente. Para ello, las normas deben establecer adecuados mecanismos de revelación de datos financieros de los bancos y de informes de auditorías externas. El objetivo no es contar con una mayor sino mejor información⁶⁰⁶.

Una información veraz y oportuna permite a los supervisores detectar posibles riesgos o peligros en los establecimientos bancarios, a la vez que da

⁶⁰⁴ Ley 26/1988 de 29 de julio Art. 4 i), j).

⁶⁰⁵ Cfr. Directiva 92/30/CEE de 6 de abril de 1992 relativa a la supervisión de las entidades de crédito de forma consolidada Art. 7.

⁶⁰⁶ KRIVOY DE, Ruth, *op. cit.*, p. 214.

la posibilidad de que las otras entidades del sistema no se vean sorprendidas y pueda producirse pánico generalizado. Por otra parte, permite a los depositantes tomar las precauciones de asumir el riesgo derivado de confiar sus ahorros en una entidad y no en otra⁶⁰⁷.

De ahí que la labor preventiva de la función supervisora deba llevar a cabo periódicamente la revisión y análisis de la información que se les proporciona, que permita la verificación de los datos suministrados a fin obtener una visión verdadera y justa de la condición financiera del banco y la rentabilidad de éste para obtener un diagnóstico efectivo sobre la situación de sus recursos propios y de los resultados de su explotación⁶⁰⁸. Para esto, los supervisores deben asegurarse de que cada banco mantenga registros adecuados, realizados conforme a políticas contables y que publique estados financieros que reflejen fielmente su condición de manera continua⁶⁰⁹.

Se ha expuesto que la escasa información disponible limita la capacidad de los depositantes para poder ejercer la disciplina de mercado por carecer de un apropiado nivel de conocimientos, en este sentido se reclama que se incremente y se mejore la información.

Algunos analistas se muestran escépticos respecto a que el problema radique en facilitar mayor información cosa que puede ser incluso contraproducente y un motivo adicional de inestabilidad si los agentes económicos reaccionan con alarma ante cualquier señal aunque ésta sea de escasa trascendencia⁶¹⁰. Hay que considerar que en muchas ocasiones los depositantes carecen de los conocimientos para llevar a cabo un análisis correcto de la información que se les proporciona, incluso un gran cliente con recursos, conocimientos y dedicación para analizar el riesgo implícito en la banca, tiene escasas posibilidades de formular un juicio adecuado y adoptar a

⁶⁰⁷ JIMENEZ DE LA IGLESIA, *op. cit.*, p. 92.

⁶⁰⁸ *Vide. L.c.* p. 95.

⁶⁰⁹ COMITE DE BASILEA, *op. cit.*, p. 27.

⁶¹⁰ TORRERO MAÑAS, Antonio, *op. cit.*, p. 107.

tiempo las decisiones oportunas⁶¹¹.

Es cierto que en la práctica la terminología bancaria es excesivamente especializada, con la inclusión de tecnicismos y formulaciones de cálculos matemáticos cuya comprensión no está al alcance del ciudadano medio, por lo que para que la información cumpla sus objetivos⁶¹², ha de ser útil para el depositante, acreedores y público en general a fin de estar en posibilidad de tomar decisiones certeras sobre sus recursos. Utilizable aunque no se oculta la dificultad que entraña en un sector tan específico y profesional como es el financiero, lograr un lenguaje accesible y de fácil comprensión. De no conseguir una información accesible al usuario medio, se trunca una de las características esenciales de la misma y convertirse en ineficaz. La información ha de ser usada, no sólo se trata de garantizar la utilización efectiva de la información por parte del cliente, sino de que la misma se suministre en el momento y lugar oportunos, así como en la forma conveniente para que produzca los efectos pretendidos en ella⁶¹³.

La divulgación, es un complemento de la supervisión. Para que los participantes del mercado puedan trabajar en forma efectiva, de manera que promuevan un sistema financiero estable, deben tener acceso a información correcta y oportuna. Por esta razón, se requiere a los bancos que divulguen suficiente información sobre sus actividades y posición financiera. Sin soslayar que algún tipo de información debe mantenerse en secreto por la autoridad que supervisa ya que para poder desarrollar una relación de confianza mutua, los establecimientos bancarios deben estar seguros de que esa información será mantenida en confidencialidad⁶¹⁴.

La tecnología deberá ser un aliado en la divulgación de la información, no hay duda de que el creciente uso de computadoras y las posibilidades de

⁶¹¹ RANDALL, *cit. post. Idem*, p. 105.

⁶¹² GOMEZ SEGADE. *cit. post.* MARTINEZ SALAZAR Y BASCUÑANA, Lucio, *op. cit.*, p. 781.

⁶¹³ *Vide. L. c.*, p. 782.

⁶¹⁴ COMITE DE BASILEA, *op. cit.*, pp. 28, 29.

acceso a información cada vez más abundante de proveedores de servicios financieros fuera y dentro de los países, hará cada vez más difícil para los participantes competir si no ofrecen a los ahorradores y usuarios del crédito, información más completa sobre las operaciones y los riesgos que se corren. El reto para las autoridades y participantes financieros debe ser, crear las condiciones de un sistema bancario eficiente. Para lograrlo, deben considerar que la transparencia en la información no es una opción sino una necesidad.

La dirección del banco tiene la responsabilidad de asegurarse de que la información financiera y de cualquier otro tipo que recibe el supervisor es precisa, completa y oportuna. Por tanto debe verificar que los informes sean ciertos y que los auditores externos determinen si los sistemas de información establecidos son correctos y producen información confiable⁶¹⁵.

2.7 El Defensor del cliente

Aunque la figura del Defensor del cliente, no forma parte propiamente de la supervisión bancaria, se ha decidido hacer referencia a esta figura, como un instrumento complementario, considerando que un elemento fundamental en la protección de los depósitos, se basa en el mantenimiento de la confianza de los clientes en los establecimientos bancarios. De ahí que la intención de estos de ofrecer a sus clientes una mejor imagen en el desarrollo de su actividad haya dado lugar a la introducción del defensor del cliente.

2.7.1 El Ombudsman en otros países

La figura del defensor del cliente u ombudsman como se le ha sólido denominar, tuvo un origen fundamentalmente político, ideada para mejorar la imagen pública de los empresarios bancarios, a través de la tutela de los intereses de sus clientes⁶¹⁶. Esta figura ha adquirido una configuración distinta

⁶¹⁵ *Ibidem.*

⁶¹⁶ SANCHEZ GUILARTE, Juan, “Introducción de la figura del Ombudsman en la actividad bancaria”,

en los diversos países en que ha sido implantada.

En Suecia existe desde 1971 la figura del ombudsman de los consumidores y está constituido como órgano de la administración estatal que tiene como objeto regir institucionalmente las relaciones de los consumidores y usuarios con los empresarios por un lado y con los propios tribunales de justicia por otro⁶¹⁷.

En Gran Bretaña se inicia la aplicación del ombudsman, el 1º de enero de 1986⁶¹⁸. Su adopción por los bancos británicos se vio motivada por considerar que la actividad bancaria da lugar a una situación de desequilibrio entre los establecimientos de crédito y sus clientes caracterizada por la situación de inferioridad en que se encuentran estos últimos frente a los primeros en el momento de contratar, por lo que se consideró necesario reparar en la medida de lo posible esa situación de desigualdad.

Junto a ello, existía la opinión unánime en favor de las ventajas que siempre tiene la resolución extrajudicial de conflictos entre los bancos y sus clientes. Pero la causa fundamental de su adopción fue el informe titulado *Banking services and the consumer* que publicó el Consejo Nacional del Consumidor Británico en 1983 en el que se señalaban las ventajas de implementar un instrumento del tipo del ombudsman; entre ellas, el ser un medio efectivo para aumentar y conservar la confianza del público y servir a los bancos para obtener información valiosa sobre las causas que son motivo de insatisfacción por parte de los clientes, lo que les permitiría mejorar la calidad de sus servicios⁶¹⁹.

RDBB, N.º 22, 1986.

⁶¹⁷ ANDREU MARTI, María del Mar, “Notas sobre la figura del defensor del cliente en la práctica bancaria española”, RDBB, N.º 54, 1994, p. 431.

⁶¹⁸ *Ibidem*.

⁶¹⁹ MORRIS, *cit. post.*, SANCHEZ GUILARTE, Juan, “En torno a los.....”, *op. cit.*, “El Ombudsman de los bancos británicos está compuesto por tres órganos: Una junta o board en la que están representados los bancos que participan en el sistema del Ombudsman. Su misión es la de servir de portavoz de los bancos ante el Ombudsman, nombrar los representantes bancarios en el consejo y ejercer el control presupuestario. El

2.7.2 Regulación de la figura en España

“La determinación del marco jurídico institucional en el que la protección del cliente bancario se desarrolla, exige en primer lugar respetar el sistema constitucional de la economía social de mercado y tener presente que siendo objeto de estudio la defensa de los consumidores en la contratación bancaria, la competencia legislativa corresponde en exclusiva al Estado. En segundo lugar debe organizarse adecuadamente el heterogéneo conjunto de normas que con distinto rango y presupuestos de aplicación dispares, afectan al cliente y/o consumidor bancario”⁶²⁰.

El banco de Bilbao fue el primero en instaurar la figura del defensor del cliente en 1986, sin embargo, no es sino hasta la Orden Ministerial del 12 de diciembre de 1989 donde se empieza a hacer referencia a esta figura; cuando se señala la posibilidad de denegar la admisión de las reclamaciones al Servicio de Reclamaciones del Banco de España si de modo previo no se realiza la reclamación ante el defensor del cliente u órgano equivalente de la entidad afectada⁶²¹. En la misma disposición se otorga potestad al Banco de España para desarrollar y ejecutar esta disposición, otorgándole la facultad dispositiva de señalar los requisitos mínimos a cumplir por el defensor del cliente u órgano equivalente de las entidades de crédito.

La normativa disciplinaria bancaria no impone a las entidades de crédito la obligación de crear un defensor del cliente, solo si aconseja su existencia en interés de ellas y de sus clientes. Cabe decir que es requisito indispensable pasar primero por esta instancia para poder acceder al Servicio de

Consejo o concil es el organismo en el que se encuentran representados los bancos y los consumidores. Estos últimos tienen la mayoría por cuanto de los siete miembros, cuatro son nombrados por los consumidores. Le corresponde dar indicaciones y criterios generales de actuación al *Ombudsman* y examinar el informe anual que éste presente. Se requiere que el *Ombudsman* actúe entre los bancos y sus clientes como un árbitro neutral en las disputas y conflictos que entre las partes pueden surgir”. p. 437.

⁶²⁰ ANDREU MARTI, Ma. del Mar., *La protección del Cliente Bancario*, Tecnos, Madrid, 1998, Resensor NURIA LATORRE CHENER, *CDC*, Nº. 28, Abril 1999. p. 32.

⁶²¹ Art. 9 apdo. b de esta Orden.

reclamaciones del Banco de central , de alguna forma se está obligando a la entidad de crédito a constituir esta figura o una equivalente, ya que de otra manera el cliente se quedaría en estado de indefensión. La ley no señala el procedimiento a seguir cuando en el establecimiento bancario no se ha instituido la figura del defensor del cliente.

Se estima de gran interés la implantación del defensor del cliente en el Preámbulo de la Circular del Banco de España 8/90 de septiembre, sin embargo no se señalan los requisitos mínimos a cumplir por el mismo. Lo que resulta criticable toda vez que es trámite previo y obligatorio para acceder a otras instancias⁶²².

“...Se considerará que existe defensor del cliente cuando una entidad o conjunto de entidades tenga establecida o se someta formalmente a institución u órgano creado con finalidad de salvaguarda de los derechos e intereses de sus clientes y debidamente comunicado al Banco de España”⁶²³. El defensor del cliente es “aquella persona u órgano de carácter privado e imparcial, creado en el seno de una entidad o grupo de entidades para en el ámbito de actuación de las mismas actuar como mediador en determinados conflictos cliente - entidad, así como asesorar a la entidad acerca de una mejora en las buenas relaciones de confianza con sus clientes”⁶²⁴.

Se presenta como una figura de derecho privado creada para resolver determinadas reclamaciones que se producen en el seno de la entidad que lo constituye, generando un clima de confianza entre la empresa y sus clientes evitando que trasciendan al exterior problemas que pueden afectar a su buena

⁶²² Vide. ANDREU MARTI, Ma. del Mar , *op. cit.*, p. 431.

⁶²³ Norma 14.2 Circular 8/90 del Banco de España.

⁶²⁴ ANDREU MARTI, María de Mar, *op. cit.*, p. 431. La autora hace un estudio de tres reglamentos considerados como ejemplos de los tres tipos de entidades de depósito, el Reglamento del defensor de la clientela del Banco de Bilbao-Viscaya publicado en *RDBB*, no. 23, 1986; Reglamento del defensor del cliente de las cajas de ahorro catalanas y Reglamento del Servicio de defensa del cliente de las Cooperativas de Crédito integradas en la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito. Información que complementamos con BELTRAN, Emilio M. y CAMPUZANO, Ana Belén, “Proyecto de Reglamento del Defensor del Cliente de la Caja de Ahorros de Santander y Cantabria” en AA.VV, *Contratación y Servicio Financiero*, Dir. Francisco Javier Orduña Moreno, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, p. 247 y ss.

imagen y sirviendo de mecanismo de autocontrol del propio funcionamiento del banco. Realiza un importante papel complementario al servicio de reclamaciones del Banco de España y canaliza la reclamación previa antes de acudir a la instancia administrativa o a los tribunales⁶²⁵.

Siendo los clientes los principales destinatarios de las actividades y determinaciones de esta figura, conviene señalar que el concepto de cliente bancario lo podemos entender en sentido amplio como *“aquel que ha contratado efectivamente con la entidad de crédito y aquel que mantiene contactos con ella, si bien con la finalidad de realizar una operación puntual o de informarse sobre los distintos servicios ofertados por aquella en orden a una futura contratación. En sentido estricto entendemos por cliente, aquel que ha contratado con la entidad de crédito (por lo general a través de la apertura de una cuenta) manteniendo una relación contractual normalmente duradera”*⁶²⁶. Las personas que pueden interponer reclamaciones ante el defensor del cliente de una determinada entidad serán aquellas que sean clientes de esa entidad⁶²⁷.

En cuanto a la definición de consumidor bancario se ve condicionada por lo que establece Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU) cuando señala que el cliente de una entidad bancaria merecerá la calificación de *consumidor cuando destine los medios recibidos a satisfacer necesidades similares, personales o domésticas ajenas al mercado*. Para la Ley de Condiciones Generales de Contratación (LCGC), bastará que la persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional⁶²⁸.

“El concepto de cliente bancario utilizado por la normativa sectorial de transparencia bancaria se vincula indistintamente a la clientela potencial

⁶²⁵ BELTRAN, Emilio M. y CAMPUZANO, Ana B. *o.c.* p. 247.

⁶²⁶ FERRANDO VILLALBA, Ma. de Lourdes, “Los contratos bancarios, aspectos generales. Su coste, estipulación, modificación y extinción”, en AA.VV. *Contratación y servicio financiero*, Dir. Francisco Javier Orduña Moreno, Tirant lo blanch, Valencia 2000, p. 58.

⁶²⁷ ANDREU MARTI, María del Mar, *op. cit.*, p. 432.

⁶²⁸ *Vide. O.c.*, p. 32.

(público en general) y a la real (personas físicas o jurídicas que entablan relaciones contractuales con la entidad) si bien cabe advertir una gradación en el nivel de protección dispensado. Se cuida con especial interés la posición de los más débiles, sujetos que coincidirán en la mayoría de ocasiones con los contemplados en las LGDCU Y LCGC⁶²⁹ como consumidores”⁶³⁰.

El defensor del cliente tiene carácter gratuito e independiente respecto a la Entidad en la que se constituye. El objeto sobre el cual pueden versar las reclamaciones son “todas aquellas actuaciones de la entidad que el cliente considere injustas o contrarias a las buenas prácticas y usos bancarios y no excedan de una determinada cuantía fijada por la Entidad. Tampoco tiene que referirse a cuestiones sometidas o resultas en vía judicial o arbitral o que se deban al legítimo ejercicio por la Entidad de su facultad discrecional para celebrar o no determinadas operaciones”⁶³¹.

Al defensor del cliente corresponde una doble función⁶³²:

“a) En relación a la clientela, consistente en el estudio y resolución de las reclamaciones que le sean presentadas por los clientes, que estén motivadas por un funcionamiento negligente, incorrecto o no ajustado a derecho de la entidad en sus relaciones recíprocas.

b) En relación a la entidad de crédito de la que depende, se centra en la presentación de un informe anual en el que exponga ante el órgano competente cuantas recomendaciones considere pertinentes para el logro de una mejora en las buenas relaciones y mutua confianza clientela-entidad conforme a los principios de buena fe y equidad”.

⁶²⁹ Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU) 26/1984 de 19 de julio y Ley de Condiciones Generales de Contratación (LCGC) 7/1998 de 13 de abril

⁶³⁰ ANDREU MARTI, Ma. del M.ar, *op. cit.*, p. 32.

⁶³¹ *Ibidem*, p. 431.

⁶³² *Ibidem*, p. 436.

El procedimiento ante el defensor del cliente, se inicia con la presentación de la reclamación por escrito, que contendrá los datos de identificación del reclamante, hechos y razones de solicitud, así como la declaración de que estos no han sido resueltos o sometidos a vía judicial o arbitral, fecha de reclamación ante la sucursal controvertida, lugar, fecha y firma.

Admitida a trámite la reclamación esta se comunica y traslada a la oficina o sucursal que con su actuación motivó la reclamación para que manifieste lo que a su derecho convenga. Recibidas las alegaciones el defensor procede a analizar lo expuesto por las partes, tomando como referencia la normativa bancaria y de modo preferente los usos del comercio o bancarios aplicables al conjunto de entidades de crédito.

Para la resolución debe tenerse en cuenta que transcurridos dos meses desde la presentación de la reclamación, el cliente es libre, sin más demoras de presentar su reclamación ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España⁶³³.

En cuanto al efecto de las decisiones, la entidad estará obligada, con independencia del contenido de la resolución a acatarla, debiendo proceder a su cumplimiento dentro del plazo que para ello se fije. “Aquí surge la interrogante de quién sancionará y en que consistirá dicha sanción en el supuesto de incumplimiento por la entidad”⁶³⁴.

En relación al cliente reclamante, la aceptación de la resolución es voluntaria exigiéndose como requisito previo a la ejecución de la misma: La declaración de la aceptación en plazo determinado, transcurrido el cual se entenderá que rechaza el contenido de la resolución; renuncia expresa a cualquier otra vía reclamatoria sea esta judicial, arbitral o administrativa. En el supuesto de no conformidad del cliente con el contenido de la resolución

⁶³³ Norma 14.2 de la Circular 8/1990.

⁶³⁴ ANDREU MARTI, María del Mar, *op. cit.*, p. 439.

recaída y transcurrido el plazo de aceptación o comunicada su negativa, éste estará facultado para entablar cualquier otro tipo de acción ⁶³⁵.

La figura del defensor del cliente se distingue del arbitraje porque en éste último, las diferencias surgidas entre dos o más personas se resuelven por un tercero a cuya decisión se someten libre y voluntariamente. La decisión recibe el nombre de laudo y es ejecutable con una sentencia, posee carácter vinculante y ejecutivo para las partes; mientras que las resoluciones dictadas por el defensor del cliente, vinculan únicamente a la entidad, estando el cliente en libertad de aceptarlas o no.

Tampoco puede considerarse como mediación ya que por ésta dos o más personas incapaces de llegar a una solución por si mismas requieren los buenos oficios de un mediador ajeno al conflicto, para que proponga una solución, con la condición de que las partes sean libres de aceptar o rechazar el resultado, por lo que la asimilación de esta figura con la del defensor del cliente tampoco parece posible, al vincular la decisión de éste a la entidad.

De esta forma, la figura del defensor del cliente se encuentra en una posición intermedia entre la mediación y el arbitraje, caracterizada por el hecho de ser vinculante para el banco y voluntaria para el cliente. Esto se debe a que el defensor no es un ente totalmente ajeno a las partes sino que ésta determinado a priori por el establecimiento bancario y depende de éste, por lo que en beneficio del cliente se le ofrece la posibilidad de no aceptar previamente la decisión ⁶³⁶.

El Servicio de Reclamaciones del Banco de España, se encarga de recibir y tramitar las reclamaciones que puedan formular los clientes de las entidades de bancarias sobre actuaciones de éstas que puedan quebrantar las normas de disciplina o las buenas prácticas y usos bancarios. Es un órgano

⁶³⁵ *Ibidem.*

⁶³⁶ *Vide. Ibid.* p. 432.

creado para garantizar la eficacia de la normativa que regula la transparencia del contenido de los contratos de las entidades de crédito en relación con su clientela.

“Es un órgano de naturaleza administrativa, destinado a dictaminar en los conflictos en pequeña escala, que puedan tener los clientes con las entidades de crédito con que se relacionan. Su misión no se extiende más allá de determinar, en cada supuesto concreto examinado, si la actuación de la respectiva entidad apunta hacia un quebrantamiento de la normativa de disciplina bancaria, lo que en su caso y de estimarlo procedente, los órganos del banco llamados a tomar la decisión puede ser objeto, posteriormente, de concreción a través de un expediente disciplinario o sancionador sometido a sus propias normas de procedimiento y resolución ajenas por completo al servicio de las buenas prácticas o usos bancarios”⁶³⁷.

Para la admisión y tramitación de reclamaciones ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, el cliente ha de acreditar haber formulado reclamación por escrito ante el defensor del cliente de la entidad de crédito, que éste último niegue su admisión, que se produzca una resolución no satisfactoria para el cliente y que hubiesen transcurrido dos meses desde la fecha de su presentación sin resolución para el interesado.

La tramitación se lleva a cabo siempre que lo solicite la parte interesada, mediante escrito dirigido al Servicio de Reclamaciones que deberá contener: a) Datos generales del interesado; b) Datos de la entidad a que se refiere la

⁶³⁷ RUBIO VILAR, Juan, “Protección de los Usuarios Bancarios a través del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. La Experiencia del Servicio”, *Crédito y protección del consumidor*, Escuela Judicial, Consejo del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 1996. p. 525. Cuando se habla de buenas prácticas bancarias se hace referencia a “un concepto jurídico indeterminado que en última instancia no supone sino una plasmación concreta del principio de buena fe negocial, consagrado en el artículo 57 del Código de Comercio. Así, en alguna ocasión el Banco de España ha dado una definición genérica de las buenas prácticas bancarias, como aquellas que sin venir impuestas por la normativa disciplinaria ni constituir uso bancario son razonablemente exigibles para la llevanza responsable, dirigente y respetuosa del negocio bancario.” pp. 527, 528.

reclamación y oficina en que se produjo; c) Hechos y razones que motivan la solicitud. Haciendo constar que las mismas no son objeto de litigio ante los Tribunales Ordinarios de Justicia; d) Fecha de presentación de la reclamación ante el defensor del cliente de la entidad reclamada; e) En caso de existir, denegación, admisión o resolución emitida; f) Lugar, fecha y firma; g) Deberá aportarse la documentación que apoye la reclamación.

Recibida la reclamación se procederá a la apertura de expediente. Se notifica al banco afectado para que sea oída y haga las alegaciones que considere convenientes. El expediente deberá resolverse en un plazo máximo de tres meses desde la última actuación que en él conste. Si no fuese posible deberán hacerse constar en el informe final las causas que lo impidieron.

El expediente concluye con el informe motivado del Servicio, al reclamante y establecimiento bancario implicado. Cuando resulte procedente se remitirá el informe con copia del expediente al órgano que a la vista de las conclusiones resulte competente.

Si del informe se deduce que ha existido perjuicio para el reclamante y la entidad de crédito rectificare su situación con aquel, conforme a lo previsto en las conclusiones, deberá ponerlo en conocimiento del Banco de España y justificarlo documentalmente en el plazo de un mes a contar de la notificación del informe. De no recibirse noticias en dicho plazo se procederá al archivo de la reclamación quedando el expediente como antecedente a los efectos legales que procedan. El archivo decretado se entenderá sin perjuicio de las responsabilidades administrativas o de otro orden en que haya podido incurrir la entidad⁶³⁸.

Sin duda esta figura puede ser un instrumento importante en el

⁶³⁸ Véase Orden de 12 de diciembre de 1989 (BOE N°. 303 19.Dic. 89 y Circular 8/1990 BOE N°. 226 20.Sep.90).

mantenimiento de la confianza del público en las operaciones que llevan a cabo los establecimientos bancarios. Sin embargo es necesario que se trabaje sobre una homogeneización en la estructuración de esta figura en todo el sistema financiero. Conviene asimismo, dar mayor difusión sobre su existencia no sólo frente a los clientes sino también entre los propios empleados bancarios.

3.8 Conclusiones del capítulo

Al iniciar éste capítulo, se hizo referencia a la dificultad que representa el estudio de la supervisión en los establecimientos bancarios, no sólo por la diversidad de aspectos que el tema abarca o por la variedad de materias con que se relaciona sino también por las múltiples disposiciones que la regulan y que se complementan unas a otras cuando no se modifican o derogan.

Esto en cierta medida encuentra su explicación en el hecho de que todo cuanto se refiere al tratamiento y regulación del funcionamiento del sistema bancario obliga a tener presentes múltiples matizaciones por cuanto se aborda un mundo de actividades muy variado y complejo, en el que tal vez se haga más evidente que en cualquier otro ámbito, una normativa en permanente evolución dado que la realidad que se pretende regular es mucho más rica y hábil de lo que permite ordenar establemente el más flexible sistema jurídico.

También se hizo alusión a la conveniencia de fijar prioridades en relación a la aplicación de requisitos de supervisión ya que no todos ellos son igualmente importantes, ni responden a las mismas exigencias.

Un elemento común en cualquier economía que haya experimentado turbulencias financieras en los últimos años, ha sido el hecho de contar con sistemas financieros débiles siendo menester instrumentar jurídicamente un intensivo proceso para identificar los elementos vulnerables de estos sistemas

así como las reformas necesarias para corregir sus debilidades. Un punto clave ha consistido en establecer las bases legales para realizar prácticas bancarias sanas y adecuadas, de ahí la importancia de la supervisión y control bancarios.

En éste capítulo se ha intentado, más que hacer un análisis jurídico minucioso y detallado de todas y cada una de las disposiciones que regulan cada aspecto que comprende la supervisión, lo que no deja de ser necesario además de interesante pero que exigiría la elaboración de una investigación particular para cada uno de ellos; enfocar la atención, a destacar su posición en la seguridad del sistema bancario y en la salvaguarda de los depósitos.

Después de revisar las características de algunos de esos aspectos, tomando para ello como elementos básicos las normas contenidas en la legislación española, las cuales se han visto notablemente influenciadas por el desarrollo de la normativa comunitaria y recurriendo a ciertas definiciones y criterios doctrinales; se debe reconocer que mucho se ha avanzado por parte de las autoridades, en la tarea de mejorar las técnicas de supervisión en el sector bancario con el propósito de elevar la calidad de las operaciones, y la madures de los intermediarios; lo que ha contribuido a hacer frente a los requerimientos de coadyuvar a la estabilidad del sistema financiero; a la confianza en las instituciones de crédito y su consecuente protección de los depósitos bancarios de dinero.

No obstante lo anterior, siempre hay cosas por hacer, en ésta como en cualquier otra área. Los riesgos, exigencias y oportunidades que la innovación y globalización abren, lejos de detenerse avanzan a velocidades asombrosas, de ahí que las autoridades deban seguir reforzando su trabajo en materia de supervisión y paralelamente continuar perfeccionando el marco regulatorio. A favor siempre estarán los avances obtenidos hasta el momento y la claridad de los objetivos perseguidos.

En ese sentido, es conveniente que el Estado continúe manteniendo un control determinado sobre la banca, si bien tratando de evitar la intervención en el control administrativo y determinación de las transacciones y centrando su atención en el suministro de bienes públicos como la seguridad de las operaciones, de los recursos de depositantes y acreedores de tal manera que se garantice la confianza en el sistema bancario sin que se obstruya la disciplina de mercado ni se atente contra la libertad de empresa.

La supervisión bancaria viene a constituir una herramienta indispensable para alcanzar esos objetivos. Para eso se requiere que ésta, esté a cargo de una entidad profesionalmente competente; política y jurídicamente autónoma cualquiera que sea su ubicación dentro de la estructura del Estado.

La forma en que se ejerza la fiscalización así como su calidad, estarán determinadas por el grado de soporte legal de que estén investidas las autoridades supervisoras. Es muy importante la existencia de un marco jurídico apropiado que otorgue a estas, independencia operativa; mecanismos administrativos y fundamentos para hacer valer su autoridad y una organización con normas y procedimientos definidos de actuación. Que además le de la posibilidad de contar con un régimen de sanciones bien tipificado donde se establezca la capacidad para imponer correcciones y sanciones cuando las circunstancias lo requieran. Contar con reglamentos y normas a los que habrán de someterse en el desempeño de sus funciones y el marco legal de protección para los supervisores. Por otro lado es indispensable la provisión de los recursos suficientes para cumplir su misión, pues una actividad de supervisión carente de fondos y respaldo no podrá hacer cumplir las normas reguladoras a través de las cuales puedan atacarse en su origen los problemas de los bancos y de esta forma cumplir con su cometido.

Se parte del proceso de otorgamiento de una autorización para ejercer la

actividad, el que debe ser riguroso y establecer las exigencias sobre el capital y la correcta verificación sobre la idoneidad de los accionistas principales y de quienes pretendan adquirir participaciones significativas en el capital así como sobre la capacidad y experiencia de quienes tengan la intención de dirigir el negocio; la actividad que llevan a cabo las entidades bancarias justifica las condiciones específicas para los accionistas y administradores ya que son un elemento indispensable en la seguridad de las instituciones. Ha de consentirse la participación de la propia autoridad supervisora en este proceso toda vez que de esa forma se hace posible que la supervisión abarque todo el ciclo de vida de la entidad. Por otra parte, la autoridad que otorga licencias ha de tener derecho para establecer criterios y rechazar solicitudes cuando no se cumpla con los estándares establecidos.

Resulta imprescindible la existencia de una regulación sobre contabilidad para el manejo de sus sistemas contables pues estos, permiten demostrar la situación de la empresa e identificar problemas con el fin de estar en posición de resolverlos rápidamente. De esta forma, la posibilidad de la existencia en el mercado, de entidades débiles justifica un proceso estricto de autorización y la existencia de un permanente control y supervisión por parte de las autoridades, basado en un sólido y bien estructurado marco legal.

Por otro lado se hace hincapié en la exigencia de recursos propios suficientes, estos representan una poderosa herramienta para hacer entidades más solventes, reducir la probabilidad de quiebra, permitir aislar a los clientes y otras entidades de las consecuencias de una mala gestión y disminuir los incentivos para asumir riesgos excesivos. Constituyen la primera línea de protección de pérdidas inesperadas que afectan a los intereses de los accionistas, acreedores y clientes cumpliendo así con su papel de protector de la integridad de los depósitos y barrera de defensa del ente asegurador de estos. Por ello la autorización administrativa para el ejercicio de la actividad ha de condicionarse a la justificación entre otras cosas de que se cumplen los

requisitos de un capital suficiente.

Junto a la solvencia, la liquidez de que pueda gozar un establecimiento bancario representa un elemento crucial en el funcionamiento del mismo ya que éste estará en posibilidad de continuar su actividad, únicamente en la medida en que clientes y otras entidades bancarias y acreedores en general confíen en que está en condiciones de cumplir sus compromisos.

Otro elemento al que se hizo alusión, se refiere a la información que pueda producirse en la institución bancaria y que viene a ser indispensable para una buena supervisión. Por esto parece relevante el establecimiento de requisitos mínimos para que los bancos provean a las autoridades, clientela y público en general de la información necesaria. La veracidad y claridad en ésta permite a las autoridades detectar posibles riesgos o peligros en los establecimientos bancarios a la vez que da la posibilidad de que otras entidades del sistema no se vean sorprendidas y pueda producirse una crisis generalizada. Por otra parte, permite a los depositantes tomar las precauciones de asumir el riesgo derivado de confiar sus ahorros en una entidad y no en otra.

La transparencia de la información y el perfeccionamiento de la regulación bancarias y de la supervisión en cuanto al proceso de otorgamiento de licencias y exigencias de recursos propios, son evidentemente importantes; sin embargo no son en modo alguno infalibles como instrumento de prevención de las crisis financieras porque también pueden verse afectados por factores de otra índole. Tampoco cabe subestimar los problemas de información que enfrentan las instancias supervisoras. Por lo tanto en un marco regulatorio hay que otorgar particular importancia a los controles internos de los bancos así como a sus propios sistemas de manejo de riesgos.

En consecuencia, la regulación prudencial del riesgo tiene por objeto evitar que las entidades de crédito se aventuren por caminos muy arriesgados y

minimizar las consecuencias adversas a toda asunción de riesgos. En cualquier sistema bancario es necesario impulsar la cultura de la administración de riesgos estableciendo al efecto lineamientos mínimos que han de ser implementados para que sea posible llevar a cabo la identificación de los distintos tipos de riesgos que enfrenta en su actividad. La alternativa más sana es la instauración de una normativa operacional y contable que minimice la dificultad para el supervisor y facilite la transparencia sobre la naturaleza de las operaciones.

Son numerosos los riesgos a los que se enfrenta un establecimiento bancario, para esto se necesita identificar bien estos y determinar los requisitos y normas particulares para afrontar cada uno de ellos. Sin embargo, no hay que perder de vista que las normas prudenciales pretenden disminuir el riesgo no su desaparición si así fuera, se estaría excluyendo al mercado como regulador de la vida financiera. Se trata de garantizar el correcto funcionamiento del sistema bancario antes de producirse la situación de crisis con la finalidad de preservar la confianza del público en el mismo.

Los riesgos se magnifican y la labor supervisora se complica cuando la institución expuesta a ellos pertenece a un conglomerado financiero, económico o una combinación de ambos, ya que el hecho de que un banco este inmerso dentro de un conglomerado lo hace copartícipe de una u otra forma de los riesgos que las compañías hermanas o controladora a su vez enfrentan. Se reclama por esto que las autoridades de supervisión cuenten con facultades que eviten la posible aparición de conglomerados difícilmente controlables, la transparencia de información hacia dentro y fuera de estos grupos es un factor muy importante que merece la atención del supervisor. Una regulación adecuada sobre grupos consolidados, permite a los supervisores tener una visión más amplia de las instituciones que los integran y ser capaces de formarse un juicio global sobre la situación financiera en particular, y de la liquidez, solvencia, riesgo y posiciones de cada miembro y del grupo en

conjunto, logrando como consecuencia una mayor calidad en la función supervisora.

Junto a estos aspectos hay que considerar otros dos de importancia dentro de la supervisión. La inspección y a la auditoria externa. La principal responsabilidad de la inspección se refiere a los depositantes; ésta no sólo tenderá a formar un juicio sobre la situación de la entidad, sino a actuar promoviendo cuantas medidas sean necesarias para proteger los intereses del depositante y asegurar la viabilidad del banco. Por su parte la responsabilidad de la auditoria externa se refiere a los accionistas. La función de los auditores externos debe entenderse como un complemento y una herramienta auxiliar para la autoridad supervisora; viene a constituir un instrumento de apoyo insustituible para llevar a cabo una completa supervisión.

Por la trascendencia que ha adquirido en los años recientes la influencia del ámbito internacional en el desarrollo de las instituciones, se ha hecho alusión también a la importancia que reviste este ámbito en materia del sistema financiero que ha motivado la celebración de acuerdos, generación instancias internacionales y el diseño de redes de protección y apoyo a los sistemas financieros. Siendo importante remarcar la destacada participación de la cooperación internacional que a través del contacto e intercambio de experiencias entre las diversas instancias nacionales de supervisión facilita la efectividad del control de los establecimientos bancarios más allá del ámbito doméstico, lo que constituye una cuestión muy importante en cualquier segmento del mundo financiero por la extraordinaria facilidad que en el campo disfrutaban los operadores para llevar a cabo actuaciones transfronterizas. La nueva economía internacional requiere que la regulación y supervisión trascienda las fronteras nacionales en materia financiera por eso hoy en día la formulación de normas mínimas sobre regulación prudencial y supervisión a nivel nacional debe complementarse con una regulación de carácter global.

La última parte de este capítulo se ha dedicado a la figura del defensor del cliente, que aunque no forma parte concretamente de los instrumentos de control de las entidades bancarias, es una figura importante en la salvaguarda de los intereses de la clientela, tratando de asegurar la confianza de estos que es fundamental en la actividad que desempeñan los institutos bancarios.

Por último, como parte de un control y supervisión efectivos de la entidad bancaria, se considera urgente que en la materia se haga un esfuerzo por elaborar una normativa, puesta al día y que evite la dispersión y continuas remisiones a otras disposiciones que hacen que el marco normativo se convierta en un terreno diverso y confuso, haciendo doblemente difícil su análisis.