

La supervisión pública sobre las entidades bancarias *

Manuel Izquierdo Carrasco

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Acreditado al Cuerpo de Catedrático de Universidad
Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. EL CONCEPTO DE SUPERVISIÓN PÚBLICA BANCARIA: 1. *La supervisión pública bancaria como una pieza dentro del conjunto de la supervisión pública de las entidades financieras*: 1.1. La supervisión pública sobre las entidades financieras. 1.2. El encuadre de los bancos entre las entidades de crédito y delimitación de nuestro objeto de estudio. 2. *La noción de supervisión pública bancaria*: 2.1. Noción amplia. 2.2. Noción estricta. 2.3. Exclusión de la supervisión difusa por el mercado. 2.4. El ámbito material y finalista de la supervisión pública bancaria.—II. LAS ACTUACIONES A TRAVÉS DE LAS QUE SE MANIFIESTA LA SUPERVISIÓN BANCARIA.—III. LA FORMALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE SUPERVISIÓN BANCARIA: 1. *Actos de habilitación de naturaleza organizativa*. 2. *Actos por los que la Administración consiente al particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida*. 3. *Actos por los que la Administración efectúa una determinación singular del régimen jurídico aplicable*. 4. *Comunicaciones previas con reserva de oposición*. 5. *Inscripciones en Registros Públicos*.—IV. LA SUPERVISIÓN BANCARIA Y SUS POTESTADES: 1. *El lento camino hacia un necesario reconocimiento legal de las potestades de supervisión bancaria*. 2. *El catálogo de las potestades de supervisión bancaria*.—V. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA SUPERVISIÓN BANCARIA: 1. *Es un control modulado por el otorgamiento normativo de amplísimos márgenes de decisión al ente supervisor*. 2. *Es un control que tiene como objeto los aspectos más sensibles de cualquier actividad empresarial*. 3. *Las dificultades de un control judicial efectivo*.—VI. EL FUNDAMENTO DE LA ESPECIAL INTENSIDAD E INTERVENCIONISMO DE LA SUPERVISIÓN BANCARIA Y DE LA PROPIA LEGISLACIÓN SOBRE ENTIDADES DE CRÉDITO.—VII. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA COMPETENTE PARA EJERCER LA SUPERVISIÓN BANCARIA: 1. *La atribución de la supervisión bancaria al Banco de España y algunas notas de su régimen jurídico*: 1.1. Derecho privado *versus* Derecho público. 1.2. La autonomía del Banco de España y las funciones supervisoras. 1.3. El régimen del personal inspector. 2. *La coordinación con otras autoridades de supervisión*. 3. *La relación con las funciones de la Autoridad Bancaria Europea*: 3.1. Funciones de coordinación, normalización y apoyo. 3.2. Funciones directas de supervisión. 3.3. La adopción de decisiones individuales dirigidas a las autoridades estatales de supervisión o a las entidades financieras.

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación del Plan Nacional «La actividad administrativa de limitación. Nuevas orientaciones en actividades reguladas, ordenación de mercados y régimen sancionador», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación durante el período 2010-2012 y fondos FEDER (DER2009-12146), y dirigido por el Prof. Dr. D. Manuel Rebollo Puig.

I. El concepto de supervisión pública bancaria

1. *La supervisión pública bancaria como una pieza dentro del conjunto de la supervisión pública de las entidades financieras*

1.1. *La supervisión pública sobre las entidades financieras*

Las piezas claves del sector financiero han sido tradicionalmente las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión y las entidades aseguradoras y reaseguradoras. A estas, habría que añadir actualmente las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y las entidades gestoras de fondos de pensiones ¹. Precisamente, son todos estos entes los que se califican como «entidades reguladas» por la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros, a los efectos de la consideración de la existencia de lo que se ha dado en denominar «conglomerado financiero». El buen funcionamiento de este sector constituye un elemento clave para la estabilidad del sistema económico en su conjunto y el desarrollo de la economía real, pero no son estos los únicos intereses públicos que justifican una intensa intervención de los poderes públicos en prácticamente todo el devenir de estas entidades ², acompañada del otorgamiento a las Administraciones públicas de las correspondientes potestades de supervisión sobre su actividad ³. En particular, a propósito de las entidades de crédito es habitual referirse a la garantía de la eficacia en la provisión de recursos y acceso al crédito; a la tutela de estas instituciones frente a sus titulares; a la protección de la clientela; a la protec-

¹ En cualquier caso, el catálogo de entidades que integran este sector económico es todavía mayor. Una muestra de ello puede encontrarse en la definición de «entidad financiera» que ofrece el artículo 1 de la Directiva 2006/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (refundición), en conexión con las actividades recogidas en su Anexo I (servicios de pago, concesión de garantías, participación en la emisión de títulos, intermediación en los mercados interbancarios, etc.).

² Intensidad que no solo se manifiesta desde un punto de vista sustantivo, sino incluso formal. Así, recientemente, se ha introducido un nuevo «1 quater» en el artículo 43 bis LDIEC que establece lo siguiente: «el Banco de España podrá comunicar y requerir a las entidades sujetas a sus facultades de supervisión, inspección y sanción previstas en esta Ley, por medios electrónicos, las informaciones y medidas recogidas en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo. Las entidades referidas tendrán obligación de habilitar, en el plazo que se fije para ello, los medios técnicos requeridos por el Banco de España para la eficacia de sus sistemas de comunicación electrónica, en los términos que éste adopte al efecto».

³ HUERTA DE SOTO, J., llega a afirmar que «la organización del sistema bancario está mucho más próxima a la economía socialista que a la economía de mercado», aunque esta afirmación debe situarse en un análisis crítico de la actual configuración del sistema bancario y de la reserva fraccionaria (*Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Unión Editorial, Madrid, 2009, 4.ª ed., p. 507).

ción de la buena fe; a la garantía del buen funcionamiento de los sistemas de pagos; a su conexión con la política monetaria, etc.⁴

En el caso de España, esa actividad de supervisión se reparte entre diversas organizaciones administrativas: las entidades de crédito son supervisadas fundamentalmente por el Banco de España, aunque —como después se verá— con una limitada intervención de las Comunidades Autónomas; las empresas de servicios de inversión y las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva son supervisadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores; y las entidades aseguradoras y reaseguradores, así como las entidades gestoras de fondos de pensiones, son supervisadas por el Ministerio de Economía y Hacienda, a través de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones⁵.

Las similitudes entre las actividades de supervisión sobre estos entes y las frecuentes relaciones entre los distintos tipos de entidades financieras han originado que la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, refiriéndose a las actuaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Ministerio de Economía, mencione la necesidad de «armonizar... los criterios y programas que amparen las técnicas y prácticas de supervisión» o la «homogeneización de procedimientos

⁴ Entre otros, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 65 y 297 y ss.; MARTÍN MATEO, R., *Derecho Público de la Economía*, CEURA, Madrid, 1985, pp. 195 y 196; FERNÁNDEZ, T.-R., «Los poderes públicos de ordenación bancaria y su eficacia preventiva», en *Libro Homenaje al Prof. Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 409 y ss.; FRANCH I SAGUER, M., *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorro*, Civitas, Madrid, 1992; FERNÁNDEZ MARQUES, H., «Las potestades de dirección y supervisión. Especial referencia a las del Banco de España», *Estudios de Derecho Público Bancario*, dir. S. MARTÍN-RETORTILLO, CEURA, Madrid, 1987, pp. 121-122; PAREJA I LOZANO, C., *Los poderes de supervisión bancaria en el sistema federal norteamericano*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 13 y 14. Este mismo autor también da cuenta de ciertas posiciones críticas que ponen en tela de juicio esta pretendida singularidad de las entidades de crédito respecto a otros agentes que intervienen en el proceso económico, aunque como el mismo autor destaca estas críticas tienen una estrecha relación con ciertas características singulares del sistema norteamericano (*ibidem*, pp. 92 y ss.).

⁵ Como se ha dicho, esta enumeración no agota el catálogo de entidades financieras. Por tanto, habrá que atender a la concreta normativa reguladora de cada una de esas otras entidades financieras para conocer a qué ente se atribuye su supervisión, correspondiendo en algunos casos al propio Banco de España (por ej., las entidades de dinero electrónico —*ex art. 20 Ley 21/2011 de dinero electrónico*—). Por su alcance general, tiene un especial interés la DA 10.^a LDIEC que «en relación con las personas físicas o jurídicas que, sin estar inscritas en algunos de los registros administrativos, legalmente previstos para entidades de carácter financiero, ofrezcan al público la realización de operaciones financieras de activo o de pasivo o la prestación de servicios financieros, cualquiera que sea su naturaleza» faculta al Ministerio de Economía y Hacienda, para «realizar, por sí o a través del Banco de España, las inspecciones que se consideren necesarias a efectos de...».

o prácticas concretos» (disposición adicional segunda). Más aún, los intensos vínculos entre este tipo de entidades —que, en muchas ocasiones, forman grupos empresariales (esos «conglomerados financieros») — han puesto de manifiesto, tanto para el derecho comunitario como para el español, no solo la necesidad de esa armonización y coordinación de las actividades de supervisión en cada uno de esos subsectores; sino también la de establecer unos requisitos adicionales a los fijados individualmente en cada actividad financiera, tanto de solvencia como de otros aspectos (por ej., la gestión de riesgos). A ese planteamiento responde la mencionada Ley 5/2005, de supervisión de conglomerados financieros.

Igualmente, estas realidades (interrelación entre las distintas actividades financieras, ámbito de actuación supraestatal, necesidad de coordinación entre las distintas autoridades de supervisión, etc.), junto con la constatación de la necesidad de una respuesta a escala comunitaria, constituyen la base de la profunda reforma de la actividad de supervisión sobre el sistema financiero realizada recientemente en el seno de la Unión Europea ⁶. En esta línea, se ha instituido el denominado Sistema Europeo de Supervisión Financiera (SESF), integrado por los siguientes sujetos: la Junta Europea de Riesgo Sistémico, creada en virtud del Reglamento (UE) n.º 1092/2010; la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), creada en virtud del Reglamento (UE) n.º 1093/2010; la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación), creada en virtud del Reglamento (UE) n.º 1094/2010; la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), creada en virtud del Reglamento (UE) n.º 1095/2010; el Comité Mixto de las Autoridades Europeas de Supervisión (Comité Mixto) previsto en el artículo 54 del Reglamento (UE) n.º 1093/2010, del Reglamento (UE) n.º 1094/2010 y del Reglamento (UE) n.º 1095/2010; y las autoridades de supervisión de los Estados Miembros ⁷.

⁶ Los pilares de esa reforma ya se han aprobado, pero esta es de mayor alcance. A este respecto, destacan las medidas destinadas a la regulación de las Agencias de Calificación Crediticia —algunas aprobadas y otras en debate—, así como a la supervisión del denominado mercado OTC («*over the counter*»). Este último es todo aquel que queda fuera de la operativa de las bolsas y otros mercados regulados y que, por tanto, en su mayor parte, queda fuera del ámbito de las entidades de supervisión. Según algunas estimaciones, este mercado puede representar el 90% de la negociación en derivados; el 90% del mercado de bonos; y el 45% del de renta variable (fuente: MARTÍNEZ, F., «El negocio OTC, donde de verdad se mueve el dinero», www.cinco-dias.com, 17.9.2011). Las cifras hablan por sí mismas. A este respecto, *vid.* la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los derivados OTC, las contrapartes centrales y los registros de operaciones —COM(2010) 484 final, de 15 de septiembre de 2010—.

⁷ Sobre la relación entre las funciones atribuidas a estas Autoridades Europeas y las propias de la autoridad de supervisión bancaria española (el Banco de España) volveremos más adelante.

La formalización jurídica de este sistema se ha realizado de manera poco armoniosa, pues su estructura y régimen de funcionamiento se reiteran en todos los reglamentos mencionados, en ocasiones de manera mimética, en otras solo con las modificaciones correspondientes a la Autoridad de la que se trate y, en otras, con ciertas adiciones o diferencias que plantean mayores interrogantes jurídicas. A nuestro juicio, hubiera sido más razonable el establecimiento de una regulación común mínima, pues el esquema seguido lleva a situaciones completamente absurdas y casi esperpénticas, como que el Comité Mixto de las Autoridades Europeas de Supervisión se cree y regule de manera prácticamente mimética en el artículo 54 y siguientes de los Reglamentos 1093/2010; 1094/2010 y 1095/2010 —siempre en el mismo precepto—. Repetimos, el mismo Comité se crea formalmente hasta en tres ocasiones, una en cada Reglamento. Lo mismo ocurre a la hora de delimitar el objetivo del Sistema Europeo de Supervisión Financiera, aunque aquí el panorama es un tanto desconcertante pues se han utilizado dos fórmulas distintas para referirse a lo que solo puede ser una realidad: el artículo 1.2 Reglamento (UE) n.º 1092/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, relativo a la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión Europea y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico, establece que su objetivo es «garantizar la supervisión del sistema financiero de la Unión»; por su parte, el artículo 2.1 del Reglamento (UE) n.º 1093/2010 afirma que «el principal objetivo del SESF será garantizar la correcta aplicación de la normativa correspondiente al sector financiero, a fin de preservar la estabilidad financiera y garantizar la confianza en el sistema financiero en su conjunto y una protección suficiente para los consumidores de los servicios financieros»; esta misma es la fórmula recogida en el artículo 2.1 del Reglamento (UE) n.º 1094/2010 y del Reglamento (UE) n.º 1095/2010.

1.2. *El encuadre de los bancos entre las entidades de crédito y delimitación de nuestro objeto de estudio*

El ámbito objetivo de la noción «entidad de crédito» se delimita en el artículo 1 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, que ha sido objeto de una reciente modificación mediante la Ley 21/2011 que, a nuestro juicio, ofrece un resultado más coherente⁸. El

⁸ En cuanto a las cuestiones de fondo, lo más destacado es la eliminación de las entidades de dinero electrónico de la noción de entidad de crédito, incorporando así a nuestro ordenamiento la modificación realizada por la Directiva 2009/110/CE, de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, en la Directiva 2006/48/CE. Este encuadre era claramente forzado, como se reconoce en diversos considerandos de la Directiva 2009/110/CE: «La emisión de dinero electrónico no constituye una ac-

punto de partida es el apartado primero que califica como entidad de crédito «toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza»⁹. Desde la redacción originaria de este precepto —que empleaba el término de «establecimiento de crédito»— se han mantenido los dos elementos esenciales que configuran la definición: por un lado, la recepción del público de fondos reembolsables; y por otro, la concesión de créditos con esos fondos.

Sobre esta base, el apartado segundo enumera una serie de entidades a las que califica expresamente como entidad de crédito. Este listado puede estructurarse en dos grupos de entidades:

— Aquellas que responden perfectamente a la noción ofrecida en el apartado primero y donde, por tanto, el apartado segundo opera como una mera reiteración o concreción. En este grupo, se integran los Bancos, las Cajas de Ahorro y las Cooperativas de Crédito. También se incluye aquí la Confederación Española de Cajas de Ahorro que es la asociación nacional de las cajas de ahorro españolas y sus entidades adheridas y que mediante este reconocimiento se le permite realizar actividades propias de entidad de crédito —funda-

tividad de recepción de depósitos de acuerdo con la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, a la vista de su carácter específico como un sustituto electrónico de monedas y billetes para su uso como modo de pago, generalmente de cantidades limitadas y no como medio de ahorro» (13); «La posibilidad de obtener el reembolso no supone, en sí misma, que los fondos recibidos a cambio de dinero electrónico deban considerarse depósitos u otros fondos reembolsables a los efectos de la Directiva 2006/48/CE» (18); y finalmente explica que aunque «de acuerdo con la Directiva 2006/48/CE, las entidades de dinero electrónico se consideran entidades de crédito, si bien no pueden aceptar depósitos del público ni otorgar créditos con los fondos recibidos del público» (25), por lo que concluye que «resulta oportuno modificar la definición de entidad de crédito que establece la Directiva 2006/48/CE, al objeto de garantizar que las entidades de dinero electrónico no se consideren entidades de crédito» (25).

⁹ Sobre el concepto de entidad de crédito, *vid.* SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., *Banca Pública y Mercado. Implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*, Ministerio de Administraciones Públicas, INAP, Madrid, 2000, pp. 94 y ss.; de la misma autora, «De la Banca Pública a las entidades de crédito públicas: delimitación y tipología. El caso español», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB)*, n.º 121, 2011, pp. 100-103; SÁNCHEZ CALERO, F., «La delimitación de la figura de entidad de crédito y la de otros sujetos», *RDBB*, n.º 28, 1987, pp. 715 y ss; FERNÁNDEZ, T.-R., «Artículo 39», en *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención en las entidades de crédito*, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social, Madrid, 1991, pp. 133-136; POMED SÁNCHEZ, L. A., «Algunas reflexiones sobre los problemas actuales del Derecho público bancario en España», *RDBB*, n.º 62, 1996, pp. 391-393; y LATORRE DÍEZ, J., *Regulación de las entidades de crédito en España*, Fundación de las Cajas de Ahorro Confederadas para la investigación económica y social, Madrid, 1997, pp. 30-32.

mentalmente, con carácter mayorista, a sus propios asociados, y al público en general, de manera muy residual—.

— Aquellas que no encajan en la mencionada noción, en particular, el Instituto de Crédito Oficial —que tiene un reconocimiento expreso en el art. 2 de la Directiva 2006/48— y los Establecimientos Financieros de Crédito. La disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la Legislación Española en Materia de Entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al Sistema Financiero, que es la que contiene el régimen legal básico de los establecimientos financieros de crédito, establece que estas entidades «no podrán captar fondos reembolsables del público, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otros análogos, cualquiera que sea su destino». Por tanto, tienen expresamente prohibido la realización de uno de los elementos que integran la noción de entidad de crédito, por lo que esta mención expresa no es una mera concreción, sino que era necesaria si se quería someter a estas entidades al régimen general de las entidades de crédito. En cualquier caso, la redacción de la mencionada disposición adicional primera no es tampoco muy afortunada pues comienza afirmando que «tendrán la consideración de establecimientos financieros de crédito aquellas entidades que no sean entidad de crédito...», cuando —como se está exponiendo— estos establecimientos son calificados expresamente como entidad de crédito. En puridad, lo que el precepto querría decir es que no estuviera constituida como alguna de las otras tipologías de entidad de crédito (banco, caja de ahorros, etc.).

Pero esta enumeración analizada despliega otro efecto jurídico de gran relevancia: agota el catálogo y la forma jurídica que deben adoptar aquellas entidades que quieran realizar las actividades propias de las entidades de crédito. O dicho de otra forma, para que un determinado ente pueda ejercer una de las actividades propias de las entidades de crédito tiene que constituirse o como un Banco, o como una Caja de Ahorros, o como una Cooperativa de Crédito, o ser la Confederación Española de Cajas de Ahorro o el Instituto de Crédito Oficial. Las únicas matizaciones que cabría hacer serían aquellas derivadas de la regulación de los derechos de libertad de establecimiento y prestación de servicios en este ámbito. Así, por ej., si una asociación de constructores inmobiliarios quisiera recibir fondos del público y conceder préstamos tendría que constituir necesariamente, por ej., un banco. Como asociación no podría realizar tales actividades —eso explica la necesidad de la mención expresa a la Confederación Española de Cajas de Ahorros—. En consecuencia, no puede haber otras entidades de crédito más allá de las enumeradas en ese apartado, de tal manera que para poder realizar las actividades propias de las entidades de crédito quien esté interesado tiene que adaptarse a una de esas formas. Cierta-

mente, una interpretación aislada y literal del precepto podría llevar a otra conclusión ¹⁰. Sin embargo, a nuestro juicio, esta previsión debe ponerse en conexión con el artículo 28 LDIEC que dispone que «ninguna persona física o jurídica, nacional o extranjera, podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros, ejercer en territorio español las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito o utilizar las denominaciones genéricas propias de estas u otras que puedan inducir a confusión con ellas». Por tanto, es necesaria una autorización e inscripción en registro y esos regímenes de autorización y de inscripción solo se han previsto, en lo que ahora nos ocupa y con las matizaciones que ya adelantamos, para la tipología de entes mencionados. Esto es, no puede haber una entidad de crédito que no responda a uno de esos tipos porque no solo existen autorizaciones para ellos.

Pues bien, una vez delimitado el concepto de entidad de crédito, debemos precisar que nuestro estudio, no solo por motivos de coherencia sino también de extensión, se centrará en la supervisión sobre los bancos. En sus grandes líneas, esta actividad de supervisión es común a la que se realiza sobre el resto de entidades de crédito, pero dejaremos de lado todas aquellas peculiaridades, incluso de carácter competencial, que presentan estas otras.

2. *La noción de supervisión pública bancaria*

Cuando juristas, economistas, políticos o periodistas se refieren a la supervisión bancaria no siempre lo hacen en un sentido unívoco. Sin perjuicio de algunos planteamientos mixtos ¹¹, pueden distinguirse dos nociones de supervisión bancaria ¹²: una amplia y otra de carácter estricto o reducido.

¹⁰ En esta otra línea, SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., concluye que «como consecuencia de la interpretación literal de la norma como por razones de oportunidad, debe prevalecer el criterio de determinación funcional de entidad de crédito» («De la Banca Pública a las entidades de crédito públicas...», *op. cit.*, p. 103). No obstante, mi divergencia con este planteamiento no es tanto en la prevalencia del criterio funcional —que es correcta—, sino en el hecho de que considero que cualquier entidad cuya actividad encaje en ese criterio debe adoptar necesariamente una de las formas del apartado segundo del precepto y si no es así no puede ejercerla lícitamente.

¹¹ A medio camino entre la noción amplia y la estricta que se expondrán inmediatamente, HERNÁNDEZ MARQUES, H., considera que «la potestad de supervisión e inspección, constituye el poder de comprobar el cumplimiento por las entidades de depósito de que se trate de las normas y disposiciones que enmarcan su ámbito de actuación y, en su caso, de las directrices que la autoridad titular de la potestad establezca en el ejercicio debido de la misma», esto es, incluye en la potestad de supervisión la facultad de dictar directrices —lo que es una clara referencia a la potestad normativa del Banco de España— («Las potestades de dirección y supervisión. Especial referencia a las del Banco de España», *Estudios de Derecho Público Bancario*, dir. S. MARTÍN-RETORTILLO, CEURA, Madrid, 1987, p. 124).

¹² En general, sobre la noción de supervisión administrativa, *vid.* MAGIDE HERRERO, M.,

2.1. *Noción amplia*

En un sentido amplio, se habla de supervisión o, más propiamente, de un modelo de supervisión, que estaría construido sobre la base de cuatro elementos: en primer lugar, el conjunto de normas que rigen tanto el acceso de las entidades bancarias a la actividad que les es propia como su ejercicio; en segundo lugar, toda la actividad de control que las Administraciones públicas realizan sobre las entidades bancarias para verificar que cumplen con la mencionada normativa; en tercer lugar, la utilización de las potestades coactivas que la misma normativa otorga a las Administraciones públicas como medio de reacción ante situaciones de incumplimiento; y finalmente, el correspondiente régimen sancionador ¹³. En definitiva, el término de supervisión o modelo de supervisión se equipararía al de régimen de intervención pública sobre las entidades de crédito o a esa «disciplina de entidades de crédito» que da título a la Ley 26/1988, de 29 de julio ¹⁴. Una muestra de esa concepción amplia puede encontrarse en la parte expositiva del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras, donde se afirma que «uno de los instrumentos fundamentales de dicha supervisión financiera es el requerimiento a las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión de niveles concretos de recursos propios...». Esto es, la regulación de

Límites constitucionales de las administraciones independientes, INAP, Madrid, 2000, pp. 315 y ss. Además, este autor ofrece una interesante y amplia exposición del análisis de este concepto por parte de la doctrina alemana. *Vid.* también STOBER, R., que define la supervisión económica como «la actividad por la que la Administración observa, limita y encauza la vida económica, mediante medidas administrativas que suponen una injerencia en aquélla con el fin de salvaguardar la seguridad y el orden públicos frente a efectos amenazantes resultantes de la actividad económica, de superar la molestias en la seguridad y orden públicos, de dictar medidas de previsión para evitar peligros y para el control de que se observe el Derecho administrativo económico» (*Derecho Administrativo Económico*, trad. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., MAP, Madrid, 1992, p. 189). Fácilmente se observa que en esa definición predomina la concepción policial de la supervisión económica (seguridad y orden públicos), aunque finaliza la definición con esa referencia genérica a la observancia del Derecho administrativo económico.

¹³ En esta línea amplia, *vid.* PAREJA I LOZANO, C., *Los poderes de supervisión bancaria en el sistema federal norteamericano*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 13.

¹⁴ Sobre esta equiparación entre la expresión «disciplina bancaria» y «supervisión bancaria», *vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en el prólogo a la obra *Intervención administrativa sobre Bancos y Cajas de Ahorro*, de M. FRANCH I SAGUER, p. 17.

Por su parte, FERNÁNDEZ, T.-R., critica la noción de supervisión pues, al catalogar jurídicamente el sector bancario como un ordenamiento sectorial, considera que esta noción no explica la integración entre las entidades de crédito y el Banco de España en ese grupo organizado que constituye un elemento característico de la construcción dogmática de los ordenamientos sectoriales («Supervisión y disciplina bancaria en el proyecto de Ley sobre Disciplina e Intervención en las Entidades de Crédito», *Papeles de Economía Española*, n.º 36, 1988, p. 50; y «El ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis», *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, ..., *op. cit.*, pp. 20-22).

las exigencias de recursos propios —que es precisamente el objeto del mencionado Real Decreto, en desarrollo de lo previsto en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros— como un instrumento de la actividad de supervisión.

2.2. *Noción estricta*

En un sentido estricto, la supervisión pública bancaria se podría definir como el conjunto de instrumentos de intervención administrativa en la actividad de los bancos con la finalidad mediata o inmediata de verificar o controlar que dicha actividad y sus sujetos se ajustan a los deberes, prohibiciones o requisitos establecidos legal o reglamentariamente con la finalidad de garantizar su solvencia y la confianza en su funcionamiento y, en último término, que no se pone en peligro o se perturba la estabilidad del conjunto del sistema financiero. A nuestro juicio, este planteamiento delimita una realidad jurídica más uniforme, en la que la aprobación de esa normativa cuyo cumplimiento debe verificarse es un presupuesto previo de la actividad de supervisión. Además, esa normativa no solo establecerá el modelo que debe servir de referencia a la propia actividad de supervisión o control, sino que también delimitará su alcance y contenido ¹⁵. Por otra parte, la adopción de medidas de reacción ante incumplimientos, tanto de carácter sancionador como no sancionador, será algo posterior y de naturaleza jurídica distinta, que igualmente deberá estar previsto en la mencionada normativa ¹⁶. A nuestro juicio, esa distinta naturaleza jurídica —incluso con sometimiento a principios de actuación diversos (por ej., la potestad sancionadora)— no hace conveniente la inclusión de estas otras modalidades de la actividad administrativa en la noción de supervisión bancaria, aunque puedan estar atribuidas a la misma autoridad e incluso pue-

¹⁵ Sobre la distinción entre supervisión y ordenación o regulación, *vid.* MAGIDE HERRERO, M., *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000, pp. 341 y ss.

¹⁶ Por su parte, MAGIDE HERRERO, M., incluye estas potestades administrativas en la actividad de supervisión. Así, define esta como «la actividad de la Administración limitativa de la libertad de los administrados mediante la cual se pretende garantizar que los sujetos privados, o públicos que actúan en régimen de Derecho privado, que operan en determinado sector o desarrollan una determinada actividad se ajusten en su actuación a lo establecido en la ordenación de dicho sector o actividad. Esta garantía suele basarse en un control previo, a través del ejercicio de potestades de autorización, en un seguimiento de la actividad, mediante el ejercicio de facultades de vigilancia e inspección, en la posibilidad correctora de imponer mandatos imperativos, y en un control represivo, mediante el ejercicio de la potestad sancionadora» (*Límites constitucionales...*, *op. cit.*, p. 324). También incluye la potestad sancionadora en la actividad de supervisión bancaria, FRANCHI SAGUER, M., *Intervención administrativa...*, *op. cit.*, pp. 315 y ss.

dan tener una cierta relevancia indirecta sobre la actividad propiamente de supervisión, so riesgo de diluir desde un punto de vista jurídico la noción de supervisión.

Este planteamiento estricto está presente en nuestro Derecho positivo. Así, el artículo 7.6 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España (en adelante, LABE), atribuye a este ente la función de «supervisar, conforme a las disposiciones vigentes, la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito...». Esto es, la función de supervisión como algo posterior y distinto de las potestades normativas. En la misma línea, también puede citarse la caracterización de las acciones que el artículo 12 bis de la Ley 13/1985 incluye dentro de la actividad de supervisión: revisar, evaluar, determinar si se cumple, etc.

2.3. *Exclusión de la supervisión difusa por el mercado*

Conforme a la noción propuesta, queda fuera de la noción de supervisión pública bancaria aquella supervisión de carácter difuso que realiza el propio mercado sobre las entidades de crédito y que está también recogida en los acuerdos del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. En junio de 2004, este Comité publicó el documento «Convergencia Internacional de medidas y normas de capital: marco revisado», más conocido como Basilea II. Tanto Basilea II, como las Directivas comunitarias que han tomado ese documento como punto de referencia, desarrollan un conjunto de medidas estructuradas sobre la base de los denominados «Tres Pilares». Pues bien, precisamente, el Tercer Pilar «responde al efecto disciplinario que ejerce el escrutinio del mercado obligando a las entidades a divulgar ante éste información sobre los aspectos clave de su perfil de negocio, exposición al riesgo y formas de gestión del riesgo» (Exposición de Motivos del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero).

Como se afirma en el documento «Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz»¹⁷, «la eficacia de la disciplina del mercado depende en parte de que los participantes del mercado cuenten con adecuados flujos de información...». En esta línea, resulta fundamental el artículo 10 ter de la Ley 13/1985 que impone a los grupos consolidables de entidades de crédito y a las entidades de crédito no integradas en unos de esos grupos el deber de elaborar y hacer público, al menos con periodicidad anual, un documento denominado «Información con relevancia prudencial». Este documento deberá contener «información concreta sobre aquellos datos de su situación financiera y

¹⁷ Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, Banco de Pagos Internacionales, Basilea, octubre de 2006, p. 7.

actividad en los que el mercado y otras partes interesadas puedan tener interés con el fin de evaluar los riesgos a los que se enfrentan, su estrategia de mercado, su control de riesgos, su organización interna y su situación al objeto de dar cumplimiento a las exigencias mínimas de recursos propios...».

2.4. *El ámbito material y finalista de la supervisión pública bancaria*

Los bancos, como cualquier entidad, están sujetos al cumplimiento de una pluralidad ingente de normas con finalidades diversas e incluso, en algunos supuestos, parcialmente coincidentes (normativa fiscal, laboral, de seguridad ciudadana, de protección de datos de carácter personal, de seguridad industrial en sus oficinas y edificios, medioambiental, de protección de los usuarios de los servicios bancarios, etc.). Sin embargo, cuando se utiliza la expresión supervisión bancaria no se está pensando en la actividad que realizan distintas Administraciones públicas y diversos órganos dentro de estas con la finalidad de verificar el cumplimiento de toda esta normativa. Esa actividad de control existe, pero no es la denominada «supervisión bancaria».

Lo que otorga sustantividad a la supervisión bancaria, como se ha destacado, es la finalidad de la normativa cuyo cumplimiento verifica. A este respecto, la supervisión bancaria tiene como objeto el control del cumplimiento de una normativa cuya finalidad, de manera directa o indirecta, gira alrededor de los conceptos de solvencia, confianza y estabilidad¹⁸. Se trata, por tanto, de unos fines de marcado carácter económico. Sobre esa base, las materias esenciales sobre las que versa esa normativa son las siguientes, aunque debe advertirse sobre la estrecha relación existente entre prácticamente todas ellas:

— Sus recursos propios¹⁹.

¹⁸ Aunque no procede ahora que nos ocupemos de ello, siquiera debe dejarse reseñada la importancia que en este conjunto normativo adquieren las decisiones, acuerdos o recomendaciones adoptados por ciertas instancias internacionales. Sobre esta cuestión, *vid.* DARNACULLETA I GARDELLA, M. y SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., «Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera», *RAP*, n.º 183, 2010, pp. 139-177.

¹⁹ *Vid.* la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros; el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras; la Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos; Circular 2/2011, de 4 de marzo, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre coeficiente de financiación mayorista; el Reglamento CE n.º 1745/2003, del Banco Central Europeo, de 12 de septiembre de 2003, relativo a la aplicación de las reservas mínimas; Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero; y Real Decreto 1332/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero.

- Sus propietarios y órganos de dirección ²⁰.
- Su organización administrativa de funcionamiento y contable ²¹.
- Su gestión de riesgos ²².
- La transparencia e información al mercado ²³.

²⁰ Se establecen requisitos para los miembros de sus órganos de dirección y sus propietarios, así como una regulación de la adquisición de participaciones relevantes. *Vid.* el artículo 43 LDIEC y el Título VI, sobre régimen de las participaciones significativas, de esa misma Ley; el Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, de creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito; la Ley 31/1968, de 27 de julio, que establece el régimen de incompatibilidades y limitaciones de los presidentes, consejeros y altos cargos ejecutivos de la Banca privada; el Decreto 702/1969, de 26 de abril, que desarrolla la Ley 31/1968, sobre régimen de incompatibilidades de altos cargos de la Banca y determinación de límites en concesión de créditos; la Orden de 22 de mayo de 1969, del Ministerio de Hacienda, que crea el Registro Oficial de Altos Cargos de la Banca; la Orden de 20 de septiembre de 1974, del Ministerio de Hacienda, de ampliaciones de capital.

²¹ *Vid.* artículos 43 y 48.1 LDIEC; la Orden de 31 de marzo de 1989, del M.º de Economía y Hacienda, por la que se faculta al Banco de España para establecer y modificar las normas contables de las entidades de crédito; Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad; Circular 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros (BOE de 30) (corrección de errores BOE de 28 de junio de 2006); Circular 6/2008, de 26 de noviembre, del Banco de España, a entidades de crédito, de modificación de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros (BOE de 10 de diciembre); Circular 2/2010, de 27 de enero, del Banco de España, a entidades de crédito, de modificación de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros (BOE de 5 de febrero); Circular 3/2010, de 29 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito, de modificación de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros (BOE de 13 de julio); Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero; y Real Decreto 1332/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero.

²² Fundamentalmente, la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros; el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras; Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero; y Real Decreto 1332/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero.

²³ El comentado artículo 10 ter de la Ley 13/1985, que se desarrolla por los artículos 73 y 74 del Real Decreto 216/2008 y en la Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos. Y con un alcance más amplio, ciertas previsiones de la legislación societaria y del mercado de valores.

— E incluso, en tiempos muy recientes, la política de retribuciones, particularmente de sus administradores y directivos ²⁴.

Junto a esta normativa que se vincula de manera directa con las finalidades mencionadas, también se incluye dentro de la supervisión bancaria el control de otra normativa cuya conexión es de carácter indirecto ²⁵:

— La normativa sobre prevención de blanqueo de capitales ²⁶.

— La normativa sobre protección de la clientela ²⁷.

²⁴ Como se pone de manifiesto en la Memoria de la Supervisión Bancaria en España, año 2009, publicada por el Banco de España, «a medida que la crisis iba avanzando, en 2008, la comunidad internacional fue más consciente de que una política de remuneraciones inadecuada había sido uno de los factores que habían contribuido a la misma. La política de remuneraciones, no solo a nivel de consejeros y altos directivos, contribuyó a una toma de riesgos excesiva que, a su vez, dejó a las entidades con pocos recursos para absorber pérdidas. La fijación de objetivos a corto plazo permitió el reparto de bonus sin tener en cuenta el riesgo que se imponía a las entidades en un horizonte a más largo plazo. Adicionalmente, las entidades veían la política de remuneraciones como algo poco relacionado con la gestión del riesgo y el gobierno corporativo. Como consecuencia de todo ello, distintas iniciativas internacionales se pusieron en marcha con el mismo objetivo: corregir los incentivos inadecuados de los sistemas de remuneración en la industria financiera» (p. 44). Entre estos destaca la publicación por parte del entonces Foro de Estabilidad Financiera en abril del 2009 de los *Principles for Sound Compensation Practices* destinados a las entidades financieras significativas. Simultáneamente, el Comité Europeo de Supervisores Bancarios aprobaba los *High Level Principles for Remuneration Policies*. Igualmente, también en abril de 2009, la Comisión Europea aprobó dos recomendaciones: Recomendación 2009/385/CE, sobre el Régimen de Remuneración de los Consejeros de Empresas Cotizadas, y Recomendación 2009/384/CE, sobre las Políticas de Remuneración en el Sector Financiero. En esta línea, el Capítulo III de la Ley de Economía Sostenible ha introducido una serie de medidas de reforma del mercado financiero, en la línea marcada por los mencionados acuerdos internacionales de incremento de la transparencia y mejora del gobierno corporativo, con la correspondiente modificación de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores para que las sociedades cotizadas pongan a disposición de los accionistas un informe sobre remuneraciones que será aprobado en la Junta General; y de la Ley 13/1985, de 25 de mayo (información relativa a las prácticas y política de remuneración de las entidades de crédito —art. 10 ter—), y otras normas del sistema financiero, que permitirán al Banco de España exigir a las entidades de crédito políticas de remuneración coherentes con una gestión del riesgo prudente y eficaz.

²⁵ Un planteamiento próximo a este es el que late en la distinción que se efectúa en Portugal entre la «Supervisão prudencial» y la «Supervisão comportamental», en la que se incluye el control del cumplimiento de las normas relativas a la transparencia de la información en las fases contractuales y precontractuales, incluida la publicidad. Sin embargo, lo relativo al blanqueo de capitales se incluye en la «Supervisão prudencial».

²⁶ Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, y normativa que la desarrolla.

²⁷ Junto con otras normas de alcance más general, como la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores o el propio Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otra legislación complementaria; *vid.* el artículo 48.2 LDIEC; el Capítulo V, de protección de

Esta conexión indirecta, de la que después extraeremos algunas consecuencias de cara a la concurrencia entre esta supervisión bancaria y la propia de otros órganos administrativos que también tienen esos fines entre sus funciones, se reconoce expresamente por el Banco de España en su documento «Modelo de Supervisión del Banco de España», de 17 de junio de 2009:

«Las entidades de crédito son entidades fuertemente apalancadas, que captan dinero de los depositantes, a corto plazo, para prestarlo a un plazo mayor. Requieren de la *confianza de los depositantes*, pues una retirada masiva de depósitos hará peligrar su continuidad, aun siendo solventes. El incumplimiento de determinadas normas por parte de las entidades de crédito (como las normas relativas a blanqueo de capitales y las relativas a sus actuaciones con la clientela), además de resultar ilegal, puede afectar a su reputación, generar la desconfianza de los depositantes y hacer peligrar su viabilidad futura y *finalmente afectar a la estabilidad financiera general*» (p. 11).

Finalmente, también debe mencionarse el control de otras normas que conectan no tanto con los requisitos de solvencia sino con el cumplimiento de una serie de deberes que se imponen a las entidades de crédito de destinar parte de sus fondos a ciertas inversiones determinadas por los poderes públicos²⁸. Sobre ello volveremos más adelante, pero baste decir por ahora que en-

clientes de servicios financieros, de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Reforma del Sistema Financiero; los artículos 29, 31 y DT 5.ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros; Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras; la Orden de 12 de diciembre de 1989, de tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de Crédito; la Circular n.º 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, de transparencia de las operaciones y protección de la clientela; la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los Préstamos Hipotecarios; la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo; la Orden PRE/1019/2003, de 24 de abril, sobre transparencia de los precios de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos; la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago; la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios; y la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios. Sobre los servicios de atención al cliente en las entidades financieras, *vid.* IZQUIERDO CARRASCO, M., «Protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios», en *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, dir. REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO, Iustel, Madrid, 2011, pp. 424 y ss. Por su parte, un estudio de alcance general sobre estas órdenes ministeriales y circulares —o sus antecesoras—, puede encontrarse en GALÁN CORONA, E., «Las Órdenes Ministeriales y Circulares del Banco de España sobre protección de la clientela: su posición ordinamental», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, La Ley, Madrid, 1994, pp. 881-897.

²⁸ *Vid.* el Título I, «Inversiones obligatorias», de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coefi-

tendemos que se trata de una muestra de los deberes especiales a los que están sometidas las entidades de crédito como contrapartida a los privilegios de carácter público de los que gozan.

II. Las actuaciones a través de las que se manifiesta la supervisión bancaria

La supervisión bancaria se lleva a cabo, fundamentalmente, a través de las siguientes actuaciones:

a) Análisis de la documentación e información

El origen de esta documentación e información es muy diverso:

— Aquella que la entidad de crédito debe elaborar y conservar a disposición del supervisor ²⁹.

— Aquella que la entidad de crédito tiene el deber de remitir periódicamente al Banco de España. A este respecto, destaca la información y documentación relativa a las cuentas anuales ³⁰; los estados financieros reservados ³¹;

cientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.

²⁹ Por ej., la prevista en la Norma 72.^a13 Circular 4/2004: «Las entidades deberán llevar registros suficientes y adecuados para recoger todas las operaciones hipotecarias que concedan, los activos de sustitución del mercado hipotecario, los instrumentos financieros derivados y otras operaciones vinculados al mercado hipotecario con los datos que se solicitan para ellos en el Anejo X de esta Circular, de modo que puedan ser puestos a disposición del Banco de España cuando puedan ser requeridos. Los datos deberán estar disponibles hasta seis años después de la cancelación económica de las operaciones».

³⁰ La Circular 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, establece que las entidades de crédito, en base individual o consolidada, «con independencia de formular y publicar las cuentas anuales... que dispone el Código de Comercio, remitirán al Banco de España, para su publicación, los balances, cuentas de pérdidas y ganancias, estados de ingresos y gastos reconocidos, estados total de cambios en el patrimonio neto y estados de flujos de efectivo (individuales o consolidados) ajustados a los modelos contenidos en el Anejo I...» (Normas 4.^a y 5.^a). Igualmente, la Norma 6.^a establece que «las cuentas anuales individuales y consolidadas de las entidades de crédito comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujo de efectivo y la memoria. Estos documentos, que forman una unidad, habrán de mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, de los resultados y de los flujos de efectivo de la entidad o del grupo».

³¹ La Norma 67.^a de la mencionada Circular establece que «el Instituto de Crédito Oficial, los bancos, las cajas de ahorros, la Confederación Española de Cajas de Ahorros, las cooperativas de crédito y las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras deberán enviar al

y la que se integra en la Central de Información de Riesgos ³². Más allá de esta información de carácter financiero y contable, puede citarse, por ej., la información sobre la estructura del capital a la que se refiere el artículo 19 RD 1245/1995.

— Aquella que la entidad de crédito debe remitir cuando concurren ciertas circunstancias previstas normativamente ³³.

— Aquella que la entidad de crédito tiene la carga de hacer llegar a la entidad supervisora si quiere acceder a alguna situación jurídica ³⁴.

— Aquella que debe remitirse cuando así lo requiere expresamente el Banco de España. Como después se analizará, esta potestad está atribuida al Banco de España con carácter general por el artículo 43 bis LDIEC y se reitera después en determinados aspectos concretos ³⁵.

Banco de España los siguientes estados reservados, en los formatos que se incluyen en el anexo IV, con la periodicidad y plazos de presentación que se indican para cada uno de ellos». Y previsiones similares para los grupos consolidables.

³² El artículo 59 de la Ley 44/2002 define a la Central de Información de Riesgos (CIR) como «un servicio público que tiene por finalidad recabar de las entidades declarantes... datos e informaciones sobre los riesgos de crédito, para facilitar a las entidades declarantes datos necesarios para el ejercicio de su actividad; permitir a las autoridades competentes para la supervisión prudencial de dichas entidades el adecuado ejercicio de sus competencias de supervisión e inspección; contribuir al correcto desarrollo de las restantes funciones que el Banco de España tiene legalmente atribuidas». Por tanto, es un instrumento tanto al servicio de la actividad de supervisión del Banco de España, como al de las propias entidades de crédito, a la hora de evaluar la solvencia de sus clientes. El artículo 60.2 establece que «las entidades declarantes estarán obligadas a proporcionar a la CIR los datos necesarios para identificar a las personas con quienes se mantengan, directa o indirectamente, riesgos de crédito, así como las características de dichas personas y riesgos, incluyendo, en particular, las que afecten al importe y la recuperabilidad de éstos». La información que debe facilitarse se desarrolla y concreta en la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riesgos; y la Circular del Banco de España 3/1995, de 25 de septiembre, sobre la Central de Información de Riesgos.

³³ Por ej., el artículo 6.1 del Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, de reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, prevé que «cuando una entidad de crédito... presente debilidades en su situación económico-financiera que, en función del desenvolvimiento de las condiciones de los mercados, pudieran poner en peligro su viabilidad y determinen la conveniencia de que acometa un proceso de reestructuración, la entidad... informará de ello, con carácter inmediato, al Banco de España. Simultáneamente, la entidad en cuestión presentará un plan de actuación en el que se concreten las acciones previstas para superar esa situación...».

³⁴ Por ej., el artículo 49 LDIEC establece que «cuando una entidad de crédito española pretenda abrir una sucursal en otro Estado miembro de la Comunidad Europea deberá solicitarlo previamente al Banco de España. Acompañará a dicha solicitud, al menos, la siguiente información: a) Un programa de actividades en el que se indiquen, en particular, las operaciones que pretenda realizar y la estructura de la organización de la sucursal; b) El nombre e historial de los directivos responsables de la sucursal».

³⁵ Por ej., la disposición adicional primera de la Circular 4/2004 prevé que «... el Banco de

— Aquella que el Banco de España posee de otras fuentes o es fruto de su propia actividad.

El volumen y la complejidad ³⁶ de toda esta información que se maneja origina que este sea un ámbito apropiado para la denominada «actuación administrativa automatizada», definida en el Anexo de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos como «actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular. Incluye la producción de actos de trámite o resolutorios de procedimientos, así como de meros actos de comunicación».

b) Las visitas de inspección

La inspección administrativa puede definirse como la acción de la Administración en la que examina y reconoce mediante la observación directa de su personal la actividad o comportamientos de los administrados para comprobar el cumplimiento de los deberes, prohibiciones o limitaciones a que están sometidos ³⁷. Así definida, esa inspección administrativa englobaría la actividad de análisis de información y documentación a la que hemos hecho referencia y también otras actuaciones de las que nos ocuparemos a continuación.

España podrá exigir a las entidades de crédito, con carácter general o particular, cuanta información precise como aclaración y detalle de los estados anteriores (los estados financieros públicos y reservados), o para cualquier otra finalidad surgida en el desarrollo de las funciones que le están encomendadas».

³⁶ HUERTA DE SOTO, J., se refiere críticamente a la imposibilidad natural de manejar tanta información (*Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Unión Editorial, Madrid, 2009, 4.ª ed., p. 511).

³⁷ FRANCH I SAGUER, M., tras advertir que la actividad administrativa de control puede llevarse a cabo de diferentes formas, define la inspección como el «conjunto de acciones, realizadas por la Administración Pública, que tienen por objeto investigar y comprobar que los sujetos afectados cumplen las normas jurídicas», *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorro*, Civitas, Madrid, 1992, p. 316. Por su parte, SÁNCHEZ BLANCO, A., también en un ámbito íntimamente relacionado con el que nos ocupa, aunque añadiendo unos elementos que no compartimos plenamente por esa aparentemente necesaria procedimentalización de la inspección que formula, define la inspección como el «conjunto interrelacionado de actuaciones de comprobación e investigación con base en las que la Administración pública pretende dar efectividad a las normas que regulan la organización y proyección operativa de las Cajas de Ahorro, a cuyo efecto la Administración utiliza unas estructuras organizativas, unos medios instrumentales y unos procedimientos que concluyen en una resolución administrativa, que puede constatar la corrección de las actuaciones de las Cajas objeto de inspección conforme a la normativa jurídica que las regula, o bien concluir en la demostración de infracciones normativas que pueden ser objeto de sanción administrativa» («La actividad administrativa de inspección sobre las Cajas de Ahorro», *Documentación Administrativa*, n.º 194, 1982, pp. 137 y ss.).

En buena medida, se superpondría con el propio concepto de supervisión bancaria. Por este motivo, no nos referimos aquí a la inspección como noción general, sino a una concreta de sus manifestaciones, aunque claramente no la única ³⁸: las visitas de inspección.

En esas visitas de inspección se produce un traslado de personal de la Administración a oficinas o cualquier dependencia de la actividad inspeccionada con la finalidad de acceder a documentación o información o poder observar cualquier otro hecho o circunstancia ³⁹.

c) El seguimiento continuado *in situ*

Consiste en una presencia permanente en la entidad bancaria de personal de la Administración realizando funciones de control e inspección. Se trata de una de las actuaciones más restrictivas y de mayor intensidad de esta actividad de control administrativo ⁴⁰. Según el Banco de España, «con el seguimiento continuado *in-situ* se obtiene mayor información y de manera más temprana, que proporciona un mejor conocimiento de la marcha de estas entidades, se consigue una mayor anticipación en la adopción de medidas supervisoras ante potenciales problemas que puedan surgir y se mantienen engrasados los flujos de interlocución para obtener información con celeridad» ⁴¹. Inicialmente, esta actividad de supervisión se realizaba exclusivamente sobre los dos grandes grupos bancarios españoles (Santander y BBVA), aunque en la actualidad se aplica también a otros grupos de entidades de crédito españoles ⁴². Más allá de las genéricas atribuciones al Banco de España de las funciones de supervisión y control, este seguimiento continuado *in situ* carece de una expresa previsión

³⁸ Una crítica a la reducción simplista de la inspección a las visitas de inspección, en REBOLLO PUIG, M. («La actividad de inspección», en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, coord. CANO CAMPOS, T., Iustel, Madrid, Tomo III, Vol. II, 2009, pp. 67 y ss.).

³⁹ Una defensa de este instrumento de la supervisión —aunque no queda claro si se refiere exclusivamente a él o también al seguimiento continuado *in situ*— puede encontrarse en FERNÁNDEZ MÉNDEZ DE ANDÉS, F., «La reforma de la supervisión financiera: anticipación y eficiencia», en *La regulación de los mercados II: ordenación bancaria*, XXXI Jornadas de Estudios de la Abogacía del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 334.

⁴⁰ En cualquier caso, tampoco se trata de algo excepcional en nuestro ordenamiento pues existen otros ámbitos donde, con uno u otro alcance en cuanto a su objeto, también se produce un seguimiento continuado *in situ* (por ej., presencia en las centrales nucleares de personal del Consejo de Seguridad Nuclear; o la presencia en mataderos y otras instalaciones similares del personal de la Administración que realiza el control sanitario oficial).

⁴¹ «Modelo de supervisión del Banco de España», de 17 de junio de 2009.

⁴² La «Memoria de la Supervisión Bancaria en España, 2009» afirma que esta práctica se ha extendido recientemente a 8 grupos de entidades de crédito españoles y que ocupa a un equipo de más de 50 personas (Banco de España, Madrid, 2010, p. 30).

normativa, con las dudas que ello genera en cuanto a su legalidad, pero de ello nos ocuparemos más adelante.

Además, esa falta de regulación normativa hace que tampoco quede clara la relación entre este seguimiento continuado y las visitas de inspección. Tanto es así que ni siquiera es unívoca la posición del propio Banco de España al respecto. En este sentido, en el citado documento sobre «Modelo de supervisión del Banco de España» se puede leer que «el seguimiento continuado in situ se complementa con las tradicionales visitas de inspección, que permiten un conocimiento profundo sobre aspectos concretos»; por el contrario, en la también mencionada Memoria de la Supervisión Bancaria en España en 2009 se afirma que la supervisión continuada «permite una mayor cercanía a la realidad de las entidades supervisadas y la obtención de un conocimiento actualizado y profundo de su situación y de cómo evoluciona esta, todo ello de forma más eficiente y ágil que en las actuaciones mediante visitas de inspección, *a las que, por tanto, sustituye*» (p. 30, la cursiva es nuestra).

d) El control orgánico

Es aquel que se manifiesta mediante la presencia de representantes del Banco de España en los órganos de dirección de una determinada entidad. No nos referimos a los supuestos de intervención de una entidad de crédito, pues en ese supuesto esa presencia orgánica responde a otros planteamientos bien distintos. Se trata de la presencia de representantes del Banco de España especialmente en el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito y, en menor medida, por su distinta naturaleza y funcionalidad, en el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). Estos fondos tienen personalidad jurídica propia. Ciertamente, en ninguno de los supuestos se trata de una participación directa en órganos de entidades financieras, por lo que podría discutirse el acierto sistemático de la propuesta formulada.

Según la normativa reguladora del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito ⁴³, las entidades de crédito tienen el deber de contribuir

⁴³ Vid. el reciente Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, a partir de la unificación de los hasta ese momento tres fondos de garantía existentes (el de Bancos, el de Cajas de Ahorro y el de Cooperativas de Crédito). Pocas semanas después y como una palpable muestra de ese buen hacer del Gobierno en lo relativo a la reforma financiera, se aprueba el Real Decreto-ley 19/2011, de 2 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto-ley 16/2011. Sobran los comentarios. En cuanto a las normas de carácter reglamentario, con la derogación expresa de alguno de sus preceptos, se mantiene en vigor transitoriamente el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre Fondos de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. Vid. también el Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto, sobre sistemas de indemnización de los inversores;

a su dotación con unos determinados porcentajes que toman como base el importe total de los depósitos sobre los que se extiende su garantía (en principio, hasta un 3 por 1000) ⁴⁴. Por tanto, se trata de un deber de prestación patrimonial de las entidades de crédito para contribuir a una necesidad pública que tiene como finalidad garantizar, llegado el caso, la estabilidad del sistema financiero y cuyo cumplimiento también debe ser verificado por la Administración. Son estos presupuestos los que justifican nuestra propuesta sistemática, aunque reconocemos sus particularidades —incluso debe añadirse que mientras la supervisión bancaria de la que nos venimos ocupando se inserta en el seno de la actividad administrativa de limitación, la de ahora recae sobre el cumplimiento de un deber público de carácter patrimonial—. Pues bien, en este supuesto, el correcto cumplimiento de ese deber se instrumentaliza mediante la incorporación en la Comisión Gestora del Fondo, compuesta por 12 miembros, de 6 en representación del Banco de España (uno de los cuales, ostentará la presidencia), dejando los otros 6 en representación de las entidades de crédito adheridas, destinadas por sus asociaciones representativas.

III. La formalización de las actividades de supervisión bancaria

Dejando a un lado el control orgánico, las actuaciones de supervisión bancaria que se han expuesto se llevan a cabo en muchos supuestos al margen de procedimiento administrativo alguno y no conllevan necesariamente la adopción de una resolución administrativa, a lo sumo, en su caso, la redacción de un acta de inspección o informe con el valor jurídico que la normativa prevea. A pesar de esta falta de formalización jurídica, son actuaciones que cumplen por sí mismas una importante función de prevención general que refuerza la observancia de los deberes ⁴⁵.

Real Decreto 1642/2008, de 10 de octubre, por el que se fijan los importes garantizados a que se refiere el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito y el Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto, sobre sistemas de indemnización de los inversores.

⁴⁴ Solo de manera excepcional la normativa recientemente derogada preveía una aportación pública de fondos. El artículo 3.3 del Real Decreto-ley 18/1982, de 24 de septiembre, que establecía el régimen de los Fondos de Garantía de Depósitos, afirmaba que «excepcionalmente, y al efecto de salvaguardar la estabilidad del conjunto de las entidades adscritas a él, un Fondo podrá nutrirse con aportaciones del Banco de España, cuya cuantía se fijará por Ley». En la actualidad, el Real Decreto-ley 16/2011 —en la redacción dada por el Real Decreto-ley 19/2011— no contiene una previsión similar y su artículo 6 se limita a afirmar enigmáticamente que «cuando el patrimonio del Fondo resulte insuficiente para el desarrollo de sus funciones, el Fondo realizará las actuaciones necesarias para restaurar su suficiencia».

⁴⁵ En este sentido, *vid.* REBOLLO PUIG, M., «La actividad de inspección», en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, coord. CANO CAMPOS, T., Iustel, Madrid, Tomo III, Vol. II, 2009, p. 55.

Sin embargo, en otras ocasiones, esas actuaciones sí están formalizadas y se insertan dentro de concretos procedimientos administrativos o son el soporte del ejercicio de ciertas potestades administrativas ⁴⁶. En este caso, pueden ser procedimientos o potestades que se incluyan dentro de la noción de supervisión bancaria u otros que la excedan, como el ejercicio de las potestades de intervención y sustitución (arts. 31 y ss. LDIEC) o las sancionadoras. En estos últimos supuestos, esas actuaciones de supervisión, aunque presentan un carácter auxiliar de esas otras potestades al poner de manifiesto hechos o datos que son su presupuesto, tienen una naturaleza jurídica distinta.

Pero, como se ha dicho, esa formalización también se inserta, en otras muchas ocasiones, dentro de la propia actividad de supervisión bancaria. La legislación bancaria regula autorizaciones, aprobaciones, valoraciones, comunicaciones, inscripciones en registro u otros instrumentos a los que ni siquiera califica ⁴⁷ o denomina con extrañas expresiones (por ej., el art. 14.3 RD 216/2008 habla de «a satisfacción del Banco de España» ⁴⁸). Bajo esta terminología, en ocasiones, innecesariamente variada y, en otras, equívocamente semejante, se recogen instituciones de naturaleza jurídica diversa.

1. *Actos de habilitación de naturaleza organizativa*

Dos son los supuestos más destacados: por un lado, la autorización de la creación de las entidades de crédito y, por otro, la constitución de los denominados «Sistema Institucional de Protección» (SIP o fusiones frías).

En cuanto a la creación de entidades de crédito, como se dijo, el artículo 28 LDIEC dispone que «ninguna persona física o jurídica, nacional o extranjera, podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros, ejercer en territorio español las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito...». Esta previsión se desarrolla en el Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, que regula la creación

⁴⁶ Una aproximación general a los instrumentos de la supervisión administrativa, en MAGIDE HERRERO, M., *Límites constitucionales...*, op. cit., pp. 327 y ss.

⁴⁷ Por ej., el artículo 49.1 LDIEC se limita a prever que «cuando una entidad de crédito española pretenda abrir una sucursal en otro Estado miembro de la Comunidad Europea deberá solicitarlo previamente al Banco de España...».

⁴⁸ «Para considerarse recursos propios, las reservas, fondos y provisiones a que se refieren las letras c), d) y e) del 12.1 deberán cumplir, a satisfacción del Banco de España, los siguientes requisitos: a) Ser libremente utilizables por la entidad para cubrir los riesgos inherentes al ejercicio de la actividad bancaria, incluso antes de que se hayan determinado las eventuales pérdidas o minusvalías; b) Reflejarse en la contabilidad de la entidad, habiendo sido verificado su importe con informe favorable por los auditores externos de la entidad y comunicada dicha verificación al Banco de España; c) Estar libres de impuestos o reducirse en la cuantía de los que previsiblemente les sean imputables».

de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito. No procede ahora que nos detengamos en el análisis de los requisitos necesarios para obtener esta autorización, aunque, como después se verá, buena parte de ellos otorgan un amplísimo margen de decisión a la autoridad competente ⁴⁹.

Como puso de manifiesto S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, siguiendo a NIGRO, esta autorización es la que proporciona a las entidades de crédito su «verdadero y auténtico *fiat* creador» ⁵⁰, pues «la determinación subjetiva de estas entidades, su reconocimiento, su existencia misma en cuanto tal es, en definitiva, el resultado de una resolución administrativa». Y añadía que esta autorización nada tiene que ver «ni con la consideración de la autorización como “remoción de límites”, ni con su encuadramiento como expresión de una acción de policía administrativa, que pueda responder a la fórmula de “prohibición general salvo autorización expresa”, ni, menos aún, con un posible entendimiento de las mismas “como un a modo de compuerta que se levanta

⁴⁹ Como se ha dicho, la concesión de esta autorización corresponde al Ministerio de Economía y Hacienda, aunque previo informe verdaderamente determinante del Banco de España. Por tanto, es el Banco de España quien en primer lugar debe valorar, con el mencionado amplio margen de apreciación, el cumplimiento o no de tales requisitos. Por tanto, no se confirma aquí ni tampoco en otros actos de naturaleza autorizatoria del Banco de España el doble planteamiento formulado por MAGIDE HERRERO, M., que considera que «las autorizaciones propias de la supervisión son declarativas por definición, puesto que esta actividad administrativa consiste en asegurar que la actuación libre de los particulares se desarrolle en consonancia con la regulación del sector en el que operan o de la actividad que realizan». Y añade que «además de declarativas, como todas las autorizaciones de acuerdo con la posición aquí asumida, las autorizaciones propias de la actividad de supervisión son fundamentalmente regladas, no discrecionales». Más aún, este autor sostiene que esa discrecionalidad es «incompatible con el carácter de garantía de un orden previamente definido que posee la supervisión» (*Límites constitucionales...*, *op. cit.*, pp. 331 y 332). Pero este planteamiento no impide a MAGIDE HERRERO calificar al Banco de España como una administración independiente de supervisión pues parte de una posición bien distinta a la que aquí se mantiene a la hora de calificar la naturaleza de esta autorización administrativa y condicionada con la propia noción de discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados que construye con un completo análisis de la doctrina alemana, italiana y española (*ibidem*, 246 y ss.). Así, considera que «el Ministro no ejerce una potestad discrecional, sino reglada, aunque abunden los principios jurídicos indeterminados» y concluye: «La autorización no es discrecional ni tampoco operativa. Con ello recobra fuerza la idea de derecho preexistente a la creación de una entidad de crédito, así como la proyección del artículo 38 CE en este ámbito, y se devalúa la posibilidad de guiar el sector a través de la técnica autorizatoria, posibilidad, y esto es muy importante, que nunca estuvo en manos del Banco de España, sino del Ministro del ramo» (p. 407). A nuestro juicio, si bien la calificación o no de discrecional de esta autorización depende del propio concepto de discrecionalidad del que se parta y del papel que se asigne a los conceptos normativos indeterminados, lo que resulta excesivo y poco de acorde con la realidad de los hechos es hablar de un derecho existente y de una supuesta devaluación de la posibilidad de guiar el sector.

⁵⁰ *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro...*, *op. cit.*, pp. 278 y ss.

para permitir el ejercicio de unas titularidades expresas ya existentes en los sujetos que ahora los ejercitan”»⁵¹. En este contexto, debe traerse a colación que el artículo 43.6 LDIEC establece que «la autorización concedida de acuerdo con lo previsto en este artículo caducará si no se da comienzo a las actividades autorizadas dentro de los doce meses siguientes a la fecha de notificación de la autorización, por causa imputable al interesado». Por tanto, se trata de una caducidad que conecta más con la figura concesional que con la autorizatoria⁵².

Se trata de una autorización de funcionamiento, lo que se manifiesta en muchos aspectos del régimen jurídico del funcionamiento de las entidades de crédito, pero, en lo que ahora nos interesa, en particular, por el sometimiento a mecanismos de control previo administrativo —por ej., otras autorizaciones administrativas— de aquellas circunstancias que supongan un cambio o alteración en los elementos inicialmente tenidos en cuenta a la hora de conceder la autorización que ahora nos ocupa. Así, por ej., el artículo 8.1 RD 1245/1995 somete a autorización administrativa la modificación de los estatutos sociales⁵³.

Algo más complejo es lo relativo a la constitución de un Sistema Institucional de Protección, por cuanto en este supuesto no surge un ente con personalidad jurídica propia⁵⁴. La letra d) del artículo 8.3 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, establece lo siguiente:

«Corresponderá al Banco de España la comprobación de los requisitos anteriores a los efectos de lo previsto en este artículo.

Con carácter previo al abandono de un sistema institucional de protección por cualquiera de las entidades integrantes del mismo, el Banco de

⁵¹ En la misma línea, FRANCH I SAGUER, M., *Intervención administrativa sobre bancos...*, *op. cit.*, pp. 220 y ss.

⁵² Sobre el principio dispositivo como elemento caracterizador de la autorización administrativa, *vid.* MANZANEDO MATEOS, J. A., *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1968, pp. 379 y ss.; y MARTÍN-RETORTILLO, S., *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro...*, *op. cit.*, p. 281, que, aunque con las debidas cautelas, acaba afirmando que esta autorización se asemeja más a las concesiones constitutivas. Sobre las concesiones, *vid.* VILLAR PALASÍ, J. L., «Concesiones Administrativas», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Vol. IV, Seix, 1965.

⁵³ A la solicitud inicial de creación de un banco debe acompañarse un proyecto de estatutos sociales —los estatutos propiamente dichos se incorporan en un momento posterior—, a través de cuyo examen se verificará el cumplimiento de parte de los requisitos exigidos para obtener la autorización (por ej., que esté estatutariamente limitado el objeto social a las actividades propias de una entidad de crédito —*ex art.* 2.1 RD 1245/1995—).

⁵⁴ Por este motivo, podría argumentarse su inclusión en aquellos procedimientos de los que nos ocuparemos más adelante a través de los que el Banco de España determina individualmente el régimen jurídico aplicable, pero entendemos que su ubicación sistemática más correcta es en la que ahora se expone.

España valorará tanto la viabilidad individual de la entidad que pretenda abandonar el sistema, como la de este último y la del resto de las entidades participantes tras la pretendida desvinculación».

Por tanto, el Sistema Institucional de Protección solo existe como tal en el plano jurídico cuando el Banco de España «comprueba» que se cumplen una serie de requisitos. E incluso la decisión sobre propia extinción del SIP también queda en manos del Banco de España —tanto es así que, en la actualidad, prácticamente nadie duda de que no hay marcha atrás posible en los SIP constituidos—.

2. *Actos por los que la Administración consiente al particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida*⁵⁵

Como punto de partida, podría considerarse que se trata de actos que responden a la tradicional figura de la autorización administrativa como instrumento de control preventivo dentro de la actividad administrativa de limitación. Los ejemplos son numerosos: la autorización para que una entidad de crédito española abra una sucursal en otro Estado miembro de la Comunidad Europea (art. 49 LDIEC); las ampliaciones de capital; el reembolso anticipado de financiaciones subordinadas —art. 14.4 RD 216/2008—; en ciertos su-

⁵⁵ Vid. MAYER, O., *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo II, p. 59; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, p. 139. Ciertamente, esta idea de la «prohibición de policía con reserva de permiso» expuesta por Otto MAYER, aunque con mucha mayor intensidad la formulación de RANELLETTI que insistía en el derecho previo que la autorización viene a restablecer —Otto MAYER solo reconocía la existencia de un derecho subjetivo en aquellos supuestos en los que la autorización era perfectamente reglada (*ibidem*, p. 63)—, ha sido objeto de importantes críticas y correcciones sobre la base de la propia evolución de la intervención administrativa, especialmente —como ya destacara VILLAR PALASÍ (*La intervención...*, *op. cit.*, p. 103)— en el ámbito económico. Entre estas primeras reformulaciones en nuestra doctrina, *vid.* MARTÍN-RETORTILLO, S., «Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias», *RAP*, n.º 24, 1957, pp. 146-159; MARTÍN MATEO, R., «Silencio positivo y actividad autorizante», *RAP*, n.º 48, septiembre-diciembre, 1965, pp. 211-215; VILLAR PALASÍ, *ibidem*, pp. 303 y ss.; FERNÁNDEZ, T.-R., «Inscripciones y autorizaciones...», *op. cit.*, *in totum*; y especialmente, MANZANEDO MATEOS, J. A., *El comercio exterior...*, *op. cit.*, pp. 379-414. Este último considera que existen «dos fuertes argumentos que se oponen a la construcción clásica de la autorización inserta en un sistema de prohibiciones generales con reserva de excepción. Estos argumentos, basados respectivamente en el *iter* lógico del legislador y en el funcionamiento técnico de la autorización, nos están demostrando que esta técnica no representa una medida excepcional, sino que por el contrario se adecua a la finalidad general de control de las actividades privadas, lícitas y permitidas por el ordenamiento, a condición de que su ejercicio se adecue a los fines públicos de superior preeminencia» (*ibidem*, p. 383). *Vid.* LAGUNA DE PAZ, J. C., *La autorización administrativa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

puestos excepcionales, la apertura de sucursales en España o la propia distribución de beneficios, etc.

Sin embargo, como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, la amplitud de actuaciones sometidas a esta necesidad de autorización y su funcionalidad hacen que el planteamiento de la prohibición previa de carácter general resulte insuficiente y que no explique correctamente la utilización de este mecanismo autorizador como un instrumento de conformación de la propia actividad sobre la que se incide. No se trata solo de permitir, sino también, en parte, de dirigir la propia actividad bancaria. Se aproximarían así a las denominadas autorizaciones operativas (S. MARTÍN-RETORTILLO ⁵⁶) o en función de programación (GIANNINI), aunque estas construcciones dogmáticas no coincidan plenamente con los presupuestos expuestos, pues, más bien, califican así a la autorización inicial de la entidad que sería el punto de partida para la aplicación de un concreto régimen jurídico y no tanto a esa pluralidad de autorizaciones singulares a través de las que se va encauzando la actividad de la entidad bancaria en aquellos aspectos que se consideran más relevantes para los intereses públicos en juego.

3. *Actos por los que la Administración efectúa una determinación singular del régimen jurídico aplicable*

Sobre ellos volveremos más adelante, pero dejemos por ahora señalado que ello se formaliza mediante instrumentos jurídicos a los que, en ocasiones, se denomina autorización administrativa.

4. *Comunicaciones previas con reserva de oposición*

Un buen ejemplo de esta técnica de control preventivo se encuentra en los artículos 56 y ss. LDIEC, donde se regula la comunicación previa al Banco de España que debe efectuar todo adquirente potencial de una participación significativa en una entidad de crédito española. En otras ocasiones, aunque se habla expresamente de comunicación, la normativa guarda silencio sobre ciertos aspectos nucleares de esta institución, lo que dificulta su correcta calificación jurídica ⁵⁷.

⁵⁶ «Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias», *RAP*, n.º 24, 1957, pp. 152 y ss.; *Crédito, Banca y...*, *op. cit.*, p. 281.

⁵⁷ Una muestra de ello es el artículo 11.2 RD 1245/1995 que se limita a establecer: «Cuando una entidad de crédito extranjera, no autorizada en otro Estado miembro de la Unión Europea, pretenda prestar servicios sin sucursal en España, deberá comunicarlo previamente al Banco de España, indicando las actividades que van a ser realizadas. El Banco de España podrá pedir una ampliación de la información suministrada, así como condicionar el

5. *Inscripciones en Registros Públicos*

También aquí existe diversidad de regímenes y efectos jurídicos. Así, por ej., la inscripción en el Registro Especial del Banco de España se configura como una segunda fase del control previo al que está sometido la entidad bancaria para poder iniciar sus actividades —la primera es la autorización de creación—. Para obtener esta inscripción, deberá aportarse la escritura de constitución de la sociedad —no su borrador, que fue lo que se aportó para obtener la autorización— y su inscripción en el Registro Mercantil (arts. 1.3 y 5 RD 1245/1995, de creación de bancos). Por tanto, el procedimiento de inscripción consistirá en una verificación final y reglada de la concordancia entre la documentación aportada en su día y la efectiva escritura de constitución de la sociedad.

En otras ocasiones, esa inscripción lo es a efectos de mera constancia, sin que se realice ninguna actividad efectiva de control —o, a lo sumo, una mera verificación ontológica de que se trata de uno de los supuestos sometidos a la inscripción de que se trate—, aunque constituyendo un medio de control indirecto al servicio de otros instrumentos de control de carácter directo ⁵⁸.

En paralelo a estas diversas configuraciones normativas se mueve la eficacia jurídica de la propia inscripción. Así, el primer tipo de inscripciones tiene unos efectos constitutivos y, por ende, próximo al fenómeno autorizatorio, de tal manera que sin ella no se puede ejercer lícitamente la actividad de que se trate ⁵⁹. Por el contrario, el segundo tipo carece de dichos efectos, aunque sí se le otorga el correspondiente respaldo sancionador.

ejercicio de dichas actividades al cumplimiento de ciertos requisitos como garantía del cumplimiento de las normas dictadas por razones de interés general».

⁵⁸ Por ej., la inscripción de las modificaciones de los Estatutos sociales que versen sobre determinados contenidos que se enumeran en el artículo 8.2 RD 1245/1995 —el resto de modificaciones, como se ha dicho, está sometido a autorización administrativa y posterior inscripción—. En línea con lo dicho en el texto, el precepto prevé que «si, recibida la comunicación, dicha modificación excediese en su alcance de lo previsto en este apartado, el Banco de España lo notificará en el plazo de treinta días a los interesados, para que revisen las modificaciones, o, en su caso, se ajusten al procedimiento de autorización del apartado 1».

⁵⁹ *Vid.* también la inscripción en el registro de altos cargos de la banca. El artículo 1 del Decreto 762/1969, de 26 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1968, de 27 de julio, sobre Régimen de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Banca y Determinación de Límites en Concesión de Créditos, crea el «Registro Oficial de Altos Cargos de la Banca», «en el que necesariamente habrán de figurar inscritas, antes de la inscripción de sus nombramientos en el Registro Mercantil, las personas elegidas o designadas para desempeñar en la Banca privada y en el Banco Exterior de España los cargos de Presidente, Vicepresidente, Consejero o Administrador, Director general y asimilados a este último». Y la disposición final primera, en un contexto de disposición transitoria, insiste en lo que es una consecuencia evidente: «las personas que no figuren inscritas en el Registro a que se refiere el artículo primero de este Decreto

IV. La supervisión bancaria y sus potestades

1. *El lento camino hacia un necesario reconocimiento legal de las potestades de supervisión bancaria*

Las potestades que la Administración ejerce en la actividad de supervisión bancaria han carecido tradicionalmente de una regulación detallada de la que sí gozan en otros ámbitos sectoriales de la intervención administrativa, incluso en algunos muy relacionados con el que nos ocupa. El artículo 39 bis.2 LAP establece que «las Administraciones públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan». Se trata de un reconocimiento general de la actividad administrativa de control. Sin embargo, dicho precepto debe ponerse en relación con el artículo 39.1 LAP que prevé que «los ciudadanos están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación sólo en los casos previstos por la Ley». Esto es, una cosa es que la Administración tenga atribuida una función genérica de control o supervisión y otra cosa que cuando esa función se manifieste en verdaderas potestades que generan los correlativos deberes en sus destinatarios sea necesaria la correspondiente previsión por Ley.

Históricamente, en el ámbito de las entidades de crédito no solo ha faltado un marco legal suficiente, lo que obligaba a acudir, por ej., a la teoría de las potestades implícitas⁶⁰, sino que tampoco existían previsiones reglamentarias o Circulares del Banco de España sobre esta materia que, aunque pudieran ser criticables desde el punto de vista de las relaciones ley-reglamento, al menos, dieran alguna pista al respecto. Esta situación solo era comprensible si se partía, como ha puesto de manifiesto la doctrina, de que las entidades de crédito parecían aceptar y asumir un determinado *status quo*, fruto de la práctica histórica y a pesar de la ausencia de un marco legal suficiente. No parecía realista —ni incluso en nuestros días— que las entidades de crédito iniciaran un enfrentamiento jurídico con el Banco de España por estos motivos⁶¹.

no podrán desempeñar en ninguna Entidad bancaria los cargos de Presidentes, Vicepresidentes, Consejeros o Administradores, Directores generales o asimilados a estos últimos».

⁶⁰ Un estudio detallado sobre las denominadas potestades implícitas o genéricas en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 439 y ss.

⁶¹ Además, también debe tenerse en cuenta la existencia de una amplia coincidencia de objetivos entre los reguladores/supervisores públicos y las entidades bancarias —la estabilidad del sistema necesita que las entidades sean rentables y eficientes—, de tal manera que, frecuentemente, son ellas mismas las que demandan ciertas intervenciones públicas (por ej., especialmente llamativas han sido las presiones que las propias entidades de crédito han dirigido a las

La LDIEC de 1988, que tanto empeño puso en adaptar el régimen sancionador a las exigencias constitucionales, no hizo ningún avance en lo que a las potestades de supervisión concierne. Tan grave insuficiencia legal fue detectada por el propio legislador que dio un tímido paso con la reforma introducida en la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito por Ley 3/1994, de 14 de abril, que añadió un nuevo artículo 43 bis. Al menos, desde entonces hay una referencia expresa a la inspección, aunque solo sea para nombrarla, atribuirle al Banco de España y afirmar que las resoluciones de este en el ejercicio de estas funciones son susceptibles de recurso de alzada ante el Ministerio de Economía y Hacienda. Junto a ello hay interesantes indicaciones sobre la posibilidad de inspecciones fuera del territorio nacional, que más bien sirven para poner de relieve la gran singularidad de la inspección de las entidades de crédito. Pero, en cualquier caso, ni la más mínima mención sobre las potestades de inspección, ni sobre el personal de inspección, ni planes de inspección, ni del valor probatorio de sus actuaciones ni de cualquier otro de los extremos que frecuentemente aparecen en las leyes reguladoras de sectores con actividad inspectora. A ese nuevo artículo 43 bis, se añadían ciertas referencias indirectas en el régimen sancionador, fundamentalmente, el artículo 4.h) LDIEC que tipificó como infracción administrativa «la negativa o resistencia a la actuación inspectora, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto»⁶².

De ninguna forma palió este déficit normativo la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España. Desde luego, no era ese su propósito y probablemente no era tampoco esta Ley, de contenido esencialmente organizativo, el marco adecuado para abordar los rasgos esenciales de la supervisión e inspección del Banco de España a la que sencillamente se limita a aludir en su artículo 7.6:

«El Banco de España 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...».

autoridades para que intervinieran en la denominada «guerra del pasivo» —lo que de hecho finalmente ha ocurrido—. En esta línea, PAREJA I LOZANO, C., da cuenta de una crítica al sistema norteamericano de supervisión por esta naturaleza corporativa y por el riesgo que ello supone de «apropiación de las funciones reguladoras por parte de los intereses privados» (*Los poderes de supervisión bancaria...*, *op. cit.*, p. 35).

⁶² Aunque el régimen sancionador bancario no es objeto de esta ponencia, sorprende lo restringido de la conducta tipificada, que exige requerimiento expreso y por escrito, y que es mucho más reducida de lo que es habitual en otros sectores del ordenamiento con previsiones similares.

Por tanto, la Ley de Autonomía del Banco de España contiene un reconocimiento de esa capital función, pero ninguna regulación de las actividades y potestades para realizar tal supervisión. Hay que esperar al año 2007 para que se añada el apartado 1 bis) al artículo 43 bis), incorporando —ahora sí— una mínima regulación de esas potestades. El antecedente inmediato de esta previsión lo constituye el régimen que la Ley del Mercado de Valores contiene para la actividad de supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Evidentemente, no tenía sentido que la actividad de supervisión sobre el mercado de valores gozara de una regulación legal y que esta fuera inexistente en el ámbito bancario.

2. *El catálogo de las potestades de supervisión bancaria*

A continuación, expondremos las potestades tradicionales que se integran en la actividad administrativa de control y que tienen un reconocimiento expreso en la legislación bancaria, dejando para un momento posterior su análisis así como los límites a su ejercicio (respeto de derechos fundamentales⁶³, principio de legalidad, proporcionalidad, deber de sigilo, etc.):

A) La potestad de requerir documentación e información

El artículo 43 bis.1 LDIEC establece que «el Banco de España podrá recaabar de las entidades y personas sujetas a supervisión... cuantas informaciones sean necesarias para comprobar el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina a que aquellas estén obligadas». Pero esta potestad no solo se ejerce sobre esas entidades supervisadas, sino que también se extiende a terceros en los que concurren determinadas circunstancias⁶⁴.

Esta potestad se refuerza en el artículo 4.i) LDIEC, que tipifica como infracción administrativa muy grave: «La falta de remisión al órgano competente de cuantos datos o documentos... requiera en el ejercicio de sus funciones, o su falta de veracidad, cuando con ello se dificulte la apreciación de la

⁶³ En esta línea, recientemente se ha añadido en el artículo 43 bis LDIEC la siguiente previsión: «el acceso a las informaciones y datos requeridos por el Banco de España se encuentra amparado por el artículo 11.2.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal».

⁶⁴ Artículo 9.3 de la Ley 13/1985: «El Banco de España, así como las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, podrán solicitar información de las personas físicas e inspeccionar a las entidades no financieras con las que exista una relación de control en el sentido establecido por el apartado 2 del artículo anterior, a efectos de determinar su incidencia en la situación jurídica, financiera y económica de las entidades de crédito y de sus grupos consolidables».

solvencia de la entidad... A los efectos de esta letra, se entenderá que haya falta de remisión cuando esta no se produzca dentro del plazo concedido al efecto por el órgano competente al recordar por escrito la obligación o reiterar el requerimiento» [vid. también art. 5.1) LDIEC, como infracción grave].

B) La potestad de acceso a documentación e información

El artículo 43 bis.1 bis LDIEC establece que las entidades de crédito (y también otros sujetos) «quedan obligadas a poner a disposición del Banco (de España) cuantos libros, registros y documentos considere precisos, incluidos los programas informáticos, ficheros y bases de datos, sea cuál sea su soporte físico o virtual». En esta misma línea, el artículo 10 bis.1 Ley 13/1985 atribuye al Banco de España la función de «revisar los sistemas, sean acuerdos, estrategias, procedimientos o mecanismos de cualquier tipo, aplicados para dar cumplimiento a la normativa de solvencia contenida en esta ley y en las disposiciones que la desarrollen».

C) La potestad de acceso a locales

El artículo 43 bis.1 LDIEC dispone que «corresponderá al Banco de España el control e inspección de las entidades de crédito, extendiéndose esta competencia a cualquier oficina o centro dentro o fuera del territorio nacional...». Sin perjuicio de la amplitud con la que se formula esta potestad, es evidente que dentro de ella y con esa mención a las oficinas y centros se está reconociendo esa potestad de acceso a locales. En la misma línea, el artículo 17 del Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio, atribuye al Banco de España ⁶⁵:

a) Disponer inspecciones periódicas de la Banca privada a fin de comprobar el cumplimiento de las normas vigentes en relación a sus balances, estructura de sus cuentas, intereses y comisiones que aplique en sus operaciones, y en lo referente al cumplimiento de las normas generales sobre política de crédito.

b) Disponer inspecciones extraordinarias a un Banco privado sobre cualquier aspecto de sus actividades, cuando así lo juzgue necesario».

⁶⁵ La regulación de la inspección que contiene el artículo 47 Ley de Ordenación Bancaria de 1946 y que se atribuía a la Dirección General de Banca y Bolsa no ha sido expresamente derogada, aunque debe entenderse implícitamente derogada, entre otras, por el mencionado Decreto-ley.

D) El insuficiente respaldo que ofrecen estas potestades al seguimiento continuado *in situ*

A nuestro juicio, ni la potestad de acceso a locales ni la de acceso a documentación e información, en su configuración actual, ofrecen base suficiente para el seguimiento continuado *in situ*. Esta modalidad de control supone un salto cualitativo en cuanto a la intrusión que supone en la actividad diaria de la entidad, que requiere una expresa previsión legal. Una cosa es que la Ley atribuya a la Administración una potestad para inspeccionar una entidad y otra que la Administración traslade de manera permanente a dicha entidad un personal inspector para la realización de funciones de vigilancia y control. Más aún, por su propia naturaleza, esa forma de actuación genera en las entidades de crédito otros deberes que carecen de cualquier previsión legal, pues entendemos que a ese personal se le deberá proporcionar un espacio físico y unos medios materiales para el desempeño de sus funciones. Prestaciones de carácter patrimonial impuestas a las entidades de crédito por la vía de los hechos y sin previsión legal alguna.

V. Algunas características generales de la supervisión bancaria

1. *Es un control modulado por el otorgamiento normativo de amplísimos márgenes de decisión al ente supervisor*

La legislación sobre entidades de crédito otorga al Banco de España amplísimos márgenes de decisión, lo que tiene importantes consecuencias en la actividad de supervisión bancaria. Esta realidad es el resultado del cúmulo de los siguientes elementos ⁶⁶:

a) La atribución de una potestad normativa propia

El artículo 3.1 LBE atribuye al Banco de España una potestad normativa, aunque limitada: «... podrá dictar las disposiciones precisas para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto. Tales disposiciones se denominarán Circulares» ⁶⁷. Por tanto, se trata de una habilitación genérica

⁶⁶ Además, hay otras circunstancias externas que refuerzan esta posición de preeminencia del Banco de España. En particular, el hecho de que la mayor parte de las competencias y potestades están concentradas en un único ente —el Banco de España—, y la también relativa concentración del sector sobre el que esas potestades se ejercen.

⁶⁷ Además de las obras de carácter general que se citan más adelante al hilo de la aproximación al régimen jurídico del Banco de España, *vid.* POMED SÁNCHEZ, L., «Las potestades normativas del Banco de España tras la aprobación de su reglamento interno», *RDBB*, n.º 67, 1997, pp. 641 y ss.

que no despliega efectos por sí misma, sino que para su efectividad necesita del concurso de otra norma donde se concrete y delimite el ámbito material y extensión de esa potestad normativa. En ocasiones, esa habilitación está en las leyes ⁶⁸; en otras, en normas de carácter reglamentario ⁶⁹; y en otras, la Ley recoge la posibilidad de que el Gobierno habilite al Banco de España ⁷⁰. Esta función normativa está atribuida al Consejo de Gobierno del Banco de España [art. 21.d) LBE]. En definitiva, el órgano encargado de verificar el cumplimiento normativo no tiene meramente una función pasiva de contraste entre la realidad y dicho ordenamiento, sino que él mismo es fuente de ese Derecho.

Además, también en ese ámbito se pueden encontrar muestras de ese fenómeno generalizado de los «elementos normativos desgajados» a otros órganos distintos del Consejo de Gobierno del Banco de España. Como destacó VILLAR PALASÍ al exponer su sugestiva teoría sobre estos elementos normativos desgajados, con esta técnica se muestra cómo la Administración en el ejercicio de la potestad normativa «se ve precisada a fisionar las normas y separar con distinta competencia y procedimiento de elaboración, todo lo que es máximamente contingente, y ello, precisamente, para “mantener lo mantenible”

⁶⁸ Por ej., el artículo 6.2 de la Ley 13/1985, al referirse a las calificaciones externas de crédito, establece que la agencia de calificación debe estar reconocida a tales efectos por el Banco de España «de acuerdo con los criterios que establezca para ello»; o el artículo 10 ter de la misma Ley, donde se prevé que «el Banco de España determinará la información mínima que deberá ser objeto de publicación con arreglo a los párrafos anteriores».

⁶⁹ Por ej., al amparo del artículo 48.2 LDIEC, que faculta al Ministro de Economía y Hacienda para dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad, se ha dictado la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios. Pues bien, el artículo 4.2 de la mencionada Orden dispone que «el Banco de España determinará los demás principios generales a los que debe ajustarse la publicidad y los criterios generales sobre el contenido mínimo y formato del mensaje publicitario y cualquier otro aspecto que pueda afectar al carácter equilibrado y objetivo de la publicidad. Especificará, en todo caso, la forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios a efectos de que ni se omita ningún dato relevante sobre los productos y servicios bancarios ni, de ningún modo, se induzca a error de sus destinatarios».

⁷⁰ Por ej., el artículo 48.1 LDIEC: «Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a que deberá sujetarse el balance y la cuenta de resultados de las entidades de crédito, así como los balances y cuentas de resultados consolidados previstos en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, disponiendo la frecuencia y el detalle con que los correspondientes datos deberán ser suministrados a las autoridades administrativas encargadas de su control y hacerse públicos con carácter general por las propias entidades de crédito. En el uso de esta facultad, cuyo ejercicio podrá encomendar el Ministro citado al Banco de España...».

y para racionalizar la competencia, atribuyéndola para cada elemento a quien mayor contacto tiene con los hechos»⁷¹. Una muestra de ello puede encontrarse en la Norma 72.^ª13 Circular 4/2004:

«La Dirección General de Regulación podrá emitir una aplicación técnica para homogenizar la información a incluir en los registros contables especiales a los que se refiere el párrafo anterior».

b) La atribución de la facultad de colmar lagunas normativas mediante decisiones individuales

A este respecto, por ej., la Norma 8.^ª Circular 4/2004 prevé que «... las entidades consultarán al Banco de España sobre los criterios contables no incluidos en la Circular que pretendan utilizar siempre que su impacto pueda ser significativo». La Norma añade que estas consultas «incluirán, junto con la propuesta de tratamiento contable, una descripción exhaustiva de la transacción o evento a contabilizar, indicando, cuando sea factible, su posible impacto cuantitativo en los estados financieros, y los motivos que, a juicio del consejo de administración u órgano equivalente, justifican el tratamiento propuesto. El Banco de España, si no considera adecuado dicho tratamiento, indicará el criterio contable que se debería aplicar; que, en todo caso, será coherente y compatible con los criterios regulados en este título, las normas contables españolas vigentes y las normas internacionales de información financiera aprobadas por los Reglamentos de la Comisión Europea para otras transacciones y eventos con los que tengan similitud. Si el Banco de España considera dichos criterios de interés para otras entidades de crédito, procederá a su difusión pública».

Nuevamente, el órgano encargado de supervisar puede determinar, y ni siquiera con un alcance general, el marco de las obligaciones o deberes exigibles a una concreta entidad de crédito. Ese alcance individual hace que esta potestad tenga como límite y medida las exigencias que derivan del principio constitucional de igualdad.

⁷¹ VILLAR PALASÍ, J. L., *Curso de Derecho...*, op. cit., Tomo I, p. 162. Más concretamente, esta flexibilidad es destacada por GAUDEMET, P. M., como una característica del Derecho administrativo económico, y destaca este autor que «les actes que édictent les règles de l'administration économique occupent, pour la plupart, les derniers échelons de la hiérarchie des règles juridiques, ce qui leur laisse une grande souplesse, puisqu'ils peuvent, en raison de leur forme, être modifiés aisément» («Réflexions sur le droit administratif économique», *Estudios en homenaje al Profesor Laureano López Rodó*, 1972, p. 135).

- c) La atribución de la facultad de tomar decisiones individuales que generan deberes a sus destinatarios, pero sin que haya una situación de incumplimiento

Junto a las normas, en ocasiones, la determinación imperativa de los deberes y las prohibiciones a los que quedan sometidas las entidades de crédito las puede realizar la Administración (esencialmente, el Banco de España) mediante actos administrativos. Es lo que se conoce como órdenes preventivas⁷². Se las puede definir como actos administrativos que imponen un nuevo deber o prohibición para un caso concreto a un sujeto determinado (o, excepcionalmente, a una pluralidad determinada o determinable de sujetos), sin que medie un incumplimiento por parte del administrado o una situación de riesgo concreto, sino, a lo sumo, un riesgo abstracto que se quiere evitar⁷³. Como destacara O. MAYER⁷⁴, esta orden sobrepasa el deber natural del ciudadano de no perturbar y supone una restricción de la libertad por parte de la Administración, por lo que precisa un expreso fundamento legal⁷⁵, lo que en la legislación sobre entidades de crédito no siempre ocurre.

Se trata, por tanto, de nuevos deberes cuyo cumplimiento también deberá ser verificado en la actividad de supervisión y que, además, en muchos supuestos, tendrán como presupuesto un previo control administrativo. Veamos algunos ejemplos, todos ellos del RD 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras:

— Artículo 11: «El Banco de España podrá concretar el ámbito de aplicación de este Título I, así como definir la entidad obligada de cada grupo para cumplir con los requerimientos exigidos en base consolidada o subconsolidada».

— El artículo 12 recoge los elementos que pueden integrar los recursos propios de las entidades de crédito. Entre esos elementos se recogen «las reservas de regularización, actualización o revalorización de activos, así como las plusvalías que se contabilicen dentro del patrimonio neto por aplicación a los activos del criterio del valor razonable» [ap. 1.c)]. Y, al final, el precepto añade: «El Banco de España podrá acordar, atendiendo a la volatilidad de los diferentes tipos de activos, una reducción de hasta dos tercios en su importe bruto».

Obsérvese cómo en el primero de los ejemplos expuestos, la norma ni siquiera explicita los elementos que debe tener en cuenta el Banco de España como fundamento de esas decisiones.

⁷² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso...*, op. cit., Tomo II, pp. 131 y ss.

⁷³ REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., *Manual...*, op. cit., p. 27.

⁷⁴ *Derecho...*, op. cit., p. 38.

⁷⁵ En el mismo sentido, REBOLLO PUIG, M., *ibidem*, pp. 27-28.

En ocasiones, esta facultad incluso se recoge en meras Circulares del Banco de España ⁷⁶.

- d) La atribución de la facultad de determinar singularmente el régimen jurídico aplicable entre los diversos regímenes previstos por la normativa

En numerosas ocasiones, la legislación sobre entidades de crédito establece una regulación sobre una determinada materia o aspecto, pero, al mismo tiempo, prevé la posibilidad de aplicar otro régimen jurídico sometido a la concurrencia de una serie de condiciones o requisitos, cuya verificación queda en manos del Banco de España. En esta línea, por ej., el artículo 8.5 de la Ley 13/1985 prevé que «el Banco de España podrá autorizar o exigir la exclusión individual de una entidad de crédito o de una entidad financiera, que sean filiales o participadas, del grupo consolidable de entidades de crédito, o de las entidades participadas a que se refiere el apartado 1» y, a partir de ahí, enumera las condiciones. Evidentemente, la exclusión o no de esa entidad de crédito tendrá importantes consecuencias jurídicas, por ej., en todo lo relativo al régimen de recursos propios ⁷⁷.

En otros supuestos, aunque se configure normativamente como una solicitud de dispensa ⁷⁸, entendemos que se trata también en puridad de la misma

⁷⁶ Por ej., la Norma 5.ª Circular 4/2004: «Cuando la entidad obligada a formular cuentas consolidadas no sea una entidad de crédito, la obligación de remitir la información anterior recaerá en la entidad de crédito que señale el Banco de España para enviar los estados reservados del grupo consolidable; cuando sólo exista una entidad de crédito en el grupo, será ésta la que presentará los estados».

⁷⁷ Otro ejemplo puede encontrarse en el artículo 18 RD 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras. Este precepto establece que «el valor de las exposiciones ponderadas por el riesgo a que se refiere el artículo anterior se calcularán de acuerdo con el método estándar contemplado en la sección 1.º del presente capítulo, o bien, si así lo autoriza el Banco de España, de acuerdo al método basado en calificaciones internas, contemplado en la sección 2.ª del presente capítulo». A partir de ahí, el artículo 31 añade que «dicha autorización únicamente se otorgará cuando el Banco de España tenga garantías de que los sistemas de la entidad de crédito para la gestión y calificación de exposiciones con riesgo de crédito estén suficientemente integrados en la propia gestión del riesgo de la entidad, así como, en particular, cuando se cumplan las siguientes normas: a) los sistemas de calificación de la entidad de crédito preverán una evaluación significativa de las características del deudor y de la operación, una diferenciación significativa del riesgo y estimaciones cuantitativas exactas y coherentes del riesgo; ... [y así hasta la letra e)]». Esto es, existen dos métodos de cálculo y es el Banco de España el que decide si la entidad financiera debe aplicar uno u otro. Esa misma norma ofrece otras muestras, como la contenida en el artículo 2.5.

⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., admiten la posibilidad de previsiones reglamentarias de dispensa (*Curso...*, *op. cit.*, Tomo I, p. 194). Por el contrario, COSCULLUELA

determinación singular del régimen jurídico aplicable entre las opciones existentes (por ej., el art. 2 RD 216/2088, en sus apartados 1 y 2, donde lo que late en el fondo es un cumplimiento individual de los requerimientos de recursos propios por parte de las entidades filiales o un cumplimiento en base consolidada de la entidad de crédito matriz)⁷⁹.

Entendemos que este tipo de procedimientos, a los que —como se dijo— se denomina a veces como autorizaciones administrativas⁸⁰, se insertan dentro de la actividad administrativa de supervisión bancaria, pues consisten en la verificación del cumplimiento de una serie de requisitos o condiciones, aunque con el objetivo de determinar la normativa que debe tomarse como referencia en otras actuaciones de supervisión bancaria. Esto es, sobre la base de un contexto normativo de carácter abierto, al mismo tiempo que se supervisa se delimita el propio marco normativo aplicable.

- e) El establecimiento de prescripciones normativas flexibles, llenas de conceptos jurídicos indeterminados o directamente vagos e imprecisos, que en último término deben ser valoradas por el ente supervisor

Basten algunas muestras:

— Entre los elementos que se deben valorar a la hora del otorgamiento de la autorización para la creación de una entidad de crédito (art. 43 LDIEC), se incluyen: constar de una «estructura organizativa adecuada»; una «buena organización administrativa y contable»; de «procedimientos de control internos adecuados»; garantizar una «gestión sana y prudente»; e incluso la valoración «de que la entidad quede expuesta de forma inapropiada al riesgo de las actividades no financieras de sus promotores».

MONTANER, L., mantiene que la prohibición general recogida en el artículo 52.2 LAP origina la nulidad de cualquier dispensa o autorización que se pudiera contener en el propio reglamento cuya derogación singular se autoriza, y añade que «en cualquier caso, siempre debe tenerse en cuenta que el reglamento tiene el límite de los principios generales del Derecho, entre los que el de igualdad tiene fundamental relevancia al estar constitucionalizado» (*Manual...*, *op. cit.*, p. 133).

⁷⁹ Igualmente, la disposición adicional primera Circular 4/2004 establece que «los estados (financieros públicos y reservados) serán enviados por la propia entidad a que se refieren. No obstante, el Banco de España podrá autorizar que se remitan por terceros cuando lo justifiquen razones de organización contable de un grupo de entidades, si bien ello no descargará de responsabilidad a las personas y órganos directivos de la entidad a la que se refieren».

⁸⁰ Sobre las diferencias entre la dispensa y la técnica autorizatoria, *vid.* LAGUNA DE PAZ, J. C., *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 99-100. Sin embargo, las diferencias que expone este autor parten de una concreta concepción de la autorización administrativa como un acto de carácter declarativo de un derecho preexistente.

— En la evaluación de la adquisición de participaciones significativas (art. 58 LDIEC) se incluyen, entre otros criterios, los siguientes: «la solvencia financiera del adquirente potencial»; o «la capacidad de la entidad de crédito de cumplir de forma duradera con las normas de ordenación y disciplina que le sean aplicables»⁸¹.

— El artículo 10 bis de la Ley 13/1985, reguladora de los recursos propios, prevé que el Banco de España evaluará «los riesgos a los cuales están o pueden estar expuestos» las entidades de crédito y si sus recursos propios «garantizan una gestión y cobertura sólidas de sus riesgos». Esto es, se controla no solo una situación presente, sino también una posible evolución futura. Además, a propósito de esta materia, debe advertirse que las normas contables y de capital, más flexibles y con mayor margen de adaptación para las entidades de crédito que se establecieron en Basilea II, en contrapartida, también abren más aún el ámbito de los criterios valorativos en su evaluación por parte de las entidades supervisoras.

A estos ejemplos, se podría añadir todo lo relativo a ese tema tan actual de las valoraciones contables, que hacen aflorar en cuestión de meses millones de pérdidas donde antes había beneficios y, en teoría, sobre la base de unos mismos criterios contables.

A nuestro juicio, si se rasca un poco en todos esos intentos normativos de objetivar la actuación del ente supervisor lo que sale a la luz es una atribución de claras potestades discrecionales o —si se prefiere y para evitar el uso de este poco pacífico término— de unos amplísimos márgenes de decisión⁸². En ese

⁸¹ Especialmente llamativo es este criterio que parece otorgar al supervisor una especie de poderes adivinatorios, aunque con relevancia jurídica, sobre el comportamiento futuro de la entidad bancaria.

⁸² Por ej., históricamente, con respecto a la creación de entidades de crédito la discrecionalidad se recogía expresamente en el artículo 4 del Decreto 1312/1963 que establecía que «las expresadas autorizaciones se concederán o denegarán discrecionalmente, atendiendo al interés que para la economía nacional revista el programa fundacional de los promotores». Ciertamente, ese fin del interés para la economía nacional se ha sustituido por esos otros de la solvencia y el equilibrio del sistema financiero, pero el elemento discrecional sigue presente. A este respecto, resulta de interés la referencia a la discrecionalidad que contiene la parte expositiva de la Directiva *Ómnibus* (Directiva 2010/78/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre): «(20) La Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio dispone la mediación o la adopción de decisiones conjuntas por lo que se refiere a la determinación de las sucursales importantes a efectos de la participación en los colegios de supervisores, la validación de modelos y la evaluación de riesgos del grupo. En todos esos ámbitos, son necesarias modificaciones que precisen con claridad que, en caso de desacuerdo durante un período especificado, la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea) podrá resolverlo recurriendo al proceso establecido en el Reglamento (UE) n.º 1093/2010. Con este enfoque, queda claro que, si bien la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria

contexto, cobran relevancia algunos instrumentos que tienden a ofrecer una mayor seguridad jurídica para las entidades de crédito y que, en algunas de sus manifestaciones, podrían incluirse en eso que se ha dado en denominar el *soft law*⁸³. A este respecto, debe destacarse el artículo 10 bis de la Ley 13/1985 que atribuye al Banco de España, «en su condición de autoridad responsable de la supervisión de las entidades de crédito», la función de «elaborar y publicar guías, dirigidas a las entidades y grupos supervisados, indicando los criterios, prácticas o procedimientos, que considera adecuados para favorecer una adecuada evaluación de los riesgos a que están o puedan estar expuestos así como el mejor cumplimiento de las normas de ordenación y disciplina de los sujetos supervisados. Dichas guías podrán incluir los criterios que el propio Banco de España seguirá en el ejercicio de sus actividades de supervisión». Se trata de documentos que carecen formalmente de una fuerza vinculante, pero que en la práctica tienen una efectividad bien distinta⁸⁴.

2. *Es un control con una finalidad claramente directiva*

Los controles de carácter marcadamente reglado, donde el marco normativo de derechos y deberes está claro y las Administraciones públicas carecen de márgenes de decisión para su configuración, tienen una escasa relevancia desde el punto de vista de la dirección o encauzamiento de la actividad de los particulares. Pero no es este el caso. Esos amplios poderes que acabamos de exponer conllevan que el Banco de España pueda claramente dirigir la actividad de las entidades de crédito hacia aquellos comportamientos que considere más adecuados para garantizar su solvencia y, más concretamente, la estabilidad del sistema financiero⁸⁵ y ello sin perjuicio de la existencia también de elementos de carácter reglado. Basta solo con tocar unos u otros de los resortes expuestos en la línea que se desee. Pero además, junto a procedimientos más o menos formalizados de dirección y control, existen otros muchos de carácter informal (reuniones, llamadas de teléfono, cartas, etc.), de gran trascendencia y en

Europea) no está facultada para sustituir *las decisiones discrecionales de las autoridades competentes en cumplimiento del Derecho de la Unión*, debería ser posible que las diferencias se resolvieran y se reforzara la cooperación antes de adoptar o dirigir a una entidad una decisión definitiva» (la cursiva es nuestra).

⁸³ Vid. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D., *El Soft Law administrativo*, Civitas, Madrid, 2008.

⁸⁴ Vid. también el artículo 46.3.b) RD 216/2008.

⁸⁵ HERNÁNDEZ MARQUES, H., distingue entre dos potestades: por un lado, la potestad de supervisión, cuya definición recogimos más arriba; y por otro, la potestad de dirección y coordinación que define como aquella que tiene «por finalidad encauzar la actividad crediticia por derroteros exigidos por los dictados del interés general» («La potestad de dirección y supervisión...», *op. cit.*, p. 124 y, en particular, pp. 131 y ss.).

los que, evidentemente, también estarán presentes los fenómenos de negociación ⁸⁶.

En ese sentido, debe destacarse el acierto del planteamiento de M. S. GIANNINI quien puso de manifiesto estas transformaciones de la regulación sobre las entidades de crédito: «da una disciplina eminentemente negativa (limitazione all'attività) si è passati a una disciplina eminentemente positiva (indirizzo dell'attività stessa)» ⁸⁷.

3. *Es un control que tiene como objeto los aspectos más sensibles de cualquier actividad empresarial*

No solo se controlan los recursos propios, la contabilidad, la organización interna o el accionariado, sino también los proyectos empresariales de carácter más estratégico. Sobre ello volveremos más adelante.

4. *Las dificultades de un control judicial efectivo*

Las dificultades podrían sintetizarse en dos grupos:

— Aquellas que derivan de los mencionados amplios márgenes de decisión que la normativa bancaria atribuye a los organismos de supervisión ⁸⁸. Se trata de la existencia de unos conceptos jurídicos indeterminados que la Administración debe integrar o de la atribución de verdaderas facultades discrecionales, o de ambas cosas al mismo tiempo, es innegable que el legislador ha atribuido un amplio margen de decisión a las Administraciones públicas y

⁸⁶ A nuestro juicio, el reciente proceso de reestructuración en las Cajas de Ahorro ha mostrado con claridad estos procesos informales de control y dirección, y para ello basta con acudir a los titulares de prensa (llamadas de teléfono del Gobernador del Banco de España, cartas de este a los directivos, reuniones en el Banco de España para acercar posturas en procedimientos de fusión, llamadas de atención, etc.).

⁸⁷ «Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia», en *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Vol. II, Padova, Cedam, 1940, pp. 713 y ss.

⁸⁸ No procede ahora que se analice el debate en torno al control judicial de las potestades discrecionales o de los propios conceptos jurídicos indeterminados, que ha sido estudiado en extenso e incluso con pasión por la doctrina administrativista española (FERNÁNDEZ, T.-R.; SÁNCHEZ MORÓN, M.; BACIGALUPO, M.; DESDENTADO, E.; MOZO, A. y SAINZ MORENO, F etc.). Por el contexto del trabajo, próximo a la materia que nos ocupa, baste con citar a MAGIDE HERRERO, M., que realiza una exposición detallada y crítica de todos esos trabajos, con abundantes citas también de la doctrina alemana (*Límites constitucionales...*, *op. cit.*, pp. 286 y ss.). También, ARIÑO ORTIZ, G., «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho», *Revista de Administración Pública*, n.º 182, mayo/agosto 2010, pp. 9 y ss. y, en particular, pp. 23 y ss., donde se refiere al control de los actos de intervención de entidades financieras.

que de esta manera estas también participan en la labor de determinación de los intereses públicos. Se trata de un margen y función que deben ser respetados por el poder judicial como consecuencia de la estructura constitucional de poderes y que, por tanto, conllevarán importantes limitaciones en el alcance del control judicial sobre las actuaciones administrativas. A estos límites, se añaden aquellos que derivan de la dificultad de reconducir a estrictos términos jurídicos —que son los únicos que pueden utilizar jueces y tribunales— las circunstancias, datos, valoraciones, criterios, elementos, etc. tenidos en cuenta por la Administración en su actuación.

— La imposibilidad de controlar judicialmente los mencionados mecanismos informales de control que, en última instancia, acaban basándose en la aceptación «voluntaria» por parte de la entidad de crédito.

VI. El fundamento de la especial intensidad e intervencionismo de la supervisión bancaria y de la propia legislación sobre entidades de crédito

El artículo 38 CE proclama el derecho constitucional a la libertad de empresa. Seguidamente, el artículo 53.1 CE prevé que «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...», entre los que se encuentra la libertad de empresa. Por tanto, como es sabido, el legislador puede limitar el derecho a la libertad de empresa, siempre que concurra un interés público que así lo justifique y de manera congruente y proporcionada a la propia trascendencia de ese interés público.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha afirmado que la libertad de empresa, en su vertiente positiva, supone el derecho a «iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial», lo que conlleva el «reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado» (FJ 3.º, STC 225/1993, de 8 de julio, ponente González Campos)⁸⁹. Pues bien, precisamente, es sobre ese contenido esencial sobre el que parece incidir la intervención administrativa sobre entidades de crédito: la Administración interviene sobre la organización de la em-

⁸⁹ Sobre este contenido esencial de la libertad de empresa, *vid.* ARIÑO ORTIZ, G., *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 83 y ss. En la clasificación de los tipos o modalidades de intervención estatal en la actividad económica que este autor realiza, la que ahora nos ocupa se encuadraría en la que denomina «regulación económica *stricto sensu*» (*ibidem*, p. 100).

presa, sobre sus decisiones empresariales, sobre la distribución de sus recursos, etc. En otras actividades económicas, si la empresa adopta una política comercial (por ej., vender a precio de costo) que pueda llevarla a la quiebra, eso es algo indiferente para las Administraciones públicas. Más aún, sería inconstitucional que la Administración interviniera en ello. Sin embargo, como se ha expuesto más arriba, la legislación sobre entidades de crédito otorga poderes a las Administraciones públicas para impedir que una entidad de crédito sea mal gestionada, sea ineficiente y pueda quebrar —aunque la historia reciente ha demostrado o que esos poderes no son tan intensos como se piensa o que el ente supervisor no los ha ejercido en toda su extensión—. La diferencia es radical.

El argumento que se suele utilizar para justificar esa situación es la trascendencia de los intereses públicos en juego: la estabilidad y buena marcha de todo el sistema económico en su conjunto. Ciertamente, se trata de un interés de gran relevancia, pero también hay otros intereses públicos que afectan a cuestiones tales como la salud o seguridad del ser humano y que, sin embargo, no han originado intervenciones de tanta injerencia. A partir de ahí, esta realidad se pretende explicar dogmáticamente acudiendo a construcciones como las de las relaciones de sujeción especial⁹⁰ o la del ordenamiento sectorial⁹¹ que son, por tanto, un *ulterior* pero no el fundamento de la mencionada intervención.

A nuestro juicio, la clave de bóveda debe buscarse en que junto al ejercicio de una actividad empresarial, las entidades de crédito son beneficiarias de dos privilegios de carácter público⁹²:

⁹⁰ Una reconducción de esta noción a un ámbito compatible con los principios constitucionales puede encontrarse en LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994. También pueden verse los trabajos de LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994; y GARCÍA MACHO, R., *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1992.

⁹¹ Sobre la construcción de los ordenamientos sectoriales, *vid.* SANTI ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, y el Estudio Preliminar de MARTÍN-RETORTILLO, S., que precede a esa obra; GIANNINI, M. S., «Gli elementi degli ordinamenti giuridici», *Riv Trim DP*, n.º 2, 1958, pp. 226 y ss.; «Gli ordinamenti sezionali rivisitati (traendo spunto dall'ordinamento creditizio)», en *La ristrutturazione delle banche pubbliche*; y AMOROSINO, S., «Gli ordinamenti sezionali: itinerari d'una categoria teorica. L'archetipo del settore creditizio», en *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, 1995; FRANCHI SAGUER, M., *Intervención administrativa...*, *op. cit.*, pp. 250 y ss.; FERNÁNDEZ MARQUES, H., «Las potestades de dirección y supervisión...», *op. cit.*, pp. 132 y ss.; FERNÁNDEZ, T.-R., «Los poderes públicos de ordenación bancaria...», *op. cit.*, pp. 416 y ss.; «El ordenamiento crediticio y bancario español...», *op. cit.*, p. 21. En la actualidad, en Italia se discute si esta supervisión prudencial en un mercado concurrencial hace necesario replantearse esa noción del ordenamiento sectorial.

⁹² Esta idea del privilegio se visualizaba claramente en la Ley Cambó de 1921. Esta Ley es-

— El primero, el de crear dinero. La política monetaria es una función propia de los poderes públicos. A este respecto, el artículo 7.3 LBE establece que «el Banco de España participará en el desarrollo de las siguientes funciones básicas atribuidas al SEBC: ... e) Emitir los billetes de curso legal»⁹³. Sin embargo, el ordenamiento jurídico ha configurado un sistema a través del que, *ex facto*, se permite a las entidades de crédito crear dinero —el dinero fiduciario—, a través del mecanismo del crédito⁹⁴.

— El segundo, la posibilidad de acudir a los Bancos Centrales como prestadores de último recurso, ante situaciones de falta de liquidez —que no, necesariamente, de solvencia—⁹⁵.

Son privilegios que no están amparados por la libertad de empresa y cuya concesión a las entidades de crédito justificaría el régimen expuesto. Además, este planteamiento explicaría la menor intensidad de la intervención administrativa en otras actividades del sector financiero que no gozan de estos privilegios.

En cualquier caso, salta a la vista que este planteamiento presenta a día de hoy y en el seno de la Unión Europea ciertas incongruencias que la actual crisis económica ha puesto de manifiesto y a las que, en parte, se ha respondido con la creación del Sistema Europeo de Supervisión Financiera. Por un lado, la política monetaria y esa función de prestador de último recurso están en manos del Banco Central Europeo y del Sistema Europeo de Bancos Centrales. No obstante, por otra parte, la actividad de supervisión financiera corresponde a las respectivas autoridades competentes de los Estados Miembros —generalmente, sus Bancos Centrales—. Por tanto, insuficiencias supervisoras —e incluso regulatorias— en un Estado miembro pueden originar situaciones que requieran del auxilio de la liquidez del Banco Central Europeo. Esto representa una suerte de comunitarización o europeización del coste de esos errores —que incluso podría plantear problemas de competencia desleal entre entidades financieras o el conocido como «riesgo moral»—, sin que hasta

tablecía un régimen de inscripción voluntaria de las entidades de crédito, pero solo las entidades inscritas participaban de los beneficios del sistema y, en contrapartida, estaban sometidas a las intervenciones de la Administración (sobre esta ley, *vid.* FRANCH I SAGUER, M., *Intervención administrativa...*, pp. 115 y ss. y p. 180).

⁹³ El artículo 128.1 TFUE establece que «el Banco Central Europeo tendrá el derecho exclusivo de autorizar la emisión de billetes de banco en euros en la Unión».

⁹⁴ Un análisis detallado y muy crítico de esta realidad y del papel que en ella juega la configuración jurídica del depósito irregular de dinero, en *vid.* HUERTA DE SOTO, J., *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Madrid, Unión Editorial, 2009, 4.ª ed., *in totum* y, en particular, pp. 108 y ss. y 155 y ss.

⁹⁵ Una exposición histórica de cómo los bancos privados exigieron la creación de un Banco Central que les diera la liquidez necesaria en momentos de crisis, en HUERTA DE SOTO, J., *Dinero, crédito bancario...*, *op. cit.*, pp. 122 y ss.

tiempos recientes la Unión Europea haya dispuesto de mecanismos adecuados para exigir medidas específicas a esas autoridades nacionales o a las propias entidades financieras y se hayan establecido las bases para una mayor coordinación en este ámbito.

VII. La organización administrativa competente para ejercer la supervisión bancaria

1. *La atribución de la supervisión bancaria al Banco de España y algunas notas de su régimen jurídico*

El mencionado artículo 7.6 LBE establece que «el Banco de España 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...». Se trata de una función que se reitera, como se ha visto, en otras leyes. Sin embargo, no se trata de una competencia atribuida en exclusiva al Banco de España, pues el Ministerio de Economía y Hacienda también conserva una serie de competencias en este ámbito (por ej., la resolución de la autorización de creación de un banco —*ex art. 43 LDIEC*—), aunque en la mayoría de las ocasiones habrá de ejercerlas en colaboración con el Banco de España.

Por tanto, en grandes líneas, se ha optado en España por la atribución a un mismo ente de las funciones de política monetaria y las de supervisión sobre entidades de crédito. La justificación habitual de esta acumulación de competencias se busca en la conexión de la actividad de estas entidades con la política monetaria y en la función que tienen los Bancos Centrales de aseguradores últimos de la liquidez de las entidades de crédito. En cualquier caso, debe advertirse que ello no siempre ha sido así⁹⁶; que no es así en todos los Estados con un sistema bancario desarrollado; que no ha sido el modelo seguido por las propias instituciones comunitarias a la hora de diseñar el Sistema Europeo de Supervisores Financieros; y que las posiciones doctrinales al respecto tampoco son pacíficas⁹⁷.

⁹⁶ *Vid.* las funciones que el artículo 47 de la Ley de 31 de diciembre de 1946, de Ordenación Bancaria, atribuía a la Dirección General de Banca y Bolsa del Ministerio de Hacienda.

⁹⁷ Al respecto, PAREJA I LOZANO, C., a propósito de esta cuestión en el sistema norteamericano, afirma que las opiniones contrarias a la concentración de las funciones de supervisión bancaria en la autoridad monetaria (la FED) son las más frecuentes entre los autores que se pronuncian sobre este tema (*Los poderes de supervisión bancaria...*, *op. cit.*, pp. 76 y ss.). Los argumentos que se recogen son fundamentalmente los siguientes: la inconveniencia de atribuir esas funciones a una agencia con un régimen de independencia casi absoluto; excesiva concentración de poder y, por tanto, de posición preeminente frente a las entidades de crédito; incompatibilidad

No podemos detenernos ahora en un estudio de la evolución histórica de la organización administrativa de la supervisión bancaria o de los orígenes y transformaciones del propio Banco de España ⁹⁸. Ni siquiera debemos extendernos en el análisis de su naturaleza jurídica y de su posición frente al conjunto de las Administraciones y poderes públicos ⁹⁹. Baste decir que forma parte de eso que se ha dado en denominar las «Autoridades administrativas independientes» y que el artículo 2 LABE lo configura como «una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada». Sin embargo, existen ciertos elementos o características de su régimen jurídico que despliegan una especial trascendencia en el ámbito que nos ocupa y que merecen que nos detengamos, siquiera sea brevemente, en ellos: su sometimiento al ordenamiento jurídico-privado, su autonomía y el régimen de su personal.

1.1. *Derecho privado versus Derecho público*

El artículo 1.2 LABE marca como punto de partida que el Banco de España está sometido al ordenamiento jurídico-privado. Sin embargo, esta regla se exceptúa cuando actúa en el ejercicio de potestades administrativas. En estos supuestos, el precepto establece que será de aplicación lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Más aún, el propio precepto añade que «tendrán en todo caso naturaleza administrativa los actos que dicte el Banco de España en ejercicio de las funciones a las que se refieren el artículo 7.6...», esto es, la supervisión bancaria. Por tanto, en lo que ahora nos

tibilidad que en algún momento pudiera darse entre ambas funciones —política monetaria y supervisión financiera—. También puede encontrarse una síntesis de los argumentos a favor (las sinergias informativas entre supervisión y funciones fundamentales de banca central; el enfoque centrado en el riesgo sistémico; y la independencia y competencia técnica) y en contra (a los ya comentados, se añade el de la tendencia hacia la concentración y la difuminación de las fronteras entre los productos y los intermediarios financieros) de esta concentración de funciones en los Bancos Centrales en el documento publicado por el Banco Central Europeo, *El papel de los Bancos Centrales en la supervisión prudencial*, (no aparece fecha) y donde se concluye lo siguiente: «Hasta ahora, la experiencia de que se dispone sobre su funcionamiento, tanto en la zona del euro como en Estados Unidos, demuestra que los bancos centrales desempeñan las funciones supervisoras con eficacia» (p. 8).

⁹⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro...*, op. cit., in totum; FRANCH I SAGUER, M., *Intervención administrativa...*, op. cit., pp. 156 y ss.

⁹⁹ Un análisis detallado de estas cuestiones en POMED SÁNCHEZ, L. A., *Régimen jurídico del Banco de España*, Tecnos, Madrid, 1996; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La posición jurídica del Banco de España en el sistema Europeo de Bancos Centrales*, Civitas, Madrid, 2000; ORRIOLS SALLÉS, M. A. y ROCA SAGARRA, J., *Banco de España y estructura plural: los modelos administrativos en la Reserva Federal americana y del Bundesbank alemán*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

ocupa, la regla general será la aplicación de lo previsto en la legislación general sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común y no el Derecho privado. Evidentemente, la naturaleza jurídica de las actuaciones de supervisión del Banco de España —verdaderas potestades públicas— exigían este planteamiento.

1.2. *La autonomía del Banco de España y las funciones supervisoras*

El artículo 1.1 LBE establece que el Banco de España, «en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines actuará con autonomía respecto a la Administración General del Estado, desempeñando sus funciones con arreglo a lo previsto en esta Ley y en el resto del ordenamiento jurídico».

En su análisis del sistema de supervisión bancaria de EE.UU, PAREJA I LOZANO da cuenta de que «la mayor parte de opiniones destacan la conveniencia de que existan responsabilidades políticas y administrativas en el ejercicio de las funciones supervisoras, lo que no se corresponde con el estatuto de independencia propia del FED (*Federal Reserve System*)»¹⁰⁰. Similares reflexiones son trasladables también al sistema español y puede afirmarse que respecto de la disciplina de las entidades de crédito desaparece la justificación de la autonomía especial del Banco de España como autoridad administrativa independiente. Tanto es así, que precisamente el artículo 43 bis.7 LDIEC prevé que los actos que dicta el Banco de España en ejercicio de esta función de supervisión sí son susceptibles de recurso ante el Ministro de Economía y Hacienda. Por tanto, se prescinde para estas funciones de la mencionada nota de la autonomía¹⁰¹.

1.3. *El régimen del personal inspector*

El artículo 6 bis LBE se limita a establecer, sin ninguna precisión o desarrollo adicional, que «el personal del Banco de España está vinculado al mismo por una relación de Derecho laboral». Como se ha expuesto, a pesar de la parca regulación existente, la labor de supervisión conlleva naturalmente el acceso a locales generalmente no accesibles al público, el requerimiento de in-

¹⁰⁰ *Los poderes de supervisión bancaria en el sistema federal norteamericano*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 34; volviendo sobre esta idea en otras partes, como la p. 77.

¹⁰¹ Aunque en un contexto de análisis de los riesgos tecnológicos y no de la tipología de riesgos propios del sector financiero, *vid.* las interesantes reflexiones de ESTEVE PARDO sobre ese fenómeno que sustrae de la Administración ordinaria ciertas decisiones y controles vinculados con la gestión de riesgos y los traslada a Administraciones independientes (*Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 63-64).

formación o documentación a las entidades de crédito o incluso a terceros, su posterior examen, o incluso la posibilidad de requerir o recomendar a las entidades ciertas correcciones en su actuación. Son todas ellas manifestaciones de claras potestades públicas que, tradicionalmente, son atribuidas en nuestro ordenamiento a funcionarios públicos, pues es el ejercicio de este género de potestades lo que precisamente justifica la existencia de este tipo de personal al servicio de las Administraciones públicas. No quiere decirse con esto que la atribución de estas funciones a un personal laboral sea inconstitucional, aunque algún autor así lo defiende. No obstante, el régimen jurídico del personal laboral, a diferencia de lo que ocurre con el régimen de la función pública, no es suficiente para garantizar adecuadamente los intereses públicos que se ponen en juego en el ejercicio de tales potestades. Por este motivo, se hace más preciso siquiera sea una mínima regulación legal del estatuto de este personal, donde se debería garantizar, por lo menos, su formación y capacidad, su independencia y una cierta autonomía funcional.

En la actualidad, los elementos configuradores de este régimen jurídico se encuentran dispersos y desgajados en instrumentos tan *sui generis* como una Circular Interna del Banco de España que establece el Código de Conducta para el Personal del Banco de España ¹⁰², el Reglamento interno del Banco de España ¹⁰³, el Convenio Colectivo entre el Banco de España y los empleados a su servicio ¹⁰⁴ y el Reglamento de Trabajo en el Banco de España aprobado por convenio colectivo. Es este último, por ej., el que sorprendentemente establece la titulación requerida en su artículo 44 («hallarse en posesión de un título universitario superior o de Escuela Técnica Superior») para el ingreso en la categoría de Inspectores de Entidades de Crédito y Ahorro. Esto es, es un acuerdo entre dos partes (Banco de España y sus empleados) el que determina los requisitos de titulación para que un tercero pueda acceder a un puesto donde se ejercen funciones públicas. Indudablemente, no es este el instrumento más ortodoxo para garantizar los intereses públicos que exigen una elevada cualificación profesional y técnica de los inspectores del Banco de España.

¹⁰² Algunos de los contenidos de esta Circular fueron impugnados antes los tribunales por considerar que vulneraban derechos constitucionales. Al respecto, *vid.* GONZÁLEZ BOTIJA, F., «A propósito de la legalidad de la Circular interna 10/2002, de 18 de octubre, sobre el Código de Conducta para el personal del Banco de España: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, sección 1.ª), de 7 de marzo de 2007», *RDBB*, n.º 107, 2007, pp. 231 y ss. Esta sentencia rechazó que el deber establecido a los empleados por esta Circular de comunicar operaciones financieras realizadas por ellos y por familiares vulnerara derechos constitucionales.

¹⁰³ Su artículo 17 regula el deber de secreto y el artículo 18 el deber de obediencia y responsabilidades.

¹⁰⁴ Resolución de 21 de enero de 2009, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Banco de España y sus trabajadores.

Además, esta situación resulta especialmente llamativa si se compara con la de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, entidad que presenta importantes similitudes con el Banco de España y cuyo personal también tiene régimen laboral. En este sentido, debe resaltarse que previsiones semejantes a las que se recogen en los mencionados Código de Conducta y Convenio Colectivo —por ej., el sistema de selección «mediante convocatoria pública y de acuerdo con sistemas basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad» del personal o ciertos deberes de comunicación de operaciones por parte de este personal con la finalidad de garantizar su independencia—, están expresamente recogidas en la Ley del Mercado de Valores (art. 14). Más aún, dicha Ley remite al Reglamento de Régimen Interior de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (el equivalente al Reglamento Interno del Banco de España) —que como se sabe goza de una especial posición en el sistema normativo de estas entidades—, aspectos que nuevamente se encuentran a día de hoy regulados bien el Código de Conducta bien en el Convenio, como el régimen específico aplicable al personal cuando deja de prestar servicios en ella o los procedimientos de ingreso. En definitiva, todo lo dicho demuestra palmariamente la necesidad de una regulación legal básica en los términos indicados.

2. *La coordinación con otras autoridades de supervisión*

La necesidad de coordinación del Banco de España con otras autoridades de supervisión, tanto nacionales como de otros Estados, surge de tres presupuestos distintos:

a) Las frecuentes interrelaciones existentes entre las distintas entidades financieras que conforman en muchas ocasiones grupos de empresas o los denominados «conglomerados financieros». En estos supuestos, se hace necesaria la coordinación entre las diversas autoridades administrativas de supervisión con la finalidad de evitar lagunas, superposiciones estériles y, en definitiva, conseguir una supervisión más efectiva y eficiente. No procede ahora que nos ocupemos de esos mecanismos, pues ello requeriría aunque fuera una mínima exposición del régimen de esas otras autoridades de supervisión ¹⁰⁵.

b) El régimen constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Las Comunidades Autónomas han asumido estatutariamente ciertas competencias en materia de entidades de

¹⁰⁵ *Vid.*, por ej., la figura del coordinador regulada en el artículo 5 de la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de conglomerados financieros, a la que se atribuye «el ejercicio y la coordinación de la supervisión adicional de las entidades reguladas de los conglomerados financieros»; o los deberes de cooperación entre las autoridades de supervisión recogidos en el artículo 6 de la misma norma.

crédito y, en particular, en lo relativo a las Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito ¹⁰⁶. En este sentido, el artículo 7.6 LABE, tras atribuir la función de supervisión de las entidades de crédito al Banco de España, añade que ello será «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 éstas con el Banco en el ejercicio de tales competencias autonómicas de supervisión» ¹⁰⁷. En cualquier caso, insistimos en que la competencia autonómica versa fundamentalmente sobre Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito, pero no sobre los Bancos que es el objeto de esta ponencia.

¹⁰⁶ Así, el artículo 120 del Estatuto de Autonomía de Cataluña dispone:

«3. Corresponde a la Generalitat, en materia de cajas de ahorro con domicilio en Cataluña, la competencia compartida sobre disciplina, inspección y sanción de las cajas. Esta competencia incluye, en todo caso, el establecimiento de infracciones y sanciones adicionales en materias de su competencia.

4. La Generalitat, de acuerdo con lo establecido en la legislación estatal, colabora en las actividades de inspección y sanción que el Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de España ejercen sobre las cajas de ahorro con domicilio en Cataluña».

Este precepto ha sido declarado inconstitucional en alguno de sus incisos y, en lo que ahora nos ocupa, la STC 31/2010, de 28 de junio, ponente Casas Baamonde, M. A., ha afirmado que esa colaboración en las actividades de inspección a las que se refiere el apartado 4 se hará en los términos que prevea la legislación básica estatal (*vid.* FJ 67).

Igualmente, el artículo 126 que lleva por título «Crédito, banca, seguros y mutualidades no integradas en el sistema de seguridad social» atribuye a la Generalidad de Cataluña «la competencia compartida sobre disciplina, inspección y sanción de las entidades a que se refiere el apartado 2 (las entidades de crédito que no sean cajas de ahorro, de las cooperativas de crédito y de las entidades gestoras de planes y fondos de pensiones y de las entidades físicas y jurídicas que actúan en el mercado asegurador a las que no hace referencia el apartado 1)». En cualquier caso, debe advertirse que más que una asunción estatutaria de una competencia se trata nuevamente de un *desideratum*, pues al afirmar que se trata de una competencia compartida habrá que estarse a lo que disponga la legislación básica estatal y, al menos en materia de entidades bancarias, esa legislación no prevé intervención alguna de las Comunidades Autónomas en materia de supervisión. Por otra parte, la mencionada STC 31/2010 declaró inconstitucional el inciso de ese precepto a través del que se condicionaba la forma del ejercicio por el Estado de sus competencias sobre la legislación básica —«principios, reglas y estándares mínimos fijados en las bases estatales»— (FJ 72).

¹⁰⁷ Este precepto sigue la estela de lo dispuesto en el artículo 43 bis.8 que tras recoger las competencias de supervisión del Banco de España aclara que ello «se entiende sin perjuicio de las competencias que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas y de lo que resulte de los convenios entre el Banco de España, y las Comunidades Autónomas a que se refiere la disposición adicional primera, apartado 3 de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, sobre Organos Rectores de las Cajas de Ahorro...». Sobre este reparto de competencias en materia de supervisión, resulta de interés la STS de 4 de mayo de 2010. Sobre la sentencia impugnada en la que esta tiene su origen, *vid.* LAFONT NICUESA, L., «Comentario a la STSJ del País Vasco número 354/2007, de 17 de mayo de 2007: La inspección de las cajas de ahorro por las comunidades autónomas y el Banco de España», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 82, 2008, pp. 261-282; ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Las competencias autonómicas de supervisión de las entidades de crédito», *RAP*, n.º 178, 2009, pp. 37 y ss.

No obstante, debe advertirse que, sobre la base del régimen constitucional de distribución de competencias en este ámbito, no puede descartarse de manera absoluta una competencia autonómica sobre esta materia. Al respecto, debe tenerse en cuenta la STC 96/1996, de 30 de mayo, ponente A. Rodríguez Bereijo, y su pronunciamiento a propósito del artículo 42 LDIEC. Este precepto reconoce a las Comunidades Autónomas unas concretas competencias sancionadoras —lo que conlleva implícitamente el otorgamiento de una potestad de supervisión en esas materias—, pero siempre acotadas a unos concretos sujetos: Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito. Ante esta situación, el Tribunal concluye que «la falta de mención a las restantes entidades financieras o de crédito que no son Cajas de Ahorro o Cooperativas de crédito, que se aprecia en el art. 42 de la Ley 26/1988, supone una asunción implícita de las competencias respecto de ellas por parte del Estado. Asunción de competencias que resulta contraria al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias, en cuanto determina lisa y llanamente el total vaciamiento de la competencia autonómica previamente reconocida y asumida en los Estatutos de Autonomía en materia de ordenación del crédito, al desconocer absolutamente la Ley impugnada cualquier posibilidad de actuación de las Comunidades Autónomas respecto de todas las entidades que no sean Cajas de Ahorro o Cooperativas de crédito» (FJ 22.º). En cualquier caso, el Tribunal añade que debe ser el legislador estatal el que determine la regulación básica de esas potestades de disciplina e intervención respecto a entidades de crédito que no sean Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito, delimitándose así el marco competencial propio de las Comunidades Autónomas. Pero la realidad ha sido que el legislador básico estatal no ha atribuido ninguna competencia sobre esas otras entidades de crédito a las Comunidades Autónomas, atribuyéndolas todas a órganos estatales, y que las Comunidades Autónomas tampoco han hecho uso de su competencia normativa de desarrollo para asumirlas.

c) Las exigencias del Derecho Comunitario. La normativa comunitaria aprobada con la finalidad de garantizar la libertad de establecimiento y prestación de servicios en el ámbito de las entidades de crédito, fue consciente de la necesidad de establecer una serie de mecanismos de coordinación y cooperación entre las autoridades de supervisión de los distintos Estados. Además, el punto de partida era el principio de mutuo reconocimiento y de control por el país de origen (*vid.* el Título V de la LDIEC) ¹⁰⁸.

Pero la actual crisis económica, también en este asunto, ha puesto de manifiesto la necesidad de reforzar esa coordinación y colaboración. En esta línea, destaca la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de

¹⁰⁸ Otra muestra de la colaboración entre autoridades supervisoras puede encontrarse en la evaluación de la adquisición de participaciones significativas (art. 58 bis LDIEC).

16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2007/64/CE en lo que respecta a los bancos afiliados a un organismo central, a determinados elementos de los fondos propios, a los grandes riesgos, al régimen de supervisión y a la gestión de crisis; que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas. En el plano dogmático destaca lo que podría considerarse una traslación del principio de lealtad institucional a la relaciones entre las entidades de supervisión de los distintos Estados miembros:

«3. Las autoridades competentes de un Estado miembro, en el ejercicio de sus cometidos generales, tomarán debidamente en consideración la posible incidencia de sus decisiones en la estabilidad del sistema financiero de todos los demás Estados miembros afectados, en particular, en situaciones de urgencia, basándose en la información disponible en el momento» (nueva redacción del art. 40 de la Directiva 2006/48/CE) ¹⁰⁹.

Pero, además de esta proclamación de carácter general, se establecen concretos mecanismos de coordinación y colaboración —que, dicho sea de paso, plantean muy interesantes consecuencias en lo relativo a la territorialidad de las competencias— tales como la figura de las «sucursales significativas» y el procedimiento para su designación; la regulación de los colegios de supervisores; o las decisiones conjuntas en el marco de la supervisión de grupos transfronterizos.

3. La relación con las funciones de la Autoridad Bancaria Europea

Como se dijo, la Autoridad Bancaria Europea forma parte del Sistema Europeo de Supervisores Financieros ¹¹⁰. Mediante la creación de esta Autoridad

¹⁰⁹ En lo que se refiere al Banco de España, se añade un apartado 4 al artículo décimo bis Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros:

«4. El Banco de España, en el desarrollo de sus funciones como autoridad responsable de la supervisión de las entidades de crédito y sus grupos consolidables:

a) Tomará debidamente en consideración la posible incidencia de sus decisiones en la estabilidad del sistema financiero de todos los demás Estados miembros afectados, en particular, en situaciones de urgencia, basándose en la información disponible en el momento; y,

b) Tendrá en cuenta en la aplicación de esta Ley la convergencia de instrumentos y prácticas de supervisión en el ámbito de la Unión Europea».

¹¹⁰ Reglamento (UE) n.º 1093/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24

Europea se responde a una necesidad advertida hace muchos años ¹¹¹ y que no ha sido hasta ahora, cuando la crisis económica ha puesto crudamente de manifiesto las deficiencias existentes en el marco jurídico de la unión monetaria, cuando se ha afrontado su creación y regulación. Analicemos sintéticamente sus funciones.

3.1. *Funciones de coordinación, normalización y apoyo*

La mayor parte de las funciones que asume esta Autoridad son de coordinación, normalización y apoyo a las funciones propiamente de supervisión de las correspondientes autoridades nacionales. En esa línea, se le asignan funciones como las siguientes (*ex art. 8 Reglamento*):

— Contribuir al establecimiento de normas y prácticas reguladoras y de supervisión comunes de alta calidad, en particular, emitiendo dictámenes dirigidos a las instituciones comunitarias y elaborando directrices, recomendaciones y proyectos de normas técnicas de regulación y de ejecución.

— Contribuir a una aplicación coherente de la legislación comunitaria, en particular contribuyendo a la instauración de una cultura de supervisión común, mediando y resolviendo diferencias entre autoridades competentes y asegurando un funcionamiento coherente de los colegios de supervisores.

— Llevar a cabo evaluaciones inter pares de las autoridades competentes, a fin de reforzar la coherencia de los resultados de la supervisión.

3.2. *Funciones directas de supervisión*

Junto con lo que se expondrá en el siguiente epígrafe, este ha sido uno de los puntos delicados en el debate en torno a las funciones de la Autoridad

de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), se modifica la Decisión n.º 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión.

¹¹¹ El Comité Louis, en el que García de Enterría participó, propugnó como una solución imprescindible en la fase final o de llegada, sin perjuicio de las soluciones que se adoptaran en las fases intermedias, que en el aquel momento futuro Banco Central Europeo asumiera también las funciones de disciplina bancaria, pasando a ser los Bancos Centrales estatales delegados del Banco Central en el ejercicio de esas funciones. *Vid.* «Vers un Système Européen de Banques Centrales», *Études Européennes*, Institut d'Études Européennes, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1989, reimpresión 1990; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Prólogo a la obra *Intervención administrativa sobre Bancos y Cajas de Ahorros*, *op. cit.*, p. 18. También pueden encontrarse otras posiciones doctrinales en la misma línea, en PAREJA I LOZANO, C., *Los poderes de supervisión bancaria...*, *op. cit.*, pp. 27 y ss. *Vid.* también HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., «La unificación de la supervisión prudencial de las entidades de crédito en la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 5, 2003, pp. 91 y ss.

Bancaria Europea por el recelo mostrado por los Estados Miembros, reacios a una pérdida de competencias en ese ámbito. A este respecto, el artículo 6.3 de la propuesta de Reglamento de creación de la Autoridad Bancaria Europea preveía que esta «ejercitará las facultades exclusivas de supervisión sobre las entidades de escala comunitaria o las actividades económicas de escala comunitaria que le hayan sido conferidas en virtud de la legislación (comunitaria)...»¹¹². Por tanto, se atribuía una función supervisora en exclusiva que, por mor de esa característica, no debía entrar en conflicto con la actividad propia de las autoridades de supervisión nacionales. En cualquier caso, debía ser esa otra legislación comunitaria la que delimitara el ámbito y atribuyera tales funciones supervisoras. No obstante, esta mención expresa a la supervisión directa se suprimió a lo largo de la tramitación normativa, manteniéndose solo la función genérica de «cumplir cualquier otra de las funciones específicas previstas en el presente Reglamento o en otros actos legislativos» [art. 8.1.j)] e incluyendo la siguiente previsión en el artículo 81.3: «Por lo que atañe a la cuestión de la supervisión directa de entidades o infraestructuras de escala paneuropea, y teniendo en cuenta la evolución del mercado, la Comisión elaborará un informe anual sobre la conveniencia de confiar a la Autoridad otras competencias de supervisión en este ámbito».

Con un alcance más genérico, el artículo 8.1.f) atribuye a la Autoridad la función de «supervisar y evaluar la evolución del mercado en su ámbito de competencia, incluidas, cuando procede, las tendencias del crédito, en particular a hogares y PYME». Esta función se desarrolla en el artículo 32 (que habla solo de evaluación —y no de supervisión— de la evolución del mercado)–, donde se establece que versará «sobre las tendencias microprudenciales, los riesgos potenciales y los puntos vulnerables pertinentes». A pesar de esta referencia a lo microprudencial es evidente la conexión entre este análisis y la denominada supervisión macroprudencial que está atribuida a la Junta Europea de Riesgo Sistémico¹¹³, lo que tiene reflejo en el propio precepto mediante referencias a la cooperación entre ambas entidades.

Finalmente, también debe mencionarse lo previsto en el apartado segundo del artículo 34, que lleva por título «otras funciones»:

¹¹² COM (2009) 501 final, de 23 de septiembre.

¹¹³ Vid. Reglamento (UE) n.º 1092/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, relativo a la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión Europea y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico. Esta Junta «asumirá la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión a fin de contribuir a la prevención o mitigación del riesgo sistémico para la estabilidad financiera en la Unión que surge de la evolución del sistema financiero, y teniendo en cuenta la evolución macroeconómica...» (art. 3.1). A este respecto, el riesgo sistémico se define como «un riesgo de perturbación del sistema financiero, que puede tener repercusiones negativas graves sobre el mercado interior y la economía real» (art. 2).

«Por lo que se refiere a las evaluaciones prudenciales de fusiones y adquisiciones pertenecientes al ámbito de aplicación de la Directiva 2006/48/CE... y que... precisen la consulta entre las autoridades competentes de varios Estados miembros, la Autoridad, a instancias de una de las autoridades competentes afectadas, podrá emitir y publicar un dictamen sobre una evaluación prudencial excepto...».

Esta evaluación prudencial entra dentro de la noción estricta de supervisión que expusimos, aunque se configura como una función que solo puede ejercer previa solicitud de una de las autoridades nacionales competentes y también con ciertos límites en cuanto a su objeto.

3.3. *La adopción de decisiones individuales dirigidas a las autoridades estatales de supervisión o a las entidades financieras*

El artículo 8, con carácter general, y los artículos 17 (infracción del Derecho de la Unión), 18 (actuación en situaciones de emergencia) y 19 (solución de diferencias entre las autoridades competentes en situaciones transfronterizas) atribuyen a la Autoridad Bancaria Europea una serie de potestades para adoptar decisiones individuales de obligado cumplimiento por parte de las autoridades nacionales de supervisión e incluso, como último recurso, decisiones individuales dirigidas a las entidades financieras.

En cuanto a la posibilidad de acordar decisiones individuales vinculantes dirigidas a las autoridades nacionales de supervisión bancaria, se admite en los siguientes supuestos:

— En caso de que el Consejo haya determinado la existencia de una situación de emergencia —en la propuesta de Reglamento, esta facultad se atribuía a la Comisión—, por la concurrencia de una evolución adversa que pueda comprometer gravemente el correcto funcionamiento y la integridad de los mercados financieros o la estabilidad del conjunto o una parte del sistema financiero de la Comunidad. En esta situación, la Autoridad «podrá adoptar decisiones individuales instando a las autoridades competentes a tomar las medidas necesarias, de conformidad con la legislación (comunitaria)..., para abordar tal evolución» (art. 18.3).

— Cuando hayan fracasado los intentos de conciliación para que varias autoridades nacionales de supervisión bancaria se pongan de acuerdo, cuando la legislación comunitaria imponga la cooperación, la coordinación o una decisión conjunta por parte de las autoridades competentes de varios Estados miembros. En este caso, la Autoridad podrá adoptar una decisión instando a las autoridades nacionales «bien a tomar medidas específicas, bien a abstenerse de toda actuación, a fin de dirimir el asunto» (art. 19.3).

Pero avanzando un paso más, el Reglamento también prevé que la Autoridad pueda adoptar decisiones individuales dirigidas directamente a las entidades financieras en los siguientes supuestos:

— Cuando, en los dos supuestos que se acaban de recoger, la autoridad nacional no cumpla la decisión de la Autoridad. Ante esta situación se prevé que, sin perjuicio de las facultades que el artículo 258 TFUE confiere a la Comisión para los supuestos de incumplimiento del Derecho comunitario, «cuando los requisitos pertinentes de los actos legislativos (comunitarios) (incluidos los de las normas técnicas de regulación y los de las normas técnicas de ejecución)... sean directamente aplicables a las entidades financieras, (la ABE podrá acordar) una decisión individual dirigida a una entidad financiera instándola a adoptar las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de dicha legislación, incluido el cese de una práctica» (arts. 18.4 y 19.4).

— Cuando la autoridad nacional no cumpla el «dictamen formal» aprobado por la Comisión ¹¹⁴ y sea necesario resolver el incumplimiento para mantener o restaurar unas condiciones neutras de competencia en el mercado o garantizar el correcto funcionamiento y la integridad del sistema financiero, «la Autoridad podrá adoptar, cuando los requisitos aplicables... (de la normativa comunitaria) sean directamente aplicables a las entidades financieras, una decisión individual dirigida a una entidad financiera instándola a adoptar las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho de la Unión, incluido el cese de una práctica» (art. 17.6). Obsérvese que en este supuesto, a diferencia de los anteriores, existe un acuerdo de la Comisión que, además, el mismo precepto añade que vincula a la decisión que pueda adoptar la Autoridad.

La regulación expuesta muestra con toda su crudeza las imperfecciones del Derecho comunitario como ordenamiento jurídico. Resulta criticable que los conflictos entre las instituciones de la Unión Europea y las autoridades estatales acaben trasladándose a los terceros, aunque para ello se acuda también al principio de aplicación directa del Derecho Comunitario. Es fácil imaginar el desconcierto de una entidad de crédito a la que su autoridad estatal de supervisión, que tiene amplios poderes sobre ella —incluida la potestad de ordenarle actuaciones o sancionarla—, le dice una cosa y recibe una notificación de la Autoridad Bancaria Europea en otro sentido. Ciertamente, sería fácil acudir al

¹¹⁴ El «dictamen formal» es adoptado por la Comisión, por propia iniciativa o a instancia de la Autoridad Bancaria Europea, cuando la autoridad nacional competente no haya aplicado correctamente la legislación comunitaria, en particular, por no asegurar que una entidad financiera satisface los requisitos previstos en la misma, y también ha incumplido la recomendación que a este respecto le haya dirigido la Autoridad Bancaria Europea.

principio de prevalencia del Derecho comunitario —así lo hacen expresamente los arts. 17.7, 18.5 y 19.5 del Reglamento 1093/2010—, pero debe insistirse en que en los supuestos previstos la autoridad estatal ha adoptado una actitud de incumplimiento de los acuerdos adoptados por la Autoridad Bancaria Europea. En ese contexto, no hay instrumentos claros que respalden la eficacia de las resoluciones de la Autoridad Bancaria Europea, esto es, algo parecido a una ejecución forzosa de los actos administrativos o incluso el correspondiente respaldo sancionador. Y esa garantía se construye con otros mecanismos. A este respecto, destaca el artículo 39.5 del Reglamento 1093/2010: «Las decisiones que adopte la Autoridad de conformidad con los artículos 17, 18 y 19 se harán públicas e indicarán la identidad de la autoridad competente o de la entidad financiera afectada, así como el contenido principal de la decisión, salvo que...». En un sector como el financiero, donde simples rumores pueden originar millones de pérdidas o ganancias, la mera existencia de esta posibilidad supone un valiosísimo instrumento para garantizar el cumplimiento de esas decisiones.