



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

TESIS DOCTORAL

CRISIS FINANCIERA Y REFORMA BANCARIA: EL SURGIMIENTO DE LA UNIÓN BANCARIA EUROPEA

Presentada por JOSÉ LUIS GARCÍA DE CAL para optar al grado de
doctor por la Universidad de Valladolid

Dirigida por:

Dr. D. JOSÉ MANUEL DÍAZ LEMA

Catedrático de Derecho Administrativo

La presente tesis doctoral ha sido financiada por el Ministerio de Educación a través de una Ayuda FPU (Programa de Formación del Profesorado Universitario), referencia: AP-2008-03432, concedida por Resolución de 13 de octubre de 2008, de la Secretaría de Estado de Universidades, por la que se convocan ayudas para becas y contratos en el marco del estatuto del personal investigador en formación, del Programa de Formación de Profesorado Universitario, del Programa Nacional de Formación de Recursos Humanos de Investigación, del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2008-2011.

Asimismo, durante su ejecución ha tenido el apoyo del Ministerio de Educación debido a la concesión de una Ayuda para estancia breve en el extranjero a personal investigador en formación del programa de formación de profesorado universitario otorgada por Resolución de 5 de diciembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades.

“El simple hecho de vivir en sociedad impone a cada uno una cierta línea de conducta hacia los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de los demás, o más bien, ciertos intereses que, sea por una disposición legal expresa, sea por un acuerdo tácito, deben ser considerados como derechos; segundo, en tomar cada uno su parte (que debe fijarse según principio equitativo) de los trabajos y los sacrificios necesarios para defender a la sociedad o a sus miembros de cualquier daño o vejación. La sociedad tiene el derecho absoluto de imponer estas obligaciones a los que querrían prescindir de ellas”.

Stuart Mill, J., On the Liberty, 1859

Índice

ABREVIATURAS UTILIZADAS	15
RESUMEN	19
RESUME	20
INTRODUCCIÓN	
<i>OTRA VEZ, UNA NUEVA REGULACIÓN BANCARIA</i>	21
INTRODUCTION	<i>DE</i>
<i>NOUVEAU, UNE REFORME DE LA REGULATION BANCAIRE</i>	31

PARTE I *LOS FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN CREDITICIA*

CAPÍTULO I	
LA ACTIVIDAD CREDITICIA Y SU REGULACIÓN	39
1. <i>La actividad crediticia</i>	39
1.1. El sistema financiero: concepto y función económica	39
1.2. Los intermediarios financieros, en especial las entidades de crédito	40
2. <i>La Regulación económica bancaria</i>	42
2.1. Concepto.....	42
2.2. Contenido.....	43
3. <i>La justificación económica de la regulación bancaria</i>	46
3.1. La regulación como garantía de la confianza en el sector bancario	46
3.2. Los fallos del mercado.....	49
3.2.1. La información imperfecta: “selección adversa” y “riesgo moral”	49
3.2.2. Las externalidades y el riesgo sistémico	50
3.2.3. El sesgo anticompetitivo del sector bancario	51
4. <i>Los objetivos de la regulación</i>	55
4.1. La estabilidad financiera como objetivo comprensivo de la regulación bancaria	55
4.2. Las manifestaciones específicas del objetivo de estabilidad financiera	58
4.2.1. La estabilidad prudencial.....	58
4.2.2. La protección de los depositantes: la regulación de conducta.....	68
4.2.3. La protección de los contribuyentes.....	72

5.	<i>Las limitaciones de la regulación</i>	73
5.1.	Los costes asociados a la regulación.....	74
5.2.	Los fallos de la regulación.....	74
a)	La falibilidad del regulador.....	74
b)	La captura del regulador y otras interferencias.....	75
c)	El arbitraje regulatorio.....	76
d)	El riesgo moral.....	77
6.	<i>El fundamento jurídico de la regulación bancaria</i>	77
6.1.	Las bases constitucionales de la regulación: la regulación como limitación de la libertad de empresa.....	78
6.2.	El Mercado Interior de Servicio Financieros como marco de las actividades bancarias en el ámbito de la UE.....	82
6.3.	Independencia y rendición de cuentas.....	85
CAPÍTULO II		
LA REGULACIÓN BANCARIA EN PERSPECTIVA HISTÓRICA.....		
89		
1.	<i>El camino hasta la actual regulación bancaria</i>	89
2.	<i>Las actividades financieras en el periodo anterior a la crisis</i>	92
2.1.	Los cambios regulatorios.....	93
2.2.	El cambio tecnológico y la innovación de productos y servicios.....	95
2.3.	Integration global.....	95
3.	<i>Evolución de la ordenación bancaria en España</i>	97
3.1.	Los orígenes de la regulación bancaria en España.....	98
3.2.	La etapa de intervencionismo estatal durante la posguerra.....	99
3.3.	La Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca.....	100
3.4.	La regulación bancaria desde la reforma de 1988.....	101
4.	<i>Evolución de la regulación bancaria europea</i>	102
4.1.	La etapa de desregulación.....	103
4.2.	Los primeros pasos para la armonización.....	104
4.3.	Los avances hacia la armonización completa.....	104
4.4.	La regulación bancaria en el contexto de la UEM.....	105
4.5.	La regulación bancaria desde la puesta en marcha del Plan de acción de los Servicios Financieros hasta la actualidad.....	107

PARTE II

LA REGULACIÓN BANCARIA, EN CONCRETO

CAPÍTULO III

LAS CONCRETAS POTESTADES REGULATORIAS.....		
113		
1.	<i>La regulación, en sentido estricto</i>	113
2.	<i>La supervisión</i>	117
2.1.	Concepto.....	117
2.1.1.	Concepto doctrinal.....	117
2.1.2.	Aproximación legal.....	119

2.2.	Las concretas manifestaciones de la potestad de supervisión	121
2.2.1.	La autorización y otras potestades conexas.....	121
2.2.2.	Las solicitudes de información y su análisis.....	121
2.2.3.	La inspección	123
2.2.4.	Las medidas prudenciales.....	124
3.	<i>La resolución</i>	127
3.1.	Concepto doctrinal.....	127
3.2.	Concepto legal.....	131
3.3.	Los procedimientos de resolución.....	132
3.3.1.	La fase preventiva de la resolución.....	133
3.3.2.	La actuación temprana.....	137
3.3.3.	La fase ejecutiva de la resolución.....	140
4.	<i>La potestad sancionadora</i>	145
4.1.	Concepto.....	145
4.2.	La distribución de competencias entre niveles administrativos.....	146
4.3.	Los sujetos pasivos de la potestad sancionadora.....	148
4.4.	Principios.....	148
4.5.	Tipología de las infracciones.....	149
4.6.	Tipología de las sanciones.....	150
4.6.1.	Sanciones económicas.....	150
4.6.2.	Sanciones no económicas.....	151
4.6.3.	Multas coercitivas.....	151
4.7.	Procedimiento.....	152
4.7.1.	En el nivel europeo.....	152
4.7.2.	En el nivel nacional.....	153
5.	<i>La intervención de entidades</i>	157
5.1.	Fundamento.....	157
5.2.	Procedimiento.....	158

CAPÍTULO IV

EL ACCESO A LA ACTIVIDAD Y OTRAS CUESTIONES CONEXAS: LOS “PROCEDIMIENTOS COMUNES”

		161
1.	<i>Los procedimientos comunes</i>	161
2.	<i>La autorización bancaria</i>	161
2.1.	Caracterización jurídica de las autorizaciones bancarias.....	161
2.1.1.	Concepto.....	161
2.1.2.	Caracteres de la autorización bancaria.....	162
2.1.3.	El sistema bancario en la sombra.....	164
2.2.	El procedimiento de autorización.....	166
2.2.1.	Inicio.....	166
2.2.2.	Tramitación.....	167
2.2.3.	Resolución.....	167
2.2.4.	Notificación.....	167
2.3.	Reglas sustantivas para la autorización.....	168
2.4.	Caducidad.....	170

2.5.	La revocación de las autorizaciones	170
2.5.1.	Presupuestos de aplicación	170
2.5.2.	Procedimiento.....	171
2.6.	La renuncia a la autorización.....	173
2.7.	Autorización de agentes de entidades de crédito	173
2.8.	Régimen de las sucursales de entidades españolas en el extranjero.....	173
2.9.	Régimen de las sucursales de Estados Miembros de la UE.....	174
2.10.	Régimen de las sucursales de terceros Estados.....	176
3.	<i>La autorización de adquisición de participaciones significativas.....</i>	<i>177</i>
4.	<i>Las modificaciones estructurales.....</i>	<i>179</i>
5.	<i>El Registro de entidades de crédito.....</i>	<i>181</i>

CAPÍTULO V

LOS INSTRUMENTOS DE PRESERVACIÓN DE LA CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD DE LAS ENTIDADES..... 183

1.	<i>La relevancia de la continuidad de la actividad de las entidades de crédito.....</i>	<i>183</i>
2.	<i>La garantía de depósitos</i>	<i>184</i>
2.1.	Concepto.....	184
2.2.	Función económica	186
2.3.	Ámbito de aplicación.....	188
2.4.	Contenido jurídico	188
2.4.1.	Garantía de los fondos	188
2.4.2.	Apoyo a la resolución de entidades	189
2.5.	Cuantía.....	190
2.6.	Efectos de la aplicación de la garantía	191
2.7.	El Fondo de Garantía de Depósitos.....	191
2.7.1.	Creación y régimen jurídico	191
2.7.2.	Patrimonio y dotación.....	192
2.7.3.	Organización del Fondo de Garantía de Depósitos.....	193
3.	<i>El préstamo de última instancia en el contexto de la UEM.....</i>	<i>194</i>
3.1.	La provisión urgente de liquidez por parte del Banco Central	195
3.1.1.	Contenido	195
3.1.2.	Base legal	196
3.1.3.	Requisitos de aplicación.....	196
3.1.4.	Procedimiento.....	197
3.2.	La recapitalización por parte del MEDE.....	198
3.2.1.	Recapitalización indirecta	198
3.2.2.	Recapitalización directa.....	200
3.3.	El Bail-out por parte de los Estados: Los instrumentos gubernamentales de estabilización financiera	204
3.3.1.	Instrumento público de apoyo al capital.....	205
3.3.2.	Instrumento de capital público temporal	206

PARTE III

LOS MECANISMOS DE LA UNIÓN BANCARIA

CAPÍTULO VI

LA NUEVA ARQUITECTURA FINANCIERA.....	209
1. <i>La nueva distribución de las competencias regulatorias</i>	209
1.1. La arquitectura financiera.....	209
a) El enfoque sectorial o de tres pilares.....	211
b) El enfoque funcional.....	211
c) El enfoque twin peaks.....	212
d) El enfoque integrado.....	213
1.2. La supervisión financiera en el plano internacional: el debate sobre la regulación financiera global.....	215
1.2.1. El papel del FMI en la supervisión de los sistemas financieros.....	216
1.2.2. La cooperación política y técnica de alto nivel: el G20 y el FSB.....	217
1.2.3. La cooperación técnica multilateral entre supervisores: el Comité de Supervisión Bancaria.....	219
1.3. La regulación bancaria en España.....	221
1.3.1. La distribución de competencias entre niveles administrativos en el nivel nacional.....	221
1.3.2. La Administración crediticia española.....	223
2. <i>La regulación bancaria en la UE</i>	226
3. <i>El Sistema Europeo de Supervisión Financiera</i>	229
3.1. La Junta Europea de Riesgo Sistémico.....	230
3.1.1. Funciones.....	231
3.1.2. Organización.....	233
3.1.3. Principios de actuación.....	233
3.2. Las autoridades sectoriales, en especial, la ABE.....	234
3.2.1. Funciones.....	235
3.2.2. Formas de actuación.....	236
3.2.3. Organización.....	238
3.3. Los colegios de supervisores y de resolución.....	239
4. <i>La Unión bancaria</i>	241
4.1. Concepto.....	241
4.2. Caracteres.....	242
4.3. La base legal de la Unión bancaria.....	244
4.4. Los principios de relación entre las esferas competenciales de los Estados y de la UE.....	246
4.4.1. Principio de efecto directo.....	246
4.4.2. Principio de primacía del Derecho Europeo.....	247
4.4.3. Principio de subsidiariedad.....	248
4.4.4. Principio de atribución.....	249
4.5. Cuestiones organizativas.....	249

CAPÍTULO VII

EL MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISIÓN	252
1. Objeto.....	252
2. Distribución de funciones	254
2.1. Ámbito de aplicación.....	254
2.1.1. Ámbito material	254
2.1.2. Ámbito subjetivo.....	255
2.1.3. Ámbito geográfico	256
2.1.4. La cooperación estrecha.....	256
2.2. Criterios generales de distribución de funciones entre el BCE y las autoridades nacionales	259
a) Función de coordinación del MUS y otras relacionadas	260
b) En relación con los “procedimientos comunes”	261
c) En relación con la supervisión micro prudencial.....	262
d) En relación con la supervisión macro prudencial.....	262
e) En relación con la “potestad sancionadora”	263
2.3. Funciones de las autoridades nacionales	263
a) En relación con los “procedimientos comunes”	264
b) En relación con la supervisión de las entidades significativas	264
c) En relación con las entidades no significativas.....	265
d) Supervisión macro prudencial	266
e) En relación con la potestad sancionadora.....	266
2.4. Principios de organización.....	267
2.4.1. Cooperación.....	267
2.4.2. Independencia.....	268
2.4.3. Tasas de supervisión	269
2.4.4. Régimen lingüístico del MUS	270
3. Estructura organizativa.....	270
3.1. El BCE.....	270
3.1.1. Organización interna.....	270
3.1.2. El procedimiento de adopción de decisiones.....	273
3.1.3. La organización de los equipos de supervisión	274
3.1.4. El control jurídico interno de la actividad del BCE.....	275
3.2. Las autoridades nacionales como elementos integrantes del Mecanismo Único de Supervisión: el Banco de España.....	277

CAPÍTULO VIII

EL MECANISMO ÚNICO DE RESOLUCIÓN	286
1. Objeto.....	286
2. Distribución de funciones	287
2.1. Coordinación y cooperación en el marco del MUR.....	289
2.2. El procedimiento de resolución en el nivel europeo	290
2.2.1. Iniciación del procedimiento.....	290
2.2.2. Valoración.....	290

2.2.3.	Comunicación al BCE, la Comisión y el Consejo.....	291
2.2.4.	Decisión sobre la resolución por parte de la Comisión y el Consejo.....	292
2.2.5.	Ejecución de la decisión.....	293
2.2.6.	Nuevo control por parte de la Comisión en caso de concesión de ayudas estatales y ayudas del Fondo.....	294
2.2.7.	Valoración a posteriori.....	295
2.3.	Cooperación y Reconocimiento de decisiones de terceros Estados.....	296
2.3.1.	Consulta y cooperación con los Estados Miembros no participantes y con terceros Estados.....	296
2.3.2.	Reconocimiento y ejecución.....	296
3.	<i>Entrada en funcionamiento</i>	298
4.	<i>Estructura organizativa</i>	299
4.1.	La Junta Única.....	299
4.1.1.	Creación y régimen jurídico.....	299
4.1.2.	El régimen presupuestario de la Junta.....	300
4.1.3.	Organización interna.....	302
4.1.4.	El control jurídico interno de la actividad de la JUR.....	306
4.2.	El FUR.....	308
4.2.1.	Constitución.....	308
4.2.2.	Dotación.....	309
4.2.3.	Administración del fondo y reglas de funcionamiento.....	313
4.3.	La Administración nacional en el contexto del MUR.....	314
4.3.1.	El Banco de España como autoridad de resolución preventiva.....	314
4.3.2.	El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria.....	315
5.	<i>La participación del Mecanismo Europeo de Estabilidad en la recapitalización de las entidades</i>	329
5.1.	Naturaleza jurídica, creación y Estados participantes.....	329
5.2.	Pertenencia.....	330
5.3.	Funciones.....	331
5.4.	Organización interna.....	331
5.4.1.	El Consejo de Gobernadores.....	331
5.4.2.	El Presidente.....	332
5.4.3.	El Consejo de Administración.....	332
5.4.4.	El Director Ejecutivo.....	333

PARTE IV

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA REGULACIÓN BANCARIA

CAPÍTULO IX

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA REGULACIÓN BANCARIA.....	337
1. <i>Consideraciones generales sobre el control de la Administración Reguladora</i>	337
2. <i>La responsabilidad del regulador</i>	340
3. <i>El control jurisdiccional de la regulación bancaria en el contexto de la Administración mixta</i>	342

3.1.	En el Derecho Europeo.....	342
3.1.1.	El Sistema Europeo de Supervisión Financiera.....	343
3.1.2.	El Mecanismo Único de Supervisión.....	344
3.1.3.	El Mecanismo Único de Resolución.....	346
3.2.	En el Derecho nacional.....	347
CONCLUSIONES.....		352
CONCLUSIONS.....		355
BIBLIOGRAFÍA.....		359

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ABE	Autoridad Bancaria Europea
AN	Audiencia Nacional
BCE	Banco Central Europeo
BdE	Banco de España
BOE	Boletín Oficial del Estado
CEDF	Carta Europea de los Derechos Fundamentales
CEE	Comunidad Económica Europea
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible
DRC	Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE
DRRB	Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) 1093/2010 y (UE) 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo
FGD	Fondo de Garantía de Depósitos
FJ	Fundamento jurídico
FMI	Fondo Monetario Internacional
FROB	Fondo de Resolución Ordenada Bancaria
FSB	Financial Stability Board
FUR	Fondo Único de Resolución
JERS	Junta Europea de Riesgo Sistémico

JUR	Junta Única de Resolución
LABdE	Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España
LDIEC	Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
LOSSEC	Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LRR	Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.
MEDE	Mecanismo Europeo de Estabilidad
MUR	Mecanismo Único de Resolución
MUS	Mecanismo Único de Supervisión
OCDE	Organización para la cooperación y el Desarrollo Económico
RABE	Reglamento (UE) n o 1093/2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea
RDLFGD	Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito
RDLOSSEC	Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.
RJERS	Reglamento (UE) n° 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
RMUR	Reglamento (UE) 806/2014 del Parlamento Europeo y del consejo de 15 de julio de 2014 por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) no 1093/2010
RMUS	Reglamento (UE) 1024/2013 del Consejo de 15 de octubre de 2013 que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito

SAREB	Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TMEDE	Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UB	Unión bancaria
UE	Unión Europea
UEM	Unión Económica y Monetaria

RESUMEN

Este trabajo presenta un estudio sistemático de la regulación de las entidades bancarias en el marco de la Unión bancaria, en especial en el ordenamiento jurídico español: los fundamentos económicos de la intervención pública en la actividad crediticia, las bases constitucionales de la limitación de la libertad de empresa en el sector bancario como mecanismo de garantía del interés público, las potestades públicas de control y vigilancia del crédito y la banca, el Derecho sustantivo aplicable a los intermediarios bancarios, los instrumentos de preservación de la estabilidad del sistema financiero, la estructura organizativa de la Administración reguladora y los controles a los que ésta viene sometida por el ordenamiento jurídico.

La perspectiva de análisis es la propia del Derecho Administrativo y refleja las novedades introducidas en el régimen de las actividades crediticias en nuestro país durante los últimos años, como consecuencia de las reformas introducidas tras la crisis financiera de 2007.

RESUME

Ce travail présente une étude systématique de la régulation des entités bancaires dans le cadre de l'Union Bancaire, en spécial dans l'ordonnance juridique Espagnole: les fondements économiques de l'intervention publique dans l'activité créditrice, les bases constitutionnelles de la limitation de la liberté de l'entreprise dans le secteur bancaire comme mécanisme de garantie de l'intérêt public, les pouvoirs publics du control et vigilance du crédit et la banque, du Droit substantif applicable aux intermédiaires bancaires, les instruments de préservation de la stabilité du système financier, la structure organisatrice de l'Administration régulatrice et les contrôles auxquels celle-ci est soumise par l'ordination juridique.

La perspective de l'analyse est celle du Droit Administratif et représente les nouveautés introduites dans le régime des activités créditrices dans notre pays durant les dernières années, comme conséquence des réformes introduites après la crise financière du 2007.

Introducción

Otra vez, una nueva regulación bancaria

Lombard Street. El título de la célebre obra de Walter Bagehot sobre el funcionamiento del sector financiero aludía a la calle londinense en la que todavía hoy se localizan el Banco de Inglaterra y gran parte de las entidades financieras de la *City*. Remarcaba, así, su propósito de describir la realidad del funcionamiento del sector bancario y de sus interacciones con el regulador, dejando al margen el velo de complicadas explicaciones a las que esta materia resulta habitualmente tan propicia¹.

Tratándose el objeto de este trabajo el estudio de la nueva regulación bancaria en la Unión Europea y respondiendo al mismo interés práctico expresado por Bagehot, el título del presente trabajo bien pudiera haber sido *Kaiserstrasse*. Y es que, más allá del tributo a la que es una de las obras más influyentes sobre el funcionamiento del sector bancario, tal referencia al emplazamiento del BCE evoca puntualmente su posición nuclear en el sector bancario europeo y el poder que concentra en torno a sí, al añadirse la supervisión bancaria en el ámbito de la UEM a su tradicional función de dirección y ejecución de la política monetaria.

* * * * *

¹ Vid. **BAGEHOT, W**, *Lombard Street: A Description of the Money Market*, 1873, Londres: “I venture to call this Essay ‘Lombard Street,’ and not the ‘Money Market,’ or any such phrase, because I wish to deal, and to show that I mean to deal, with concrete realities. A notion prevails that the Money Market is something so impalpable that it can only be spoken of in very abstract words, and that therefore books on it must always be exceedingly difficult”.

La regulación bancaria ha sido calificada como “*legislación de circunstancias*”². Las crisis han actuado, históricamente, como factor de renovación de la regulación bancaria³, de modo que esta rama del Derecho Público Económico a partir de la consolidación en el ordenamiento de las medidas adoptadas como respuesta a episodios de inestabilidad del sector⁴, determinando su característico enfoque *pragmático* y *ateórico*⁵.

Los acontecimientos de los últimos años no han sido una excepción. El interés de juristas, economistas, académicos de otras disciplinas y *policy-makers* por la regulación bancaria y su reforma se ha reactivado con ocasión de la crisis financiera y todavía hoy ocupa un lugar preferente en las agendas política y legislativa globales.

A propósito de la caída de *Lehman Brothers* y la subsiguiente tormenta que se desencadenó en las finanzas mundiales⁶, el mercado nos ha vuelto a recordar – otra vez más, quizá con más crudeza que nunca – la importancia para el funcionamiento de la economía de contar con un adecuado marco regulatorio⁷: la

² Vid. JIMÉNEZ-BLANCO, A., *El Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios*, en Martín-Retortillo, S. (dir.), *Estudios de Derecho público bancario*, Madrid, 1987, 189 y ss.

³ Vid. LASTRA, R., *Central Banking and Banking Regulation*, Financial Markets Group, London School of Economics, Londres, 1996.

⁴ Vid. CARRILLO DONAIRE, J.A., «Una última amenaza para el Estado de Derecho: la normalización del Derecho de excepción en la intervención de entidades de crédito en crisis», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 32, 2012.

⁵ Vid. GOODHART, C., «¿Cómo deberíamos regular el capital bancario y los productos financieros? ¿Cuál es el papel de los testamentos en vida?», *Revista de Economía Institucional*, nº 23, 2010, 85.

⁶ La historia de esta crisis es conocida: desde el germen focalizado en las hipotecas *subprime* en Estados Unidos a la desestabilización del conjunto de los mercados financieros a nivel global, la posterior crisis económica que azotó las principales economías mundiales, la adopción de medidas de respuesta que no siempre resultaron efectivas, la consecuente *Crisis de la deuda soberana* y, finalmente, la llamada *Crisis del Euro* durante la cual se llegó a poner en duda, incluso, la pervivencia de la UEM. Este es el paisaje sobre el que se construye la nueva regulación bancaria. Vid. Comisión Europea (Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre la reforma del sector bancario de la UE), presidido por Erkki Liikanen, Informe final, Bruselas, 2 de octubre de 2012, 4 y ss.

⁷ Vid. BANCO MUNDIAL, *El Estado en un mundo en transformación, Informe sobre el Desarrollo Mundial, 1997*, Banco Mundial, Washington D.C., 1997.

regulación financiera se demostró incapaz de cumplir con su función – preservar la estabilidad del sistema bancario –, precisamente por su falta de capacidad de reacción y de adaptación a la realidad cambiante de las actividades financieras, revelándose la necesidad de someterla a una profunda reforma⁸.

El Derecho ocupa un lugar central en el debate sobre el diagnóstico de las causas que llevaron al mayor desastre financiero global desde el *Crash del 1929* pero, sobre todo, en el de las posibles soluciones. Como advierte BETANCOR, “*la regulación siempre está en mitad de la tormenta o por su ausencia o por sus excesos*”, produciéndose continuas fricciones entre los diversos puntos de vista en relación con el alcance y el contenido de la regulación⁹. Se ha revelado, en definitiva, la complejidad de la relación entre Derecho y Finanzas, disciplinas distantes en los momentos álgidos del ciclo económico, pero estrechamente vinculadas cuando la evolución económica entra en fase decreciente¹⁰.

De modo justificado, la prevención ante el riesgo de que las duras consecuencias de la crisis conduzcan a una reacción excesiva y contraproducente¹¹ o en una intensificación indiscriminada de la intervención pública¹² fruto de una irreflexiva extensión del ámbito de la regulación sigue presente. Sin embargo,

⁸ A la vista de la abundante literatura publicada al respecto durante los últimos años, no resulta sencillo extraer un elenco definitivo de las causas que han provocado la crisis financiera internacional capaz de concitar un consenso definitivo entre la comunidad jurídica o económica. Vid. por todos, **DAVIES, H.**, *The Financial Crisis- Who is to blame?*, Polity Press, 2010; Asimismo en este trabajo, como hipótesis de partida, los motivos señalados por el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre la Reforma de la supervisión Financiera en la UE en el llamado Informe Larosière, según el cual, la crisis se produjo como consecuencia de la combinación de fallos del mercado, desequilibrios financieros y monetarios a nivel global, fallos de la regulación, una supervisión defectuosa y una pobre supervisión macroprudencial, Vid. Larosière, J. (Director), **LAROISIÈRE, J.** (Director), “Report of the High Level Group on Financial Supervision in the European Union” (Versión en Español) Bruselas, Febrero 2009, punto 39.

⁹ Vid. **BETANCOR RODRÍGUEZ, A.**, *Crisis financiera: ¿más regulación o mejor regulación?*, en VV.AA., *XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía del Estado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2010, 391 – 413.

¹⁰ Vid. **SORIANO GARCÍA, J.E.**, «Juristas y economistas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N.º. 9, 2010, 56-61.

¹¹ Vid. **GLINAVOS, I.**, «Regulation and the Role of Law in Economic Crisis», *European Business Law Review*, Vol. 21, n.º 4, 2010.

¹² Vid. **CARUANA LACORTE, J.**, «Regulación e innovación en la reciente crisis financiera», *Estabilidad financiera*, n.º. 14, 2008, 9-21.

lo cierto es que frente a una etapa anterior dominada por el paradigma de la *desregulación*, se ha impuesto el consenso sobre la necesidad de reorientar el papel del Estado con respecto de las finanzas: los efectos de la crisis hubieran sido menores si el marco regulatorio y la actividad de los poderes públicos al asegurar su cumplimiento hubieran sido más acordes con la realidad del sistema financiero, así como la necesidad de reforzar el papel del Derecho como instrumento de garantía de la estabilidad financiera y de introducir cambios en la regulación y supervisión del sistema financiero.

La estabilidad financiera continúa siendo el objetivo de la intervención pública en el sector y, para garantizarla, la regulación debe adaptarse a la realidad de unos sistemas financieros globalizados, cuyos subsectores están altamente integrados y en los que sus actividades están sometidas a una intensa innovación tecnológica y de productos.

Esta es, esencialmente, la lógica a la que responde una reforma regulatoria que no se limita a meras adaptaciones o actualizaciones de detalle del régimen regulatorio precedente, sino que transforma profundamente el estatuto regulatorio de los intermediarios financieros, afectando a la práctica totalidad de aspectos de la misma: la distribución de competencias entre niveles político-administrativos, el sistema de fuentes, los procedimientos de adopción de decisiones y de control o el Derecho sustantivo aplicable a las actividades crediticias, entre otras cuestiones.

Como en anteriores ocasiones, la respuesta regulatoria a la crisis se ha traducido en un refuerzo de la intervención pública en la actividad crediticia – ligado a un correlativo estrechamiento del margen de decisión de los operadores¹³ - y la adaptación de las normas de Derecho sustantivo a la realidad del sector.

Tampoco es novedosa la necesidad de articular eficazmente la cooperación entre reguladores a nivel internacional a fin de adaptar la regulación a una realidad financiera cada vez más globalizada¹⁴. El reto que enfrentan los poderes públicos en la respuesta a la crisis, por lo que al diseño y puesta en marcha la

¹³ Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a A., “El nuevo modelo de regulación bancaria y su encaje constitucional”, en Salvador Armendáriz, M^a A. (dir.), *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, ed. Aranzadi, Zizur Menor, 2014.

¹⁴ Vid. URBANEJA CILLÁN, J., «La reestructuración del sistema financiero español. El proceso de reforma tras la asistencia financiera a la banca española», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 32, enero de 2014.

nueva regulación bancaria puede sintetizarse en lo que SCHOENMAKER ha formulado como el *Trilema financiero*: resulta incompatible mantener la estabilidad financiera en un contexto de integración a nivel global de las actividades financieras manteniendo un sistema de regulación de base nacional¹⁵.

En este punto sí que se ha producido un relevante cambio cualitativo: por primera vez se ha instaurado un sistema de regulación cuasi completo de base supranacional - la Unión bancaria europea -, cuyo funcionamiento y normas sustantivas se estudian en este trabajo y cuya puesta en marcha trasciende el ámbito estrictamente financiero al suponer un notable paso – une *réalisation concrète créant d'abord une solidarité de fait*¹⁶ - en el proceso de integración europea.

En efecto, la nueva arquitectura bancaria europea – la llamada Unión bancaria – refleja la extensión a un sector de actividad administrativa de notable relevancia, cuantitativa y cualitativamente, en nuestras sociedades de la llamada “*Administración mixta*”: una configuración de la relación entre la Administración europea y las administraciones nacionales tan profundamente imbricada que apenas resulta posible distinguir el ámbito de actuación de uno y otro nivel¹⁷ y que, conforme a su configuración, para resultar efectiva requiere de la actuación perfectamente coordinada de ambos.

* * * * *

El propósito de este trabajo es el estudio de la regulación bancaria¹⁸, es decir, del régimen al que están sometidas las entidades de crédito en España y que

¹⁵ Vid. SCHOENMAKER, D., *Governance of International Banking: The financial Trilemma*, Oxford University Press, 2013.

¹⁶ Vid. Declaración del Ministro de Asuntos Exteriores de la República Francesa, Robert Schumann, pronunciada el 9 de mayo de 1950 en la que proponía la creación de la Comunidad europea del Carbón y el Acero (CECA).

¹⁷ Vid. JANS, J.H., et al., *Europeisation of Public Law*, Europa Law Publishing, 2007, 29.

¹⁸ El objeto de estudio del presente trabajo son las normas de ordenación bancaria aplicables a los bancos comerciales en nuestro país y que resultan de aplicación al conjunto de los intermediarios financieros, quedando excluido de su ámbito, consecuentemente, el régimen especial de determinadas entidades de crédito, como son las Cajas de Ahorros, a las que les resulta de aplicación la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias y la legislación autonómica de desarrollo; ni las cooperativas de crédito, reguladas por Ley 13/1989, de 26 de mayo.

está compuesto por normas e instituciones pertenecientes tanto al ordenamiento jurídico español como al de la UE. Para ello, el enfoque que asumimos en este trabajo es el propio del Derecho Administrativo. Estudiamos, pues, las normas e instituciones jurídico-administrativas de ordenación bancaria, las bases constitucionales de la regulación, las distintas potestades administrativas, los procedimientos, los controles, la estructura organizativa de la Administración reguladora, etc., si bien incluye algunas consideraciones orientadas desde la perspectiva de otras disciplinas jurídicas o de otras ciencias sociales en los casos en los que se ha considerado que resultaban estrictamente necesario para la más adecuada consecución del objetivo.

Como punto de partida del presente trabajo, tomamos los “Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz”¹⁹, adoptados en septiembre de 1997 por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, que recogen el “*marco voluntario de normas mínimas sobre mejores prácticas de supervisión*”, como punto de partida de nuestro análisis. Encontramos en dicho documento las líneas maestras que, a juicio de los principales reguladores y supervisores de los sectores bancarios a nivel mundial deben guiar el funcionamiento de los sistemas de supervisión de tales actividades y, en definitiva, el marco de referencia del análisis sobre el sistema de regulación bancaria que constituye este trabajo²⁰.

¹⁹ Vid. **COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA**, Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz, Banco de Pagos Internacionales de Basilea, Diciembre de 2011.

²⁰ El documento contiene 25 principios, clasificados en 7 grupos, a saber: (i) Objetivos, independencia, potestades, *transparencia* y cooperación: Hacen referencia al marco legal en el que se desenvuelven las actividades de los supervisores; (ii) Licencias y estructuras, relativos a la necesidad de dotar de seguridad jurídica el régimen de acceso a la actividad de las entidades de crédito (reserva de denominación, ámbito material y subjetivo de aplicación, criterios de decisión para la concesión o denegación de las autorizaciones), revocación de la licencia y otros aspectos necesitados de previa habilitación por parte de las autoridades reguladoras (por ejemplo, adquisiciones cualificadas de paquetes accionariales); (iii) Regulación y requisitos prudenciales, relativos a la política comercial de las entidades y su asunción de riesgos; la adecuada disponibilidad de capital de las entidades en relación con las actividades que desarrolla y los riesgos en los que incurre; los sistemas de gestión de riesgo por parte de los operadores y el control que sobre los mismos llevan a cabo las autoridades; y los mecanismos de seguridad para evitar la transmisión de riesgos al conjunto de la economía; (iv) Métodos para la supervisión bancaria continua, relativos a la necesidad de que los poderes públicos dispongan de los medios llevar a cabo una supervisión que les permita conocer con suficiente detalle la situación de los operadores; (v) Contabilidad y divulgación, relativo a la necesidad de que los poderes públicos garanticen que las cuentas de las entidades de crédito reflejen la imagen fiel

En la misma línea, también resultan de utilidad los principios que, tal y como señala BLINDER, desde una perspectiva más académica, deben guiar el diseño de la regulación: (i) las medidas previstas deben estar orientadas a la resolución de cuestiones concretas; (ii) la regulación debe tener como objetivo prioritario la seguridad más que el precio; (iii) la regulación no debe desincentivar la innovación; (iv) la regulación debe ser eficiente; (v) la regulación debe ser y ser percibida como justa; (vi) la regulación debe ser completa, en el sentido de que no deben quedar espacios relevantes de la actividad regulada al margen de la misma; (vii) la regulación debe ser consistente, en el sentido de que no debe inducir a confusión a los operadores no exponerlos a conflictos de objetivos impuestos por diferentes normas aplicables o diferentes reguladores aplicándolas²¹.

A modo de síntesis, podemos señalar las siguientes características de la regulación bancaria que hacen de ella una rama del Derecho Público Económico especialmente atractiva para el estudio jurídico: (i) las actividades bancarias se desarrollan en un contexto de libertad de mercado, sometida, eso sí, a una intensa intervención pública²², llegando incluso una parte de la doctrina a conceptualizarla como un ordenamiento sectorial²³; (ii) la regulación se desarrolla en una continua tensión entre el principio de legalidad y la exigencia de eficacia

de su situación de una manera comparable e inteligible; (vi) Potestades correctivas del supervisor: Los poderes públicos deben poder adoptar las medidas correctoras necesarias para garantizar la adecuación de la posición de las entidades de crédito con los requisitos legalmente establecidos; (vii) Supervisión bancaria consolidada y transfronteriza, relativos a la necesidad de que los supervisores desarrollen su actividad desde una perspectiva de conjunto, tomando en cuenta la condición de las entidades como parte un grupo empresarial, en su caso, y colaborando con otros supervisores, cuando sea necesario.

²¹ Vid. **BLINDER, A.**, «*It's Broke, Let's Fix It: Rethinking Financial Regulation*», *International Journal of Central Banking*, nº 34, vol. 6, 2010, 277-330, 280.

²² Vid. **PONCE SOLÉ, J.**, *Crisis, bancos privados, obligaciones de servicio público y servicio universal. Actividad bancaria y servicios de interés económico general*, en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I. (coords.), *La reforma bancaria en la UE y en España. El Modelo de Regulación surgido de la crisis*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, 644.

²³ Vid. **CAPRIGLIONE, F.**, *Fonti Normative*, en Capriglione, F. (dir.), *L'ordinamento finanziario italiano*, 2ª edición, Ed. CEDAM, Milán, 2010, 189 y ss.

en la consecución de los objetivos que le vienen marcados por el ordenamiento²⁴; (iii) tiene carácter prudencial, en el sentido de que su objeto es garantizar la solvencia, liquidez y estabilidad de las instituciones financieras²⁵ sin sustituir, con carácter general, su capacidad para administrar sus intereses; (iv) desde el punto de vista formal el sistema de fuentes se caracteriza por una notable dispersión y falta de rango normativo²⁶; y (v) se proyecta sobre una realidad material altamente internacionalizada²⁷, circunstancia a la que la actividad administrativa se ve obligada a adaptarse, innovando en su organización e instrumentos jurídicos.

La relevancia y justificación del objeto de estudio de este trabajo vienen determinadas por las siguientes razones: (i) desde el punto de vista de los fundamentos, de la estructura organizativa (transferencia de poderes desde el nivel nacional al comunitario, creación de nuevos organismos y atribución de competencias a otros preexistentes, necesidad de articular mecanismos de coordinación y cooperación), y del contenido de la Regulación (nuevo Derecho sustantivo, nuevos procedimientos), la reforma regulatoria bancaria es una cuestión de indudable interés jurídico; (ii) La reforma regulatoria no ha hecho sino reforzar la necesidad de sistematizar la regulación bancaria, en su conjunto, desde la perspectiva jurídica y en relación con otras disciplinas científico-sociales afines; y (iii) el valor de la reforma regulatoria trasciende al sector bancario en tanto que afecta a la relación entre el ordenamiento comunitario y los de los Estados.

La primera parte del trabajo está dedicada a los fundamentos de la regulación bancaria. Se presenta una revisión de los fundamentos de la regulación bancaria. En el primer capítulo se delimita el objeto de estudio del trabajo y los principales presupuestos y conceptos sobre los que se asienta la regulación como

²⁴ Vid. **JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.**, *Regulación bancaria y...*, 49 y ss.; **DOMÉNECH PASCUAL, G.**, *Responsabilidad patrimonial de la Administración por el ejercicio ilegal de potestades de intervención en la economía*, en Rebollo Puig, M. (coord.), *La regulación económica: en especial, la regulación bancaria : actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, 2012, 369-381.

²⁵ Vid. **LLEWELYN, D.**, *The Economic Rationale for Financial Regulation*, FSA Occasional Papers (Abril 1999), 7.

²⁶ Vid. **VEGA SERRANO, J.M.**, *La Regulación Bancaria*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2011, 17.

²⁷ Vid. **GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.**, «El derecho bancario: consideraciones generales», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, La Coruña, N° 3, 1999, 243-306.

forma de intervención de la Administración en el crédito y la banca. En el capítulo segundo se presenta una breve evolución histórica de los antecedentes de la regulación vigente.

En la segunda parte se tratan los procedimientos concretos en que se traduce la regulación, es decir, el régimen al que están sometidas las entidades de crédito en España. Para ello, se abordan en el capítulo tercero las distintas potestades en que consiste la regulación (normativas, de supervisión, de resolución y sancionadoras), tanto desde el punto de vista doctrinal como del Derecho positivo. En el capítulo cuarto se trata el régimen de acceso a la actividad y otras materias afines (autorización, revocación de autorizaciones, autorización de adquisiciones cualificadas de participaciones accionariales) tal y como se regula en el Derecho vigente. En el capítulo quinto se presenta el régimen de los instrumentos de preservación de la continuidad del funcionamiento de las entidades financieras en caso de crisis: el sistema de garantía de depósitos y el préstamo de última instancia.

El estudio de la organización de la Administración reguladora – la arquitectura financiera - ocupa la tercera parte del trabajo. En concreto, se presenta el esquema de la distribución de poderes regulatorios entre los diferentes niveles administrativos y se estudia con detalle la organización de la Administración encargada de vigilar a las entidades de crédito españolas, tanto a nivel europeo como nacional. Se aborda, por tanto, la organización y funcionamiento de la regulación en el ámbito de la UE, así como el de la Unión bancaria.

La última parte del trabajo aborda el control jurisdiccional de la regulación bancaria, centrándose en las novedades derivadas de la reforma regulatoria de los últimos años y, especialmente, en la compleja organización de la Administración crediticia en el contexto de la Unión bancaria.

Introduction

De nouveau, une réforme de la régulation bancaire

Lombard Street. WALTER BAGEHOT fut allusion, dans le titre de son célèbre ouvrage sur le fonctionnement du secteur financier, à la rue de Londres où, aujourd'hui encore, la Banque d'Angleterre et la plupart des institutions financières sont situés. Remarqué ainsi, son intention de décrire la réalité des relations bancaires, en laissant de côté le voile d'explications compliquées à laquelle le sujet est toujours aussi favorable¹.

Etant l'étude de la nouvelle réglementation bancaire dans l'Union Européenne et répondant au même intérêt pratique, *Kaiserstrasse* aurait pu être, suivant l'exemple de BAGEHOT, le titre de ce travail. Au-delà de l'hommage rendu à ce qui est l'un des livres les plus influents sur le fonctionnement du secteur bancaire, telle référence sur le siège de la BCE rappelle sa position centrale sur le secteur bancaire européen et la concentration du pouvoir autour de lui, en tant qu'institution responsable de la gestion et la mise en œuvre de la politique monétaire et la supervision bancaire dans le domaine de l'UEM.

La régulation bancaire a été rebaptisée comme «loi des circonstances»². Les crises ont agi historiquement comme un facteur de renouvellement de la réglementation bancaire³. Ce n'est pas une nouveauté le fait que la construction de cette branche du droit économique a été réalisée à travers de la consolidation des mesures prises en réponse à des épisodes d'urgence de tension dans le secteur⁴, déterminant le point de vue *pragmatique et athéorique*⁵.

Les événements des dernières années n'ont pas été une exception. L'intérêt des avocats, des économistes, des universitaires, d'autres spécialistes académiques et *policy - makers* pour la réglementation bancaire et la réforme réglementaire a été relancé et détient toujours une place spéciale dans les agendas politique et législative à travers le monde.

A propos de la chute de *Lehman Brothers* et la tempête qui a frappé les finances mondiales⁶, le marché nous est venu à rappeler - encore une fois, peut-être plus nettement que jamais - l'importance pour le fonctionnement de l'économie d'avoir un adéquat cadre réglementaire⁷. En fait, la réglementation financière c'est avérée incapable de remplir sa fonction - pour préserver la stabilité du système bancaire - précisément à cause de son incapacité à s'adapter à la réalité changeante des activités financières, révélant la nécessité d'entreprendre une réforme en profondeur de son ordination⁸.

La loi occupe une place centrale dans le débat sur le diagnostic des causes qui ont conduit à la plus grande catastrophe financière depuis le crack de 1929, mais surtout dans les solutions possibles. Comme avertit BETANCOR, "*la réglementation est toujours au milieu de la tempête, dû à son absence ou à son excès*", provoquant une friction continue entre les points de vue en relation à l'atteinte et le contenu de la réglementation⁹. Il est devenu évident, enfin, la relation complexe entre le Droit et les Finances : étant très éloignée au sommet du cycle économique, et étroitement liée quand le développement économique est en phase de déclin¹⁰.

De manière justifiée, la prévention face à une réaction excessive et contre-productive¹¹ ou à l'amélioration aveugle résultat de l'irréfléchie extension du cadre de la réglementation¹² est toujours présente. La vérité est que face au paradigme de la *déréglementation*, il s'est imposé un consensus sur la nécessité de réorienter le rôle de l'Etat à l'égard des finances: les effets de la crise auraient été moins si le cadre réglementaire aurait été plus conforme à la réalité du système financier et la nécessité de renforcer le rôle du Droit comme instrument de garantie de la stabilité financière et d'introduire des changements dans la réglementation et la supervision du système financier.

La stabilité financière reste l'objectif de l'intervention publique dans le secteur et doit veiller à ce que ce règlement s'adapte à la réalité des systèmes financiers: global et intégré entre les sous-secteurs et très innovateur.

Telle est la logique qui répond à la réforme de la réglementation, tel que décrite dans les pages suivantes ne se limite pas à une simple adaptation du détail de la réglementation précédente, mais transforme profondément le statut réglementaire des intermédiaires financiers, affectant la pratique et tous les aspects de celui-ci: la répartition des compétences entre les niveaux politiques et administratifs, le système des sources, les méthodes de prise de décisions et le contrôle de l'administration ou du Droit substantif applicable aux activités de crédit, entre autres questions.

Comme par le passé, la réponse législative à la crise a entraînée un renforcement de l'intervention publique dans l'activité de crédit - liée à un rétrécissement de la marge de décision des opérateurs¹³ - et l'adaptation des règles de droit substantif à la réalité du secteur.

La nécessité de créer de nouveaux mécanismes de coopération entre les régulateurs internationaux pour adapter la réglementation à une réalité financière de plus en plus globalisée n'est pas une nouveauté¹⁴. Le défi qu'on les pouvoirs publics, pour répondre à la crise et pour concevoir et mettre en œuvre la nouvelle réglementation bancaire, peut être résumé comme SCHOENMAKER formule de Trilème financier: incompatibilité à maintenir la stabilité financière dans un contexte d'intégration au niveau global des activités financières par le maintien d'un système de régulation à l'échelle nationale¹⁵.

Toutefois, à ce sujet il y a eu une nouveauté importante: pour la première fois il existe un système quasi complet de la réglementation de base supranationale - l'Union Bancaire Européenne -, dont le fonctionnement et les normes substantives s'étudient dans ce travail et dont la mise en place à lieu dans le cadre strictement financier et supposent un grand progrès – *une réalisation concrète créant d'abord une solidarité de fait*¹⁶ – dans le processus d'intégration européenne.

En effet, la nouvelle architecture bancaire européenne - appelé Union Bancaire - reflète l'extension à un secteur d'activité administratif d'importance, quantitative et qualitative, dans nos sociétés de la ainsi nommée "Administration mixte": une configuration de la relation entre l'administration européenne et les nationales si profondément imbriqués qu'il est à peine possible de distinguer le cadre d'action de l'un ou autre niveau¹⁷ et qui, selon sa configuration, pour être pleinement efficace nécessite de l'action parfaitement coordonnée des deux.

* * * * *

Le but de ce travail est l'étude de la réglementation bancaire¹⁸, c'est à dire, le régime auquel sont soumis les établissements de crédit en Espagne et qui se compose des normes et institutions appartenant tantôt système juridique espagnol comme à celui de la UE. Pour cela, l'approche caractéristique de ce travail est celui du Droit Administratif. Nous étudions donc les normes et institutions juridique-administratives de la régulation bancaire, les bases constitutionnelles de la réglementation, les différents pouvoirs administratifs, les procédures, les contrôles de la structure organisationnelle de l'administration régulatrice, etc., de même elle inclue quelques considérations orientées du point de vue d'autres

perspectives juridiques et d'autres sciences sociales dans les cas où il a été considéré qu'il était strictement nécessaire pour atteindre l'objectif.

Comme cadre théorique de cette étude, nous prenons les «Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace»¹⁹ adoptée en Septembre 1997 par le Comité de contrôle bancaire de Basilea, qui recueillent le "cadre volontaire des normes minimales sur les meilleures pratiques de surveillances" comme point de départ de notre analyse. Sur ce document se trouve les lignes directrices qui d'après les principaux régulateurs et superviseurs du secteur bancaire au niveau mondial doivent guider le fonctionnement des systèmes de contrôle de ces activités et en définitive, le cadre de référence de l'analyse sur le système de régulation bancaire qui constitue ce travail²⁰.

Sur la même ligne, sont de même très utiles les principes qui, comme indique BLINDER, d'un point de vue plus académique, devraient guider la conception de la régulation: (i) les mesures doivent être orientées à la résolution des questions spécifiques; (ii) la régulation doit avoir comme objectif prioritaire la sécurité, plus que le prix; (iii) la régulation ne doit pas décourager l'innovation; (iv) La régulation doit être efficace; (v) la régulation doit être perçu comme équitable et juste; (vi) la régulation doit être complète dans le sens qu'il ne doit pas y avoir des espaces réglementés pertinents de l'activité en dehors de la même; (vii) être une réglementation cohérente, dans le sens qu'elle ne doit pas induire à confusion aux opérateurs, ne pas les exposer à des conflits dûs à des objectifs imposés par les différentes règles applicables ou de différents régulateurs qui les appliquent²¹.

Pour résumer, nous notons les caractéristiques suivantes de la réglementation bancaire pour en faire une branche du Droit Public Economique particulièrement attrayante pour l'étude juridique: (i) les activités bancaires se déroulent dans un contexte de libre marché, sous réserve de l'intervention publique intense²², arrivant même à conceptualiser une partie de la doctrine comme un système sectoriel²³; (ii) la régulation à lieu sous une constante tension entre les principes de légalité et l'exigence d'efficacité dans la réalisation des objectifs qui sont fixés par le système²⁴; (iii) à avoir un caractère prudentiel, dans le sens que son but est d'assurer la solvabilité, la liquidité et la stabilité des institutions financières²⁵ sans avoir à remplacer, en général, leur capacité à gérer leurs intérêts; (iv) du point de vue formel le système des sources se caractérise par une grande dispersion et l'absence de nature normative²⁶; et (v) il se projète sur une réalité matérielle très internationalisé²⁷, un fait dont l'activité administrative se voit contrainte à adapter, innovant dans son organisation et instruments juridiques.

La rélevance et justification de l'objet d'étude de ce travail viennent déterminées par les raisons suivantes: (i) du point de vue des fondements, de la structure organisationnelle (transfert de pouvoirs du niveau national au communautaire, la création de nouveaux organismes et répartition des compétences à d'autres préexistant, nécessité d'articulé un mécanisme de coordination et coopération), et le contenu du règlement (nouveau Droit substantif, nouvelles procédures, la réforme régulatrice bancaire est une question d'un intérêt juridique certain; (ii) la réforme de la réglementation n'a fait que renforcer la nécessité de systématiser la réglementation bancaire du point de vue juridique par rapport aux autres disciplines scientifiques et sociales connexes; et (iii) la valeur de la réforme de la réglementation vient du secteur bancaire puisqu'elle affecte la relation entre l'ordre communautaire et les nationaux.

La première partie de l'ouvrage est consacrée à l'essentiel de la régulation bancaire. Dans le premier chapitre, nous définirons les principales hypothèses et concepts sur lesquels se fonde la régulation comme une forme d'intervention de l'Administration dans le crédit et la banque. Dans le deuxième chapitre une brève évolution historique de l'arrière-plan de la régulation actuelle est présentée.

Dans la deuxième partie, il s'agit de la régulation substantive, à savoir la matière à laquelle les Entités de crédit sont soumises en Espagne. Pour cela, sont discutés dans le chapitre trois, les différents pouvoirs comprenant la régulation (normative de surveillance, de résolution et de sanctions), tantôt du point de vue doctrinal comme du droit positif. Dans le chapitre quatre il s'agit du régime d'accès à l'activité et autres questions connexes (autorisation, retrait de licences, approbation qualifiée des acquisitions qualifiés de participations actionariales), réglementés par le Droit actuel. Dans le cinquième chapitre, se présente le régime des instruments de préservation de l'exploitation continue des institutions financières en cas de crise : le système d'assurance-dépôts et le prêt de dernier recours.

L'étude de l'organisation de l'Administration régulatrice occupe un tiers du travail. Plus précisément, le mode de répartition des pouvoirs de régulation entre les différents niveaux administratifs est présenté et il est discuté en détail l'organisation de l'Administration chargé de surveiller les établissements de crédit espagnols, tantôt au niveau européen comme national. Par conséquent, il traite l'organisation et le fonctionnement du marché intérieur des services financiers et de l'Union Bancaire (MUS et MUR), y compris la relation entre les deux institutions.

La dernière partie du document traite le control judiciaire de la régulation bancaire, en se concentrant sur les développements relatifs à la réforme de la régulation au cours des dernières années, et en particulier dans l'organisation complexe de l'Administration de crédit dans le contexte de l'Union Bancaire.

Parte I

Los fundamentos de la regulación crediticia

CAPÍTULO I

LA ACTIVIDAD CREDITICIA Y SU REGULACIÓN

1. La actividad crediticia

1.1. El sistema financiero: concepto y función económica

El sistema financiero está formado por el “conjunto de instituciones, entidades y operaciones a través de las cuales se canaliza el ahorro hacia la inversión, suministrando (oferta) dinero u otros medios de pago para financiar las actividades de los operadores económicos (demanda)”²⁸: facilita los intercambios entre demandantes y oferentes de recursos financieros, ofrece información para la toma de decisiones, dota de seguridad jurídica sus acuerdos y transforma los activos para hacerlos más adecuados a sus necesidades²⁹. Reduce, en definitiva, los costes de transacción³⁰.

La actividad financiera consiste en la generación y distribución de los recursos financieros. Los activos financieros tienen naturaleza intangible y su valor reside en la expectativa de obtención de un beneficio futuro vinculado a una obligación legal: el demandante de financiación los emite, obligándose a efectuar unas prestaciones futuras, mientras que quien se la aporta los adquiere y deviene titular de las facultades inherentes a la obligación transmitida³¹.

²⁸ Vid. STC 133/1997 de 16 julio, FJ 3º.

²⁹ Vid. LEVINE, R., *Finance and Growth: Theory, Evidence, and Mechanisms*, en *The Handbook of Economic Growth*, de P. Aghion y S. Durlauf, North Holland, Amsterdam, 2005.

³⁰ Vid. COASE, R., «*The nature of the firm*», *Readings in price theory*, The American Economic Association, Londres, 1953.

³¹ Vid. SÁNCHEZ ASIAÍN, J.A., Discurso de recepción de D. José Angel Sánchez Asiaín como académico de número en el Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 26 de mayo de 1987, Madrid.

Dos son las condiciones básicas que debe reunir la actividad financiera para que su desempeño sirva adecuadamente al funcionamiento de la economía: (i) eficiencia, es decir, que los distintos participantes en el sistema financiero dispongan de los recursos más apropiados a sus necesidades en términos de naturaleza, plazos, precio, cantidad o sujetos receptores³², lo cual es posible gracias a la aptitud de los intermediarios de transformar los activos, adaptando la oferta de recursos financieros a la demanda efectiva en cada momento³³; y (ii) estabilidad, o sea, que el sistema lleve a cabo sus funciones evitando la aparición de grandes oscilaciones en las principales magnitudes económicas³⁴.

Así, una crisis financiera puede definirse como aquella situación en la que existen graves distorsiones de la actividad financiera tales que impiden su desarrollo en condiciones de eficiencia y estabilidad³⁵.

1.2. Los intermediarios financieros, en especial las entidades de crédito

Los intermediarios financieros son los sujetos especializados en facilitar la circulación de los recursos financieros en la economía. Entre ellos, pueden distinguirse dos categorías³⁶: (i) los intermediarios financieros bancarios, caracterizados porque parte de sus pasivos son de naturaleza monetaria y, en consecuencia, tienen la capacidad de generar liquidez³⁷; y (ii) los intermediarios financieros no bancarios, cuyos pasivos no tienen naturaleza monetaria y

³² Vid. **TOBIN, J.**, «*On the efficiency of the Financial System*», *Lloyds Bank Review*, n° 153, 1984, 1-15.

³³ Vid. **FABOZZI, F., MODIGLIANI, F., Y FERRI, M.**, *Mercados e Instituciones Financieras*, Prentice Hall, México, 1996, 3-6.

³⁴ Vid. **RODRÍGUEZ SÁIZ, L., ET AL.**, *Manual de Sistema Financiero Español*, Ariel, Barcelona, 2000.

³⁵ Vid. **MISHKIN, F.**, «*The International Lender of Last Resort: What are the issues?*», *Journal of Economic Literature*, No. F3, G2.F3, G2, 2000.

³⁶ Vid. **CALVO, A., PAREJO, J., RODRÍGUEZ, L., Y CUERVO, A.**, *Manual del sistema financiero español*, Barcelona, 2010, Ariel, 9 y ss.

³⁷ Esta definición comprende las siguientes categorías de instituciones, todas ellas integrantes del sistema financiero: (i) *Los bancos*; (ii) *Las cajas de ahorros* - Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias; (iii) *Las cooperativas de crédito*; y (iv) *El Instituto de Crédito Oficial* - La disposición adicional Octava de la LOSSEC establece que el Instituto de Crédito Oficial tendrá a todos los efectos la consideración de entidad de crédito,

sus actividades se circunscriben a mediar en las relaciones entre oferentes y demandantes de recursos financieros en un sentido más estricto.

Este trabajo se ocupa del estudio de la regulación de los intermediarios financieros bancarios³⁸ (también denominados entidades de crédito, instituciones de crédito o bancos, términos que se utilizan indistintamente) y que, conforme al ordenamiento jurídico son “*las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia*”³⁹, sin perjuicio de que también puedan llevar a cabo otras actividades diversas⁴⁰.

Las entidades de crédito se caracterizan por su fragilidad⁴¹. Esta característica viene determinada por (i) su actividad, consistente en captar y ceder fondos proyectándolos en el tiempo – “*transformación de activos, activos a corto plazo y líquidos en activos a largo plazo a través de políticas de inversión y liquidez planificadas*”⁴²; (ii) la naturaleza de los bienes y servicios con los que comercian, es decir, los activos financieros y la intermediación basada en la información; y (iii) la intensa interrelación entre ellos, pues el sector se configura como un sistema⁴³.

con las particularidades previstas en su legislación específica, además de los sistemas institucionales de protección.

³⁸ Vid. FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Spain: Financial Stability Assessment*, IMF Country Report No. 12/137, Junio de 2012: “*Banks dominate the Spanish financial system and are large relative to the economy. The total assets of the Spanish banks (excluding foreign branches) amount to about 320 percent of GDP taking into account international activities of the banks, with the largest five banks accounting for more than 70 percent of total assets. Loans extended to the private sector in Spain account for 166 percent of GDP. In contrast, the growth of nonbank financial entities has not kept pace with the domestic banking industry and with EU peers, and this segment represents a relatively small share of the financial sector.*”

³⁹ Art. 1 LOSSEC

⁴⁰ Vid. TAPIA HERMIDA, A.J., «*La nueva arquitectura regulatoria del sistema bancario español: La Ley 10/2014, de Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*», *Revista de Derecho Bancario y bursátil*, nº 136, Octubre-Diciembre 2014.

⁴¹ Vid. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Regulación bancaria y crisis financiera*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2013.

⁴² Vid. SÁNCHEZ ASIAÍN, J.A., *op. cit.*, 35.

⁴³ Vid. DE ÁGUILA QUESADA, J.; CORTÉS GARCÍA, F.J.; FERNÁNDEZ RUIZ, I.; y GARCÍA MORENO, F.J., *El Riesgo en la Industria Bancaria. Una aproximación a Basilea II*, Fundación

Tal característica ha servido para justificar que la intervención pública en el sector bancario sea más invasiva – en términos de limitación de la libertad de los operadores - que en los otros subsectores del sistema financiero (mercados de valores o seguros), si bien, desde hace años, aun manteniéndose generalizadamente aceptada tal especificidad, se ha ido extendido cierto consenso sobre la conveniencia de extender la regulación y supervisión prudencial, propia del sector bancario, a otros subsectores del sistema a medida que la diferencia entre las actividades de las entidades bancarias y del resto de intermediarios financieros se va haciendo menos nítida⁴⁴.

2. La Regulación económica bancaria

2.1. Concepto

La regulación bancaria es la actividad administrativa orientada a garantizar que los intermediarios bancarios desarrollen sus actividades en consonancia con la protección del interés general⁴⁵. Constituye una manifestación específica de la regulación económica⁴⁶ y su existencia se justifica – en última instancia – en

Cajamar, Almería, 2002, 31.

⁴⁴ Vid. **PADOA-SCHIOPA, T.**, *Licensing Banks: Still Necessary?*, Group of Thirty, 2000.

⁴⁵ Si bien la regulación bancaria no ha estado ligada en nuestro país – con carácter general - a procesos de privatización o liberalización, pues la actividad de crédito no ha estado reservada al sector público y ha sido ejercitada por empresas privadas, participa del interés por compatibilizar la satisfacción del interés público con el libre desarrollo de las actividades privadas en el mercado que es propio de la regulación económica, Vid. **MEILÁN GIL, J.L.**, “Una aproximación jurídica a la regulación económica y financiera, *Administración de andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 75, 2009, 13-45; **BETANCOR, A.**, *Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Ed. Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2010, 700.

⁴⁶ **ARIÑO ORTIZ y DE LA CUÉTARA** definen la regulación como “*aquel conjunto de elementos jurídicos, técnicos y decisionales, necesario para mantener un sector de actividad humana dentro de unos parámetros determinados*”, concretando la definición de regulación económica como “*la aplicable a actividades de este carácter que, por alguna razón, requieran estabilizarse u organizarse en función de determinados objetivos, y en la que el enfoque, la perspectiva a considerar, será ordinariamente la proporcionada por las ciencias económicas*”, Vid. **ARIÑO, G. y DE LA CUÉTARA J. M.**, «*Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos*», *Cuadernos de Derecho Público*, n° 9, Madrid, 2000, 11.

el rol esencial con respecto del conjunto de la economía – generar liquidez, conservar el valor del dinero - y, por ello, su correcto funcionamiento es un requisito necesario para el normal devenir de la sociedad⁴⁷.

2.2. Contenido

La intervención pública se manifiesta en el sector bancario más intensamente que en el resto de sectores económicos⁴⁸. Así se admite mayoritariamente por la doctrina⁴⁹ y la jurisprudencia⁵⁰ y se constata al analizar las reglas del Derecho positivo. Incluso, una parte relevante de la doctrina, con origen en los administrativistas italianos⁵¹, ha llegado a calificar el sector bancario como ordenamiento sectorial, resaltando los amplios poderes conferidos a la Administración para intervenir en el sector con base "*en el lugar central que el sistema crediticio y bancario ocupa en el sistema económico en su conjunto, cuya dirección corresponde ex constitutione a los poderes públicos*"⁵².

⁴⁷ Vid. **VEGARA FIGUERAS, D.**, «Una panorámica de la Unión Bancaria», *Revista de Estabilidad financiera*, Banco de España, No 27, Noviembre de 2014, 13. La Comisión Europea en su Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre medidas estructurales para aumentar la resiliencia de las entidades de crédito de la UE Bruselas, publicada el 29 de enero de 2014 señala que "*el sector bancario de la Unión sigue teniendo gran peso, en términos tanto absolutos (42,9 billones EUR) como relativos (casi el 350 % del PIB de la UE). El tamaño individual de los bancos más grandes de la Unión, en cuanto a activos, equivale grosso modo al PIB de su país de origen o está muy próximo al mismo. Son bancos que siguen siendo demasiado grandes para quebrar, demasiado grandes para ser rescatados y demasiado complejos para someterlos a resolución*".

⁴⁸ Vid. **BARRIOS PÉREZ, V.**, «¿Son los bancos empresas especiales a efectos de su regulación?», *Boletín Económico del ICE*, nº 2801, 2004, 21-36.

⁴⁹ Vid. **MARTÍN-RETORTILLO, S.**, *Estudio Preliminar*, en Martín-Retortillo, S. (dir.), *Estudios de Derecho Público Bancario*, CEURA, Madrid, 1987.

⁵⁰ Vid. STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 21 de Julio de 2000: "*preservar –en pro de los intereses no solo de tales entidades, sino, especialmente, de los ciudadanos que se ven compelidos a utilizar sus servicios en las circunstancias actuales y a depositar en ellos su confianza- la distinción neta entre entidades financieras, sujetas a unos condicionamientos más estrictos, y el resto de empresas mercantiles*".

⁵¹ Vid. **GIANNINI, M.S.**, «Istituti di crédito e servizi di interesse pubblico», *Moneta e Crédito*, nº 5, 1949.

⁵² Vid. por todos, **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.**, «Supervisión y disciplina bancaria en el

La regulación bancaria es una actividad administrativa, pero su contenido trasciende el estricto ámbito del Derecho Administrativo. Su aplicación requiere de la utilización de técnicas jurídicas que no necesariamente son las propias del Derecho Público, adoptando, en ocasiones formas híbridas jurídico público – jurídico privadas⁵³ y, más aún, dada su naturaleza y la de las actividades sobre las que se proyecta, su estudio requiere que el análisis jurídico se conecte con otras disciplinas técnico-científicas, entre ellas, destacadamente las ciencias económicas⁵⁴.

Así lo pone de manifiesto JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ al describir el contenido de la regulación bancaria apoyándose sobre conceptos económicos, como son la eficiencia o la gestión de la escasez o del riesgo, afirmando que *”regular –y supervisar- consiste, sobre todo, en calibrar: ponderar todos los escenarios y elegir aquel que cumpla con los requerimientos esperables (aun en el escenario que pueda antojarse más crítico, o de máximo stress, como suele decirse), pero que, además, responda a los imperativos de la eficiencia en el manejo de algo que, como el dinero, va a ser siempre es- caso”*⁵⁵.

Desde el punto de vista de su contenido jurídico, la regulación bancaria consiste en la modulación por parte de los poderes públicos de las actividades bancarias, y resulta en dos clases de medidas: (i) unas directas, que la Administración aplica en relación con las entidades de crédito; y (ii) otras indirectas, que se traducen en un elenco de normas imperativas que condicionan la actividad contractual de los bancos en relación con su clientela y el resto de operadores⁵⁶.

proyecto de Ley sobre Disciplina e Intervención en las Entidades de Crédito», Papeles de economía española, Nº 36, 1988, 47-59.

⁵³ Vid. VAQUER CABALLERÍA, M., “Del FROB y los stress test: aportaciones a la teoría sobre las formas de actividad de la Administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 157, 2013, 32.

⁵⁴ Vid. ARIÑO ORTIZ, G., LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. Y DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J., *op. cit.*, 16.

⁵⁵ Vid. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Regulación bancaria y crisis financiera*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2013, 85.

⁵⁶ Vid. MARTÍN-RETORTILLO, S., *op. cit.*, 24.

De este modo, podemos diferenciar entre las normas de Derecho Público Bancario o Derecho Bancario Institucional, que se refieren a la organización, funciones y finalidad de los operadores, y las normas de Derecho Privado Bancario o Derecho Bancario Operativo, que regulan las relaciones contractuales de las entidades⁵⁷.

En función de las finalidades de la regulación bancaria⁵⁸, cabe distinguir entre (i) la regulación prudencial, que tiene por objeto garantizar la solvencia, liquidez y estabilidad de las instituciones financieras, y (ii) la regulación de conducta, que tiene por objeto garantizar el correcto desarrollo de las relaciones de las entidades con sus clientes⁵⁹.

Atendiendo a las potestades públicas que comprende, la regulación bancaria abarca cuatro dimensiones diferenciadas y complementarias: (i) la regulación *strictu sensu*, es decir, “*el conjunto de normas y reglamentos que rigen las instituciones financieras*”, (ii) la supervisión, que es el “*proceso diseñado para vigilar a las instituciones financieras a fin de garantizar el cumplimiento de dichas normas y reglamentos*”, (iii) la gestión de las crisis de las entidades, y (iv) la potestad sancionadora de la Administración que refuerza su cumplimiento⁶⁰.

Tales potestades se proyectan sobre toda la *vida* de las entidades de crédito, a saber: (i) la autorización para operar en una determinada jurisdicción, al comienzo de sus operaciones; (ii) la supervisión de la calidad de los activos, de la adecuación del capital, de la liquidez, controles internos y retribuciones y el sometimiento a un régimen de sanciones, en caso de incumplimiento de la normativa, durante el normal ejercicio de sus actividades; y (iii) un régimen de gestión de crisis y los procedimientos de insolvencia previstos para la eventual situación de dificultades patrimoniales por las que pueda atravesar, así como el régimen de garantía de depósitos y el préstamo de última instancia⁶¹.

⁵⁷ Vid. **TAPIA HERMIDA, A.J.**, *Evolución histórica, situación y perspectivas generales del Derecho Público Bancario español*, en Martín-Retortillo, S. (dir.), *Estudios de Derecho Público Bancario*, CEURA, Madrid, 1987.

⁵⁸ Vid. **KANE, E.J.**, «Regulación financiera y redes de seguridad bancaria: una comparación a escala internacional», *Papeles de Economía Española*, Nº 101, 2004, 34-63.

⁵⁹ Vid. **LLEWELYN, D.**, *op. cit.*, 7.

⁶⁰ Vid. **LAROISIÈRE, J.** (Director), *op. cit.*, ptos. 38, 39 y 83.

⁶¹ Vid. **TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UE**, *La supervisión bancaria europea toma forma – La Autoridad Bancaria Europea en un contexto en evolución*, Luxemburgo, 2014; **PARLAMENTO**

3. La justificación económica de la regulación bancaria

En las economías de mercado⁶², la actividad bancaria se desarrolla amparada por la libertad de empresa. Los operadores actúan guiados por su propia razón pero sujetos, eso sí, a una intensa intervención pública en sus actividades⁶³, justificada por (i) su carácter instrumental en relación con intereses superiores, como son la estabilidad general de la economía, la preservación de las condiciones básicas para el desarrollo de la actividad del resto de sectores productivos y la garantía del acceso a los servicios financieros básicos por parte de los particulares, y (ii) las especiales características del sector⁶⁴, en el que se manifiesta una singular incidencia de los fallos del mercado y el relevante rol que juega la confianza como sustento de la actividad de crédito⁶⁵.

3.1. La regulación como garantía de la confianza en el sector bancario

Desde el punto de vista económico, la existencia de la regulación bancaria encuentra justificación en la podríamos llamar - por oposición a la concepción

DEL REINO UNIDO, Cámara de los Lores, Comité sobre la Unión Europea, 14º Informe de sesión 2008-2009, *The future of EU financial regulation and supervision*, vol. 1, 17 de junio de 2009, 12.

⁶² Vid. GARCÍA ECHEVARRÍA S., «Libertad de mercado versus regulación», Conferencias y trabajos de investigación del Instituto de Dirección y Organización de Empresas, N.º. 356, 2013.

⁶³ Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a A., «El nuevo modelo...», 38.

⁶⁴ Vid. ROLDÁN ALEGRE, J.M^a y ARGIMÓN MAZA, I., «Retos para el marco de la regulación prudencial», *Cuadernos europeos de Deusto*, 41, 2009, 53.

⁶⁵ Vid. Diccionario de la lengua española (DRAE), Real Academia Española, 23ª edición, octubre de 2014. La palabra crédito es polisémica y significa tanto la “*Cantidad de dinero, o cosa equivalente, que alguien debe a una persona o entidad, y que el acreedor tiene derecho de exigir y cobrar*” como la “*opinión que goza alguien de que cumplirá puntualmente los compromisos que contraiga*”.

según la cual los mercados, por sí mismos y al margen de la regulación, obtienen resultados eficientes y racionales capaces de satisfacer el interés público – hipótesis de la ineficiencia de los mercados, en especial del sector financiero⁶⁶.

La especial estructura financiera y patrimonial⁶⁷ de las entidades de crédito hace que se vean expuestas, incluso las más solventes, a la amenaza de verse afectados por un pánico bancario⁶⁸ y frente a esta circunstancia, la regulación está llamada a contribuir a gestionar el riesgo de manera sana y, a fin de cuentas, facilitar el funcionamiento armonioso del sistema bancario⁶⁹.

Junto a los riesgos propios de la actividad de intermediación bancaria⁷⁰, en el sistema bancario se manifiestan relevantes fallos del mercado que justifican,

⁶⁶ La hipótesis de la eficiencia del mercado procedente de la Economía Financiera amerita – a partir de la experiencia de los últimos años – ser sometido a una profunda revisión. En concreto, Turner señala cinco hipótesis de partida que deben ser sometidas a revisión: (i) Los precios de Mercado constituyen buenos indicadores del valor real de los bienes evaluados conforme a criterios económicos racionales; (ii) El desarrollo de la técnica de titulización del crédito, al estar basado en la creación de nuevos mercados y de mayor liquidez, ha tenido como resultado una mayor eficiencia y estabilidad del sistema financiero; (iii) el verdadero riesgo de los mercados financieros puede ser medido y gestionado de manera segura utilizando técnicas de análisis matemático; (iv) la disciplina de mercado puede ser utilizada como un instrumento eficaz para evitar la asunción de riesgos perjudiciales o excesivos; (v) la innovación financiera es siempre beneficiosa, porque la competencia en el mercado va a expulsar aquellas innovaciones que no aporten valor añadido. *Vid. TURNER, A., The Turner Review. A regulatory response for global banking crisis, FSA, Marzo, Londres, 2009, 39.*

⁶⁷ *Vid. VIVES, X., ibídem: En el balance contable de los bancos, “la deuda tiene un peso importante (...) y esta deuda está dispersa entre pequeños inversores en forma de depósitos (...) (deuda a corto plazo amortizada a la par)”*, lo cual determina un riesgo de que, “*si los depositantes retiran los fondos invertidos, (...) el banco se verá forzado a liquidar rápidamente sus activos a un coste elevado*”, 29.

⁶⁸ *Vid. LASTRA, R., op. cit., 82 y ss.*

⁶⁹ *Vid. WARE, D., Principios básicos de supervisión bancaria, Centro de Estudios de Banca Central, Banco de Inglaterra, Londres, mayo de 1996.*

⁷⁰ *Vid. BANCO DE ESPAÑA, Modelo de Supervisión del Banco de España, 30 de junio de 2011, Anexo 1: Los riesgos inherentes a la actividad bancaria pueden sintetizarse en las siguientes categorías: “(i) Riesgo de crédito (posibilidad de sufrir pérdidas derivadas del incumplimiento por el deudor de sus obligaciones contractuales); (ii) Riesgo de concentración (posibilidad de que se produzcan pérdidas significativas, que puedan amenazar la viabilidad futura de una entidad, como consecuencia de la concentración de riesgo en un grupo reducido de acredita-*

también, la intervención pública, a saber: (i) la existencia de información imperfecta; (ii) la estructura anticompetitiva del sector; y (iii) la aparición de externalidades negativas⁷¹.

Tales fallos del mercado, determinan las finalidades a las que responde la regulación desde la perspectiva económica: (i) evitar la aparición de monopolios y posiciones de dominio en el mercado y otras distorsiones de la competencia y mantener la integridad del mercado; (ii) proteger los intereses de los inversores y depositantes no profesionales en los casos en que existen asimetrías de información; y (iii) controlar los efectos de las externalidades del sistema financiero en relación con el resto del sistema económico⁷².

Para paliar la inmanente fragilidad del sistema bancario, la regulación actúa como una red de seguridad: establece un marco para el desarrollo de la activi-

dos, en un conjunto de acreditados de comportamiento similar, o en activos financieros especialmente correlacionados); (iii) Riesgo de renta variable (riesgo de pérdida de valor de las participaciones financieras en otras sociedades); (iv) Riesgo de mercado (posibilidad de sufrir pérdidas derivadas de movimientos adversos en los precios de mercado de los instrumentos negociables con los que opera la entidad); (v) Riesgo de tipo de cambio estructural (posibilidad de sufrir pérdidas derivadas de las posiciones netas estructurales en divisas. Incluye el riesgo derivado de la posición en moneda extranjera de las participaciones financieras permanentes, pero no de las participaciones disponibles para la venta); (vi) Riesgo operacional (posibilidad de sufrir pérdidas como consecuencia de la inadecuación de procesos, sistemas, equipos técnicos y humanos, o por fallos en los mismos, así como por hechos externos); (vii) Riesgo de tipo de interés estructural (posibilidad de sufrir pérdidas por el impacto potencial de cambios en los tipos de interés sobre los beneficios de la entidad o sobre el valor neto de sus activos); (viii) Riesgo de liquidez (posibilidad de sufrir pérdidas por no tener fondos líquidos disponibles para hacer frente puntualmente a las obligaciones de pago); (ix) Riesgo de negocio (posibilidad de sufrir pérdidas derivadas de que se produzcan hipotéticos hechos adversos, internos o externos, que afecten negativamente a la capacidad de la entidad de lograr sus objetivos y como consecuencia de ello afecten negativamente a sus beneficios por esta vía a su solvencia); (x) Riesgo de reputación: es el derivado de actuaciones de la entidad que posibiliten una publicidad negativa relacionada con sus prácticas y relaciones de negocios, que pueda causar una pérdida de confianza en la institución, y por esta vía afectar a su solvencia.”

⁷¹ Vid. **FREIXAS, X.**, «Fundamentación teórica de la regulación de los mercados financieros», *Moneda y Crédito*, 1990, 11-40.

⁷² Vid. **VIVES, X.**, «Competencia, regulación y estabilidad del sistema bancario», *Papeles de economía española*, N° 94, 2002, 28-36.

dad empresarial en condiciones acordes con las necesidades del interés general. Dadas sus especiales características, la actividad bancaria requiere, para poder desarrollarse en condiciones de estabilidad y eficiencia, apoyarse en la garantía que ofrece la regulación al actuar como contrapeso de los riesgos que le son inherentes⁷³ y de los fallos del mercado que en la misma se manifiestan, facilitando que los operadores económicos puedan realizar sus negocios en condiciones adecuadas.

3.2. Los fallos del mercado

3.2.1. La información imperfecta: “selección adversa” y “riesgo moral”

El conocimiento desempeña un papel muy significativo en la cadena de valor de las entidades bancarias: la transformación de los recursos financieros y la puesta en relación de los intereses de oferentes y demandantes de los mismos pasa, necesariamente, por la gestión que realizan de la información que sobre las condiciones que unos y otros están dispuestos a asumir⁷⁴.

La función de intermediación bancaria consiste esencialmente en cruzar la oferta y la demanda de recursos financieros mediante la puesta en relación de sujetos heterogéneos – profesionales y particulares - en condiciones de información imperfecta y asimétrica, como es la que tiene lugar entre entidades y depositantes o inversores⁷⁵.

Esta circunstancia revela la quiebra de uno de los presupuestos de funcionamiento de los mercados como instrumentos de asignación eficiente – y estable - de recursos e impide suponer, con carácter general, que las decisiones que se adoptan en el mercado sean las mismas que se tomarían en caso de que existiera información perfecta y homogénea.

Se manifiestan, así, dos fallos del mercado: la *selección adversa* - situaciones en que un individuo actúa de una manera distinta de la que llevaría a cabo en caso de tener información perfecta sobre las consecuencias de sus actos - y, derivado de ella, el *riesgo moral* – situación en que un agente puede tener una

⁷³ Vid. VIVES, X., “Competencia, regulación y...”, 29.

⁷⁴ Vid. SÁNCHEZ ASIAÍN, J.A., *op. cit.*, 40 y ss.

⁷⁵ Vid. SÁNCHEZ ASIAÍN, J.A., *ibídem.*, 40.

influencia sobre una variable que es determinante de las ganancias obtenidas por otro, sin que ello sea observable por este último - para cuyo remedio se aplica la regulación, a fin de coadyuvar a que la actividad se desarrolle en condiciones propicias para cumplir con los requisitos de eficiencia y estabilidad de la actividad financiera⁷⁶.

3.2.2. *Las externalidades y el riesgo sistémico*

Los riesgos inherentes a la actividad bancaria se externalizan: más allá de los efectos que para el sistema bancario puede tener la inestabilidad de una entidad en concreto, la experiencia demuestra que las quiebras bancarias son altamente contagiosas de modo que el colapso de una parte del sector puede desembocar en una distorsión con efectos sobre la totalidad de la economía⁷⁷.

Como señala GOODHART, si se considerase aisladamente el carácter altamente profesionalizado de las entidades bancarias, la regulación no debería pretender limitar los riesgos que asumen los operadores en tanto que los perjuicios que pudieran causar fueran internalizados, es decir, ser asumidos por el propio sistema⁷⁸. Sin embargo, el ejercicio de la actividad crediticia produce efectos sobre terceros: por un lado, el comportamiento de las entidades financieras de manera individual puede tener efectos sobre el conjunto del sistema financiero, y por otro, el sistema en su conjunto influye sobre el resto de sectores económicos⁷⁹.

Tal amenaza es el denominado riesgo sistémico, es decir, “*el riesgo o probabilidad de ruptura en un sistema entero, en contraposición a la ruptura de las partes individuales, y que se hace derivar de las correlaciones y movimientos*”

⁷⁶ Vid. FREIXAS, X., *op. cit.*, 13.

⁷⁷ Vid. SAURINA, J., «Solvencia bancaria, riesgo de crédito y regulación pública: El caso de la provision estadística española», *Hacienda Pública / Revista de Economía Pública*, 161-(2/2002):, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 2002.

⁷⁸ Vid. GOODHART, C., *op. cit.*, 89.

⁷⁹ Vid. STC 49/1988, FJ 12: “una actividad de especial delicadeza y riesgo no sólo para quienes la realizan sino también para quienes operan con ellas y para la estabilidad económica en general”.

comunes entre las partes”⁸⁰, que se predica, en el ámbito financiero, con respecto de los operadores, de las actividades e incluso de los distintos subsectores del sistema (tanto de actividad como geográficos) y que viene determinado por factores como el tamaño, el nivel de apalancamiento, el grado de interconexión con otros elementos del sistema o la importancia cualitativa de los servicios prestados en relación con otros operadores o sectores⁸¹.

Esta característica hace que las dificultades que atraviese una entidad puedan convertirse, con cierta facilidad y si no se gestiona adecuadamente, en un problema de la economía en su conjunto, con efectos potencialmente devastadores para terceros ante cuyo riesgo los Gobiernos están dispuestos a actuar, respaldando la posición de las entidades “*en todo lo que sea necesario*”⁸². Reaparece, así, el problema del “riesgo moral”, al disponer las entidades de incentivos para incurrir en riesgos cuyos efectos positivos revierten en su favor mientras que los eventuales efectos negativos son total o parcialmente externalizados, es decir, trasladados a terceros.

3.2.3. El sesgo anticompetitivo del sector bancario

El sistema bancario se caracteriza por el sesgo anticompetitivo de su estructura económica, que viene determinado tanto por razones intrínsecas como por los efectos de la intervención pública, a saber: (i) la actividad crediticia requiere que las empresas que las desarrollan reúnan unas características especiales como, por ejemplo, la disposición de un importante volumen de recursos propios que sirvan para garantizar la devolución de los depósitos de los clientes; (ii) la necesaria relación de confianza que se establece entre el banco y el cliente, que permite que relaciones jurídicas de corto plazo se conviertan en relaciones de largo plazo, y que tiene como causa la rigidez de la demanda en determinados servicios financieros, también actúa como factor limitativo de la competencia en el sector; y (iii) la propia regulación refuerza el sesgo, impo-

⁸⁰ Vid. KAUFMAN, G., y SCOTT K., *Does bank regulation contribute or contribute to systemic risk?*, John M. Olin Program in Law and Economics, Working Paper No. 211, 2000.

⁸¹ Vid. GROUP OF THIRTY, *Financial Reform: A framework for financial stability*, Washington D.C., 2009, 19.

⁸² Vid. POWELL, J.H., «Ending “Too Big to Fail”», Remarks at the Institute of International Bankers 2013 Washington Conference, Washington, D.C., March 4, 2013.

niendo barreras de entrada en el sector y limitando las decisiones de los operadores al imponer reglas sobre el ejercicio de su actividad⁸³ y constituyendo una red de seguridad en caso de crisis de las empresas⁸⁴.

Centrándonos en el último aspecto de los señalados –que es al que específicamente se dedica trabajo –, los objetivos de la regulación bancaria no siempre concuerdan con los de la libre competencia entre operadores: siendo ciertos los efectos positivos de la competencia, como factor favorecedor de la eficiencia y la innovación, un alto nivel de competencia entre los bancos puede actuar como un incentivo para la asunción de riesgo y para el arbitraje regulatorio y, en consecuencia, reducir los efectos buscados por la intervención pública en el sector, enfrentándose, así, los dos polos entre los cuales se desarrolla la actividad bancaria, es decir, la estabilidad y la eficiencia⁸⁵.

La regulación bancaria prevalece sobre la regulación de la competencia. El sector bancario ha estado tradicionalmente sometido a una aplicación laxa del régimen general de protección de la competencia e incluso al aplicado a otros sectores “estratégicos” (telecomunicaciones, energía, transporte, etc.), no ya en periodos de crisis, en los que en el contexto de los rescates bancarios se admite de manera excepcional la concesión de cuantiosas ayudas públicas al

⁸³ Vid. VIVES, X., “El paradigma de...”, 7.

⁸⁴ Vid. MCELWEE, M., «Law and Regulation for Global financial markets: competition law, financial stability and the rules of game», *Law and Financial Markets Review*, 2010, 473-484.; OJO, M., «The Changing Role of Central Banks and the Role of Competition in Financial Regulation during (and in the Aftermath of) the Financial Crisis», *European Law Journal*, Vol. 17, No. 4, 2011, 513–533.

⁸⁵ Vid. DERMINE, J., “European Banking: Past, present and future”, *conference paper* presentado en Second ECB Central Banking Conference “The transformation of the European financial System”, Frankfurt am Main, 24 y 25 de octubre de 2002.

sector⁸⁶, sino de modo ordinario, en el día a día de las entidades, incluso en periodos de estabilidad financiera⁸⁷.

Como señala VIVES, puede apreciarse una evolución en el tratamiento que los poderes públicos han dado a la competencia en relación con el sector bancario desde una etapa en la que se consideraba que la competencia perjudicaba la estabilidad del sector (la llamada *pax bancaria*) hacia un enfoque según el cual la competencia podía contribuir al objetivo de la estabilidad (desde la década de los 70)⁸⁸, eso sí manteniéndose un nivel de competencia limitado en comparación el régimen general de la economía.

El sometimiento de la actividad bancaria a un régimen especial en el que se limita la libertad de los operadores para el desarrollo de su actividad en aras a la defensa del interés general implica una limitación de la libre competencia. Para ser admisible conforme a Derecho, esta limitación debe circunscribirse a la intervención mínima necesaria que permita alcanzar los objetivos marcados y, en todo caso, respetando las reglas generales del ordenamiento jurídico entre las que se encuentran el respeto a los derechos fundamentales y el mercado – competitivo, justo y eficiente - como mecanismo preferente de adopción de decisiones en el ámbito empresarial.

PADOA-SCHIOPA sintetiza esta idea al señalar que la tarea del regulador no es evitar la *selección darwiniana* en el sector, sino evitar los *experimentos de manipulación genética* que hagan imposible evaluar la calidad de los productos y la responsabilidad de las entidades que los proveen⁸⁹.

⁸⁶Vid. **TAPIA HERMIDA, A.J.**, «Mercado interior, ayudas estatales y sector financiero», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº. 20, 2014, 549-551; **PSAROUDAKIS, G.**, *State Aids, Central Banks and the Financial Crisis*, ECFR 2/2012; **ATHANASSIOU, P.**, «Competition Law and the European Financial Services Sector: An overview of Recent Developments», *International In-house Counsel Journal*, vol. 1, No 3, Primavera 2008, 419-429; **WEENINK, H.**, **SCHULZE STEINEN, P.**, «State aid in the financial services sector», *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2008.

⁸⁷ Vid. **HASAN, I.** y **MARINČ, M.**, *Should competition policy in banking be amended during crisis? Lessons from the EU*, Bank of Finland Research Discussion Papers, 7, Banco de Finlandia, Abril de 2013.

⁸⁸ Vid. **VIVES, X.**, *ibídem*, 1.

⁸⁹ Vid. **PADOA-SCHIOPA, T.**, *Licensing Banks...*, 32.

Por lo que respecta a la flexibilización del régimen de competencia como respuesta a las crisis financieras, y centrándonos en las medidas adoptadas durante los últimos años, cabe señalar que el Derecho comunitario y las actuaciones de las Instituciones no han sido ajenas a la situación de “emergencia” por las que ha atravesado el sistema financiero, habiéndose adoptado decisiones orientadas a flexibilizar el régimen de limitación y control de las ayudas de Estado con relación al sistema bancario a fin de compatibilizar los requisitos generales del mercado interior con la necesaria agilidad en la respuesta a la crisis⁹⁰.

Así, con base en la posibilidad prevista por el TFUE⁹¹ de conceder ayudas públicas poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro para preservar la estabilidad financiera y evitar una grave perturbación de la economía, se ha aprobado desde 2008 un marco temporal que pretende facilitar la consecución de tal objetivo en condiciones de proporcionalidad: las llamadas Comunicaciones de crisis⁹².

⁹⁰ Vid. NAVARRO E. y MOSCOSO DEL PRADO, L., «Ayudas públicas al sector financiero», *Especial reformas estructurales*, nº extraordinario 2012, Uría Menéndez; URÍA, FERNÁNDEZ, F. “Crisis financiera, mecanismos de apoyo a las entidades de crédito en dificultades y derecho de la competencia”, *Estabilidad Financiera*, nº 18, 2010.

⁹¹ Art. 107.3 b) TFUE

⁹² Los criterios de interpretación de la normativa excepcional de competencia y control de ayudas de Estado determinados por la Comisión se han plasmado en las siguientes comunicaciones: Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial; Comunicación de la Comisión sobre la recapitalización de las instituciones financieras en la crisis financiera actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia («Comunicación de recapitalización»); Comunicación de la Comisión sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario («Comunicación sobre activos deteriorados»); Comunicación de la Comisión sobre la recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales («Comunicación de reestructuración»); Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación, a partir del 1 de enero de 2011, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera («Comunicación prorrogativa de 2010»); Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de enero de 2012, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera («Comunicación prorrogativa de 2011»); Comunicación de la Comisión, de 30 de julio de 2013, sobre la aplicación, a partir del 1 de agosto de 2013, de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera.

4. Los objetivos de la regulación

4.1. La estabilidad financiera como objetivo comprensivo de la regulación bancaria

El rol esencial para el funcionamiento de la economía que desempeña el sistema financiero, y de manera especial, el sector bancario - provee a los operadores de los recursos necesarios para el funcionamiento de la *economía real* -, no obsta, sin embargo, para que la actividad crediticia se configure una actividad empresarial abierta al ejercicio por parte de los particulares⁹³.

En las economías de mercado, la regla general es que las actividades que no hayan sido expresamente reservadas a la iniciativa pública se desarrollen por empresas en régimen de libertad, sometidas, eso sí, a limitaciones justificadas por razón de interés público⁹⁴.

Este es el caso de la actividad crediticia⁹⁵. La regulación económica bancaria se orienta, consecuentemente, a coordinar el ejercicio de la actividad crediticia en condiciones de libertad y competencia con la satisfacción del interés público, es decir, a mantener el funcionamiento del sector dentro de un margen

⁹³ Vid. ESTEVE PARDO, J., «La evolución del garantismo: de las garantías personales a las garantías del Estado», *Revista Catalana de Dret Public*, nº 46, 2013.

⁹⁴ Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., «Nuevo sistema conceptual», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 3, 1999 (Ejemplar dedicado a: Privatización y liberalización de servicios, 133-152, 140.

⁹⁵ Debe señalarse, en este sentido, que en el contexto de la crisis, de hecho, se han producido relevantes tomas de control de entidades de crédito por parte del Estado durante la presente crisis financiera, tanto en Estados Unidos, como en los principales países de Europa, proceso al que no ha sido ajeno nuestro país, subsistiendo aún en la actualidad relevantes participaciones del Estado, a través del FROB, en entidades, si bien difícilmente puede considerarse como un proceso de nacionalización de la banca en el sentido clásico, sobre todo teniendo en cuenta el carácter transitorio de dicha presencia pública en el capital de la banca rescatada. Vid. COSCULLUELA MONTANER, L. y LÓPEZ BENITEZ, M., *Derecho Público Económico*, 3ª ed., Iustel, Madrid, 2009: “no puede afirmarse que los procesos de intervención pública que, en el ámbito de las cajas de ahorro, se están dando, supongan una efectiva definitiva nacionalización, sino más bien una intervención provisional con fines de saneamiento y devolución del mercado”.

acorde con las necesidades de la sociedad, sin que ello suponga *evitar la asunción de riesgos por parte del sector privado ni remplazar a la iniciativa privada en su gestión*”⁹⁶.

Determinar el alcance y contenido del interés público presente en las actividades financieras resulta esencial, pues, para comprender en qué consiste la regulación bancaria y delimitar su perímetro de actuación⁹⁷.

El legislador identifica tal interés público con la garantía de un desempeño armónico de las actividades financieras, de modo que satisfagan las necesidades de la sociedad mediante la provisión de recursos financieros a los operadores económicos⁹⁸. El motivo de la intervención pública en el sector financiero es, de este modo, garantizar su correcto funcionamiento⁹⁹ y la confianza de los participantes en el sistema¹⁰⁰, facilitando la trasmisión de los recursos financieros¹⁰¹, asegurando la *fiabilidad y estabilidad* del sistema¹⁰² y minimizando el riesgo sistémico¹⁰³ o, dicho de forma más sencilla, facilitar las condiciones necesarias para preservar el valor del dinero¹⁰⁴.

⁹⁶ Vid. CARUANA LACORTE, J., «Regulación e innovación...», 12.

⁹⁷ Vid. MEILÁN GIL, J.L., *op. cit.* 22.

⁹⁸ Así lo ha puesto de manifiesto al señalar que “*las entidades de crédito tienen un papel clave en la economía, en la medida en que facilitan la circulación del crédito al resto de sectores de actividad productiva y a los ciudadanos*”, Vid. Preámbulo de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

⁹⁹ Vid. STS de 23 de septiembre de 1998: “*La actividad bancaria es una actividad controlada, lo que supone que el ordenamiento jurídico establece intervenciones concretas para garantizar el correcto funcionamiento de las entidades privadas.*”

¹⁰⁰ Vid. ARIÑO ORTIZ, G., *Fallos y logros de los sistemas regulatorios, Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, en VV.AA., *Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, Marcial Pons, 2006, 47.

¹⁰¹ Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, G., “*La supervisión bancaria del futuro*”, *Economistas*, Año N° 19, N° 89, 2001, 79-86.

¹⁰² Vid. COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA, *Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz*, Banco de Pagos Internacionales de Basilea, Diciembre de 2011.

¹⁰³ Vid. SAURINA, J., *op. cit.*, 134.

¹⁰⁴ Vid. ALEPUZ SÁNCHEZ, J.A., «*Banca Central y Regulación Bancaria: ¿Dónde estamos?*», *Boletín del Centro de Estudios Monetarios Latino Americano*, México D.F., 2007, abril/junio 2007.

El concepto de estabilidad financiera recogido en la reciente reforma normativa se alinea con esta concepción del interés público en relación con las actividades financieras¹⁰⁵. El RMUR recoge una definición legal de estabilidad financiera consistente en la ausencia de consecuencias significativamente adversas para los sistemas financieros o con consecuencias negativas para la estabilidad financiera de uno o varios Estados Miembros: situación en la que el sistema financiero se encuentra actual o potencialmente expuesto a una alteración que puede dar lugar a dificultades financieras capaces de comprometer el correcto funcionamiento, la eficiencia y la integridad del mercado interior o la economía o el sistema financiero¹⁰⁶.

En definitiva, la razón comprensiva que sustenta la existencia de la regulación bancaria es la preservación de unas condiciones adecuadas para el desarrollo de las actividades económicas, noción que encuentra su origen en el principio de precaución propio del Derecho medio ambiental en relación con la protección del medio ambiente frente a los riesgos industriales y tecnológicos¹⁰⁷ - denominado de prudencia en el ámbito bancario¹⁰⁸ -, y que justifica la atribución de potestades de intervención pública en la actividad crediticia, sirviendo

¹⁰⁵ El Banco Mundial define un sistema financiero estable como aquel capaz de atribuir eficientemente los recursos, valorar y gestionar los riesgos, mantener los niveles de empleo cercanos a la tasa natural de la economía, y eliminar el precio relativo de las transferencias de activos reales o financieros que pueda afectar a la estabilidad monetaria o a los niveles de empleo (<http://econ.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTGLOBALFINREPORT/0,,contentMDK:23268766~pagePK:64168182~piPK:64168060~theSitePK:8816097,00.html> , consultado el 10 de agosto de 2015). El Banco de Japón define la estabilidad financiero como “un estado en el que el sistema financiero funciona adecuadamente y sus participantes, tanto las entidades como los particulares, confían en el sistema (<http://www.boj.or.jp/en/finsys/outline/index.htm/> , consultado el 15 de agosto de 2015). Por lo que se refiere a la normativa de Estados Unidos de América, aunque la Dodd-Frank Act tampoco recoge una definición legal de estabilidad financiera, el Informe de 2011 del Financial Stability Oversight Council’s describe un sistema financiero estable como aquel que no origina ni amplifica el impacto de los shocks, *Vid. FINANCIAL STABILITY OVERSIGHT COUNCIL, Annual Report*, Washington, DC, 2011, p. 3.

¹⁰⁶ Art. 10.5 RMUR

¹⁰⁷ *Vid. VAQUER CABALLERÍA, M., op. cit., 33.; GARCÍA- ANDRADE GÓMEZ, J., Fundamento y características de la regulación bancaria, Derecho de la Regulación Económica, X. Sistema Bancario*, en Muñoz Machado, S., y Vega Serrano, J.M. (dirs.), Iustel, Madrid, 2013.

¹⁰⁸ *Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J., La intervención temprana de las entidades de crédito*, en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I. (coords.), *La reforma bancaria en la UE y en España*.

como habilitación ejecutiva para que las autoridades, incluso, “*puedan intervenir en circunstancias que no ha podido prever la norma incluso si con él deben dejar sin efecto situaciones jurídicas individualizadas*”¹⁰⁹.

4.2. Las manifestaciones específicas del objetivo de estabilidad financiera

El mantenimiento de la estabilidad financiera comprende dimensiones más concretas: la estabilidad de las entidades y del sistema en su conjunto, así como en la protección de los intereses de los sujetos afectados por la actividad financiera, tanto clientes como contribuyentes.

4.2.1. La estabilidad prudencial

4.2.1.1. La estabilidad micro prudencial

La premisa más básica de la estabilidad financiera es la seguridad de los distintos componentes del sistema financiero individualmente considerados¹¹⁰: dado que el funcionamiento del sector se basa en la confianza recíproca entre los diferentes participantes en sus actividades – certeza de que las obligaciones contraídas serán satisfechas en los términos acordados -, la primera función de la regulación financiera es asegurar la estabilidad de cada una de las instituciones y mercados que lo forman, o sea, contribuir a que la confianza en el sistema “*responda a una realidad, esto es, que las entidades actúen con unos niveles de calidad de gestión y solvencia patrimonial acordes a su actividad y riesgos asumidos*”¹¹¹.

Mediante la regulación se establece la exigencia de unos requisitos especiales para el acceso a la actividad, de unas determinadas conductas en sus relaciones contractuales, la imposición de unas condiciones de seguridad específicas,

El Modelo de Regulación surgido de la crisis, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

¹⁰⁹ Vid. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *ibídem*, 85.

¹¹⁰ Vid. BLINDER, A., *op. cit.*, 283.

¹¹¹ Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, G., *op. cit.* 80.

obligaciones de información al regulador y a los mercados y clientes, la garantía de sus depósitos o la habilitación a la Administración para intervenir en la toma de decisiones, especialmente en lo relativo a la actividad bancaria, entre otras: es la llamada supervisión micro prudencial, es decir, el “*control centrado en la estabilidad de los componentes de un sistema financiero, que atiende primordialmente a la seguridad y solvencia de las distintas entidades financieras*”¹¹².

4.2.1.2. La estabilidad macro prudencial

La supervisión macro prudencial es aquella que tiene por objeto garantizar la estabilidad del sistema financiero considerado en su conjunto¹¹³. Tal aproximación responde a la toma en consideración de la insuficiencia del enfoque micro prudencial para garantizar la estabilidad financiera debido a las externalidades negativas derivadas de la actividad bancaria¹¹⁴.

Aunque tal enfoque ya estaba presente en la normativa durante las décadas anteriores, la necesidad de adoptar medidas directamente orientadas a la salvaguarda de la estabilidad del conjunto del sistema financiero como objetivo de

¹¹² Vid. **TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UE**, *op. cit.*, 6.

¹¹³ Vid. **TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UE**, *ibidem*, 7, define la supervisión macroprudencial como el “*control centrado en la estabilidad de un sistema financiero en su conjunto, en vez de en sus componentes. La regulación macroprudencial del sistema es necesaria porque las distintas empresas que actúan con prudencia con arreglo a las directrices pueden provocar con su intervención conjunta la inestabilidad del sistema, por ejemplo si todos los prestamistas restringen el crédito o si todas las empresas venden los activos al mismo tiempo*”; **CLEMENT, P.**, *The term “macroprudential”: origins and evolution. Macroprudential instruments and frameworks: a stocktaking of issues and experiences*, Committee for Global Financial System Bank for International Settlements, Basilea, 2010; Vid. **BORIO, C.**, «*L’approche macroprudentielle appliquée à la régulation et à la surveillance financières*», *Revue de stabilité financière*, nº 13, 2009, 35 y ss.; **BORIO, C.**, «*La mise en oeuvre d’un cadre macroprudencial: un juste équilibre entre audace et réalisme*», *Revue d’Economie Financière*, nº 101, 2011; **BANCO DE INGLATERRA**, *The role of Macroprudential Policy* (Discussion paper), Londres, 2009.

¹¹⁴ Vid. **STENSTRÖM, M.**, *The European Systemic Risk Board and the role of the ECB in the financial and monetary policy framework of the EU*, International Conference on the European System of Financial Supervision, University of Salzburg, Centre of European Union Studies, 29 de septiembre de 2011.

la regulación ha ido adquiriendo cada vez mayor importancia desde finales del siglo XX, cuando el desarrollo de entidades financieras cada vez más grandes y dedicadas a realizar actividades más complejas e interconectadas y la creciente integración global entre sistemas financieros revela la insuficiencia del tradicional enfoque micro prudencial para garantizar la estabilidad financiera¹¹⁵.

Lo anteriormente señalado, adquiere especial relevancia a la vista de la existencia de “*entidades demasiado grandes para caer*” o “*demasiado grandes para poder ser rescatadas*”¹¹⁶ que han protagonizado las turbulencias más destacables en el mundo financiero en los últimos años pone de manifiesto la intensa relación entre la estabilidad de cada componente del sistema financiero con la del conjunto, y que ambos objetivos no pueden conseguirse si no es de manera coordinada, por lo que la regulación acoge la importancia de los efectos de las crisis individuales de las entidades con respecto del sistema desde una perspectiva puntual – como justificación de la intervención de una entidad, por ejemplo, sino como un factor a tomar en consideración en la supervisión de forma continuada.

El objetivo de la estabilidad a nivel del conjunto del sistema financiero se configura, así, como una dimensión autónoma, complementaria¹¹⁷ y necesaria de la estabilidad individual de las entidades financieras.

4.2.1.3. El contenido de la regulación prudencial

¹¹⁵ Vid. ROLDÁN ALEGRE, y J. M^a, ARGIMÓN MAZA, I., «Un nuevo perímetro de regulación para después de la crisis», *Economistas*, Año N^o 27, N^o 120, 2009 (Ejemplar dedicado a: La regulación de la economía), 48-55, 49.

¹¹⁶ Vid. LIIKANEN, E., Too-big-to-fail and a reform of banking structures, Conferencia pronunciada en el Seminario celebrado en el Banco de Italia, Roma, el 27 de junio de 2014.

¹¹⁷ Vid. GARICANO, L., LASTRA, R.M., *Towards a New Architecture for Financial Stability*, en Cottier, T.; Jackson, J.; Lastra, R.M. (ed.), *International Law in Financial Regulation and Monetary Affairs*, Oxford University Press, Oxford, 2012: “Debe existir una fluida relación entre los organismos encargados de la supervisión microprudencial y macroprudencial”.

Los mencionados objetivos de protección de la estabilidad de las entidades bancarias tanto a nivel individual como en su conjunto determinan la existencia de una concreta manifestación de la regulación - la llamada regulación prudencial - que consiste en un elenco de reglas relativas a (i) la adecuación de capital, (ii) la liquidez, (iii) la calidad de los activos, (iv) la concentración de riesgo, (v) la administración de las entidades y los sistemas y (vi) los controles de su actividad¹¹⁸, todas ellas orientadas a garantizar la prudencia en el desarrollo de sus actividades, y cuyo ámbito material puede clasificarse en tres categorías: (i) garantías de carácter patrimonial; (ii) garantía de carácter personal; y (iii) garantías organizativas¹¹⁹.

4.2.1.3.1. Las garantías de carácter patrimonial

La solvencia y la liquidez de las entidades son objeto de protección por la legislación de disciplina bancaria mediante una doble vía: En sentido activo, exigiendo unos determinados ratios patrimoniales o requerimientos de recursos propios, y en sentido pasivo, imponiendo a las entidades ciertas limitaciones en su actividad, con el fin de evitar la excesiva concentración de las operaciones activas en clientes o, con grupos de clientes interrelacionados¹²⁰.

El capital regulatorio o requerimiento de capital - el *“importe de capital que un banco u otra entidad financiera debe mantener de acuerdo a las normas de su regulador financiero”* y que *“por lo general se expresa en forma de coeficiente de adecuación del capital de fondos propios que debe mantener como proporción de los activos ponderados en función del riesgo”*¹²¹ - constituye el

¹¹⁸ Vid. WARE, D., *op. cit.*, 5 y ss.

¹¹⁹ Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a A., «El nuevo modelo...», 67.

¹²⁰ Vid. VEGA SERRANO, J.M., *op. cit.*, 105; DE CODES ELORRIAGA, E., «Las nuevas medidas de Basilea III en materia de capital», *Estabilidad Financiera*, 19, 2010; BANCO DE PAGOS DE BASILEA, *Informe sobre Basilea III: Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios*, Basilea, diciembre de 2010; LLOPIS ESTRAMINA, F., «Presente y futuro de la regulación de solvencia de las entidades de crédito españolas: de la preocupación por el capital al paradigma de la regulación macroprudencial», *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número extraordinario 2012..

¹²¹ Vid. TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UE, *op. cit.* 5; SALAS-FUMÁS, V., *Regulación de capital y resultados de la empresa bancaria*, en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I. (coords.), *La reforma bancaria en la UE y en España. El Modelo de Regulación surgido de la*

eje de la regulación de solvencia de las entidades financieras en tanto que garantía de la capacidad de la entidad para hacer frente a las obligaciones contraídas con terceros, en especial con los depositantes, y como instrumento de control de los riesgos asumidos por la entidad¹²².

La nueva regulación, inspirada por una clara vocación de reforzar la estabilidad del sistema bancario, introduce requisitos más exigentes en relación con el capital regulatorio de las entidades e introduce importantes novedades en la definición de capital. Se clasifica el capital regulatorio en dos categorías: el de nivel 1, capaz de absorber pérdidas mientras la entidad se encuentra en funcionamiento, y en el que se distinguen dos categorías, ordinario, de mayor calidad al exigírsele estar computado como patrimonio neto a efectos contables, no debe conllevar ninguna obligación expresa de remuneración para la entidad y debe tener carácter permanente; y adicional; y el de nivel 2, que es aquel capaz de absorber pérdidas cuando la entidad no sea viable o se encuentre en quiebra¹²³.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estas normas solo cobran plena virtualidad cuando vienen respaldadas por un adecuado régimen de contabilidad que actúa como “*elemento instrumental homogeneizador*” de la regulación al facilitar la clave para integrar los requisitos de solvencia y liquidez establecidos por la regulación prudencial¹²⁴.

La LOSSEC señala las fuentes formales reguladoras del régimen de contabilidad de las entidades de crédito: (i) al Reglamento (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad; (ii) en la Ley 24/1988, de 28 de

crisis, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014; **GÓMEZ DE MIGUEL, J.M.**, *La calidad del capital regulatorio: una reforma necesaria*, en Pérez Fernández, J. y Díez Cangas, J.C., (Coord.), *El Sistema Bancario tras la Gran Recesión*, Colección Mediterráneo Económico, n.º 19, Almería, 2011.

¹²² Vid. **REPULLO, R.**, La reforma de la regulación del capital bancario, conferencia pronunciada en las XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado, Ministerio de Justicia, 25, 26 y 27 de noviembre de 2009; **ROLDÁN, J.M.**, y **PÉREZ CID, D.**, «*El nuevo impulso regulatorio*», *Economistas*, Año N.º 29, N.º 128, 2011 (Ejemplar dedicado a: Crisis: lecciones y reformas), 20-29.

¹²³ Vid. **IBAÑEZ SANDOVAL, J.P.** y **DOMINGO ORTUÑO, B.**, «*La transposición de Basilea III a la legislación europea*», *Revista de Estabilidad Financiera*, n.º 25, Mayo de 2013.

¹²⁴ Vid. **SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.ª A.**, «El nuevo modelo...», 69.

julio, del Mercado de Valores, que recoge normas de información contable que resultan de aplicación a las entidades de crédito, y en la demás legislación mercantil; y, sobre todo, en (iii) la normativa técnica contable¹²⁵.

A fin de garantizar el cumplimiento efectivo de estas disposiciones, el Banco de España evalúa, con el fin de determinar el nivel adecuado de liquidez de la entidad (i) el modelo empresarial específico de la entidad; (ii) los sistemas, procedimientos y mecanismos de gobierno corporativo de las entidades; (iii) los resultados de la supervisión y (iv) todo riesgo de liquidez de carácter sistémico que comprometa la integridad de los mercados financieros¹²⁶.

a. La solvencia

La solvencia de las entidades se mide mediante dos magnitudes: (i) la *ratio* de solvencia, es decir, la relación en el capital y el conjunto de pasivos de la entidad, y (ii) la *ratio* de apalancamiento, que es la relación entre el capital de nivel 1 y el valor de exposición de la entidad (tanto interno como externo al balance)¹²⁷.

b. La liquidez

Por lo que respecta a la liquidez, la nueva regulación introduce dos nuevos estándares regulatorios cuantitativos: la *ratio* de cobertura de liquidez, que se refiere a la capacidad de las entidades para afrontar las necesidades de liquidez en un horizonte de 30 días; y la *ratio* de financiación estable neta, con el que se pretende evitar que existan desajustes entre la inversión estable y el endeudamiento a corto plazo. A tal fin, se establece una obligación de que las propias entidades dispongan de estrategias y procedimientos dirigidos a evaluar y mantener de forma permanente los importes, los tipos y la distribución del capital interno que consideren adecuados a los riesgos vinculados por las actividades de la entidad¹²⁸.

¹²⁵ Art. 84 LOSSEC

¹²⁶ Art. 42 LOSSEC

¹²⁷ Vid. IBÁÑEZ SANDOVAL, J.P. y DOMINGO ORTUÑO, B., *ibídem*, 72 y ss.

¹²⁸ Vid. IBÁÑEZ SANDOVAL, J.P. y DOMINGO ORTUÑO, B., *ibídem*, 79 y ss.

4.2.1.3.2. Las garantías organizativas y de carácter personal: las normas sobre gobierno corporativo.

Junto a la regulación del capital, el otro elemento sobre el que incide la regulación prudencial es el gobierno corporativo¹²⁹, es decir, el modo en que se toman las decisiones en el seno de las empresas¹³⁰.

La actividad de las entidades de crédito, más allá de su carácter necesario para el funcionamiento de la economía real, determina decisivamente las decisiones de terceros operadores¹³¹ y origina, además, riesgo para el conjunto del sistema. Por ello, la normativa sobre gobierno corporativo imponga requisitos que, si bien son susceptibles de control previo, en sede del procedimiento autorizador, el control de su cumplimiento solamente cobran pleno sentido en el desarrollo de la actividad de las entidades de crédito¹³².

La vocación de estas reglas - desde la perspectiva regulatoria - es trasladar el sistema de incentivos para el correcto funcionamiento de los mercados a la toma de decisiones en el seno de las empresas que intervienen en ellos. Como señala SALAS-FUMÁS, “*La regulación y supervisión bancaria se superponen a los mecanismos de gobierno corporativo articulados con el propósito de alinear los intereses de accionistas y directivos, de manera que podría hablarse de una superestructura de gobierno corporativo de las entidades bancarias en la cual la regulación y la supervisión ocupan un determinado lugar*”¹³³.

En efecto, dado que el funcionamiento de los mercados viene determinado en gran parte por las decisiones de quienes participan en ellos, no tendría sentido

¹²⁹ Vid. LAROISIÈRE, J. (Director), *op. cit.*, 35.

¹³⁰ Vid. HOPT, K.J., *Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis*, en Wymeersch, E.; Hopt, K.; y Ferrarini, G. (edit.), *Financial regulation and supervision, a post-crisis analysis*, Oxford University Press, 2012, 343.

¹³¹ Vid. FRANKS, J., y C. MAYER., «*Ownership and Control of German Corporations*», *Review of Financial Studies*, 14, 2001, 943-977.

¹³² Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a A., «El nuevo modelo...», 65.

¹³³ Vid. SALAS FUMÁS, V., «Gobierno de los Bancos y Crisis Financieras», conferencia pronunciada en las XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado, Ministerio de Justicia, 25, 26 y 27 de noviembre de 2009.

establecer una regulación sobre los mercados y el papel de los agentes que intervienen en ellos, sin hacerlo sobre algunos aspectos de su funcionamiento interno, pues el efecto de unas y otras decisiones es semejante¹³⁴.

a. Las garantías organizativas

La LOSSEC establece la obligación de que las entidades de crédito y los grupos consolidables de entidades se doten de una organización y de un conjunto de procedimientos y mecanismos proporcionados a la naturaleza, escala y complejidad de los riesgos inherentes a su modelo empresarial y las actividades que lleven a cabo, conforme a los criterios técnicos de organización y gestión de los riesgos determinados por la Administración por vía reglamentaria y que garanticen que la gestión se lleva a cabo de modo sano y prudente de la entidad, incluyendo un adecuado reparto de funciones en la organización y la prevención de conflictos de intereses.

¹³⁴ Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a A., Banca Pública y Mercado: implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato, Ministerio de Administraciones Públicas, 2000, 109.

En concreto, la Ley establece los principios informadores de la administración y dirección de las entidades¹³⁵ y regula una estructura mínima, con los siguientes órganos: (i) el consejo de administración¹³⁶, (ii) el comité de nombramientos¹³⁷; y el (iii) el comité de remuneraciones¹³⁸.

Desde el punto de vista de la regulación jurídica de la toma de decisiones corporativas tiene un papel preponderante el sistema retributivo en la empresa, tanto del capital, cómo se compensa a los accionistas que aportan los fondos para la puesta en marcha y el funcionamiento de las entidades, como de los gestores, quienes deciden el destino de aquellos capitales. Las decisiones de gestión de riesgos que adoptan los intermediarios trascienden al destino individual de cada entidad, ya sea porque existen entidades de gran tamaño y alto nivel de interconexión con otras, o porque determinados aspectos de la regulación fomentan la adopción de estrategias de imitación entre competidores¹³⁹.

Para garantizar que los sistemas retributivos de los administradores y directivos no introduzcan sesgos en las decisiones relevantes de las entidades que

¹³⁵ Art. 29 LOSSEC: (i) *La estructura organizativa debe ser clara, con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes;* (ii) *La entidad debe disponer de procedimientos eficaces de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos, actuales o potenciales, a los que estén expuestas, para lo cual contarán con un comité de riesgos o una comisión mixta de auditoría*¹³⁵; (iii) *La entidad debe disponer de mecanismos adecuados de control interno, incluidos procedimientos administrativos y contables;* (iv) *La política de remuneraciones de la entidad debe ser compatible con la gestión adecuada y eficaz de riesgos;* (v) *Estos procedimientos y mecanismos están sometidos al control y evaluación por parte del consejo de administración, que adoptará las medidas adecuadas para solventar sus eventuales deficiencias;* (vi) *La información relativa a los mecanismos y procedimientos de gobierno de las entidades y de los grupos consolidables será pública;* (vii) *Con carácter general y salvo autorización expresa del BdE a solicitud de la entidad, los cargos de presidente del consejo de administración y de consejero delegado son incompatibles;* (viii) *Cuando la entidad preste servicios de inversión, deberá adaptar, adicionalmente, sus procedimientos y mecanismo de gobierno a las exigencias de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y al resto de normativa sectorial con las especificaciones que, en su caso, reglamentariamente se determinen.*

¹³⁶ Art. 4 f) LOSSEC

¹³⁷ Art. 31 LOSSEC

¹³⁸ Art. 36 LOSSEC

¹³⁹ Vid. SALAS FUMÁS, V., «El gobierno de la empresa bancaria desde la regulación», *Estabilidad Financiera*, 5, 2003, 197-223.

resulten contrarios a los objetivos de la regulación, la LOSSEC los somete a una serie de principios de obligado cumplimiento que se traduce en normas orientadas a evitar conflictos de interés entre unidades de negocio a nivel interno de la entidad, la imposición de controles sobre la asunción de riesgos y la garantía de la independencia en la adopción de decisiones¹⁴⁰.

b. Las garantías personales

Del diagnóstico de las causas de la crisis, se desprende que las circunstancias y conductas personales influyen definitivamente en la asunción de riesgos por parte de las entidades y, por tanto, se trata de elementos de relevancia prudencial. Por ello, en el contexto de las reformas de la regulación se ha reforzado la normativa sobre las condiciones que deben cumplir quienes asuman responsabilidades de administración y dirección en las entidades de crédito¹⁴¹, un régimen reforzado de incompatibilidades y determinadas restricciones

¹⁴⁰ Art. 33.1 LOSSEC: *a) Promoverá y será compatible con una gestión adecuada y eficaz de los riesgos, y no ofrecerá incentivos para asumir riesgos que rebasen el nivel tolerado por la entidad; b) Será compatible con la estrategia empresarial, los objetivos, los valores y los intereses a largo plazo de la entidad e incluirá medidas para evitar los conflictos de intereses; c) El personal que ejerza funciones de control dentro de la entidad de crédito será independiente de las unidades de negocio que supervise, contará con la autoridad necesaria para desempeñar su cometido y será remunerado en función de la consecución de los objetivos relacionados con sus funciones, con independencia de los resultados de las áreas de negocio que controle; d) La remuneración de los altos directivos encargados de la gestión de riesgos y con funciones de cumplimiento será supervisada directamente por el comité de remuneraciones; e) Distinguirá de forma clara entre los criterios para el establecimiento de la remuneración fija variable, que deberá reflejar un rendimiento sostenible y adaptado al riesgo, así como un rendimiento superior al requerido para cumplir lo estipulado en la descripción de funciones como parte de las condiciones de trabajo.*

Con respecto a las entidades de crédito que reciban apoyo financiero público en el artículo Art. 34 LOSSEC se establecen los principios adicionales a las normas generales sobre remuneraciones: a) La remuneración variable se limitará estrictamente a un porcentaje de los ingresos netos cuando sea incompatible con el mantenimiento de una base sólida de capital y con la oportuna renuncia al apoyo público; b) Se exigirá a las entidades que reestructuren las remuneraciones de modo que estén en consonancia con una adecuada gestión de riesgos y un crecimiento a largo plazo, incluso, si procede, estableciendo límites a la remuneración de los miembros del consejo de administración y los directivos de la entidad; y c) Los miembros del consejo de administración de las entidades de crédito no recibirán remuneración variable, a menos que se justifique.

¹⁴¹ Vid. LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M^a; PEREA ORTEGA, R., *Banqueros sobradamente preparados:*

relacionadas con sus sistemas retributivos¹⁴². En este sentido, adquieren mayor relevancia práctica los requisitos que la Ley impone a los miembros de los órganos de administración y dirección de las entidades de crédito para poder ocupar sus cargos: (i) honorabilidad, (ii) conocimientos y (iii) experiencia, así como el régimen de incompatibilidades¹⁴³.

4.2.2. La protección de los depositantes: la regulación de conducta

Conforme a la definición del Banco de España, “*Las normas de transparencia y protección de la clientela bancaria son las que contienen preceptos referidos a las entidades financieras sometidas a la supervisión del Banco de España, cuya finalidad es proteger los legítimos intereses de los clientes: estableciendo un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre los unos y los otros, exigiendo la comunicación de las condiciones básicas de las operaciones, o regulando determinados aspectos de su publicidad, normas de actuación e información*”¹⁴⁴.

Se trata de un conjunto de normas¹⁴⁵ dispuestas para proteger los intereses de los clientes de las entidades de crédito, razón por la cual están íntimamente

algunas reflexiones sobre la idoneidad para el desempeño, Diario La Ley, 8353, 14 de julio de 2014.

¹⁴² Vid. GIRBAU PEDRAGOSA, R., «*Restricciones a la remuneración de administradores y directivos de entidades de crédito: modos, intervención y gobierno corporativo*», *Revista de Derecho Bancario y bursátil*, n° 129, 2013.

¹⁴³ Art. 24 LOSSEC

¹⁴⁴ Vid. La sección “*Preguntas Frecuentes sobre Consultas y reclamaciones*” de la web del banco de España (<http://www.bde.es/clientebanca/faqs/quejas/quejas.htm#enlace11>), último acceso: 10 de agosto de 2014. Vid. SANZ SALA, C.O., *La regulación de la transparencia financiera en los EEUU como respuesta a las crisis económicas*, en García Macho, R.J., *Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado*, 2014, 291-317; GARCÍA SANTOS, N., “*La defensa del consumidor de productos financieros*”, en *Mecanismos de prevención y gestión de futuras crisis bancarias*, Fundación de Estudios Financieros, Papeles de la Fundación, núm. 42, 2011.

¹⁴⁵ La circular 5/2012, del Banco de España, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre *transparencia* de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos; La Circular del Banco de España 6/2010, de 28 de septiembre, a

relacionadas con el Derecho de los Consumidores¹⁴⁶, del que en un sentido amplio forman parte.

El fundamento de su existencia estriba, pues, en la consideración de las asimetrías entre la posición de las entidades de crédito y de su clientela (en términos de información sobre el mercado, de conocimientos de los productos negociados, etc.) y de la necesidad de compensar las posiciones de una y otra parte de las relaciones contractuales¹⁴⁷ a fin de favorecer la confianza en el sistema y su armonioso funcionamiento¹⁴⁸.

Las normas de *transparencia* y protección de la clientela bancaria se proyectan sobre un amplio elenco de áreas de la actividad de las entidades de crédito, en general, todas aquellas que implican relación con el cliente: los contratos bancarios (contenido mínimo y entrega preceptiva); tarifas (comunicación al BdE antes de su aplicación y puesta a disposición de la clientela); publicidad de las operaciones, pudiendo establecer controles administrativos; publicación oficial de determinados índices o tipos de interés de referencia; y regulación de las especialidades de la contratación electrónica¹⁴⁹.

El peso creciente de esta rama de la regulación bancaria es fruto de la evolución de los sistemas financieros. A medida que se desarrollaba la industria (innovaciones en el sector, desarrollo de nuevos productos, ampliación de mercados desde el punto de vista geográfico) y se extendía socialmente el acceso a los

entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios; 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/2899/2011, de 28 de octubre, de *transparencia* y protección del cliente de servicios bancarios. Con su entrada en vigor se produce, entre otras, la derogación de normas de tanta trascendencia como la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito; la Orden de 5 de mayo sobre *transparencia* de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios; y la Orden PRE/1019/2003, de 24 de abril, sobre *transparencia* de los precios de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos.

¹⁴⁶ Art. 51 CE

¹⁴⁷ Vid. VEGA SERRANO, J.M., *op. cit.*, 118.

¹⁴⁸ Vid. SANZ LÓPEZ, F.J., *La protección del consumidor en la normativa bancaria (Referencias a la Comunidad Autónoma de Aragón)*, Cuadernos de Consumo, nº 9, Gobierno de Aragón-Dirección General de Consumo, 2006.

¹⁴⁹ BANCO DE ESPAÑA, *Memoria del Servicio de Reclamaciones*, 2012, 57.

servicios financieros, la protección de los depositantes¹⁵⁰ ha ido ganando importancia como objetivo de la regulación financiera¹⁵¹.

Ambos procesos se han desarrollado con especial rapidez en España. Durante las últimas décadas, el sector financiero de nuestro país ha experimentado una profunda transformación que ha venido dada por la actuación de tres vectores: (i) la apertura exterior, no solo en lo que a movimientos de capital se refiere, sino también al marco jurídico y a la internacionalización de los agentes españoles y a la entrada en el mercado de entidades extranjeras; (ii) la liberalización, especialmente del sector bancario; y (iii) la reforma de los mercados financieros y el incremento de la profundidad financiera de la economía española¹⁵².

Consecuentemente, se ha pasado en estos años de un marco centrado en la protección al depositante que se basaba en la vigilancia del cumplimiento de las normas de conducta, de los requisitos sobre coeficientes de caja y de inversión obligatoria y en el sistema de tutela pública de la garantía de los depósitos, a un sistema mucho más complejo, debido a que el sujeto a proteger ha dejado de ser un mero depositante de fondos para pasar a ser un inversor, determinando la necesidad de que la regulación se adaptara a la nueva situación y ofreciera una adecuada protección de los intereses de los clientes bancarios.

En este sentido, no han faltado voces que han señalado la necesidad de incrementar el nivel de educación financiera¹⁵³ por parte de los ciudadanos como

¹⁵⁰ Vid. SANZ LÓPEZ, F.J., *op. cit.*, 15.

¹⁵¹ Vid. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Regulación bancaria y crisis financiera*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2013, 69.

¹⁵² Vid. ONTIVEROS BAEZA, E. y VALERO LÓPEZ, F.J., “El sistema financiero español desde la Constitución: homologación internacional y la vertebración territorial”, *Economía industrial*, Nº 349-350, 2003 (Ejemplar dedicado a: Economía y Constitución: XXV aniversario), 111-126.

¹⁵³ Vid. COMITE ECONOMICO Y SOCIAL DE LA UE, *L'éducation financière pour tous. Les stratégies et les bonnes pratiques en matière d'éducation financière au sein de l'Union européenne*, 2013: La educación financiera es “el proceso mediante el cual los consumidores mejoran su comprensión de los productos financieros y adquieren un mejor conocimiento sobre los riesgos financieros y las posibilidades que ofrece el mercado, convirtiéndose, de esta manera, en aptos para tomar decisiones económicas a partir de informaciones apropiadas”.

instrumento no solamente de adhesión de la ciudadanía en relación con la actividad del sector y la intervención de los poderes públicos en el mismo, sino como elemento coadyuvante de la regulación pública¹⁵⁴.

Centrándonos en el Derecho positivo, la normativa de transparencia se ha desarrollado en España a partir de la aprobación de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, primero centrada en la regulación de las comisiones, los tipos de interés o las comunicaciones con el cliente¹⁵⁵. Posteriormente, se reguló la información de la que disponía el cliente a la hora de suscribir productos financieros¹⁵⁶. Más adelante, las normas de protección de la clientela se orientaron a la responsabilidad tanto en la gestión de las entidades como en la asunción de riesgos por parte de los clientes¹⁵⁷. Finalmente, la regulación asumió la necesidad de dotar al cliente bancario de protección en sus relaciones con los bancos adoptando un enfoque general mediante la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Como señala Martínez Espín, la norma antecitada se aprueba con el objetivo de sistematizar la normativa vigente, en su momento, en materia de *transparencia* bancaria, además de actualizar sus reglas y adaptarlas a los principios establecidos por el ordenamiento jurídico. En este sentido, resulta de utilidad poner de manifiesto la amplitud del rango de materias reguladas por esta norma: *comisiones, tipos de interés, publicidad, información precontractual, información contractual, comunicaciones al cliente, explicaciones adecuadas,*

¹⁵⁴ Vid. **ONTIVEROS, E.**, *Alfabetización e inclusión financiera*, Diario El País, 15 de septiembre de 2013.

¹⁵⁵ Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito

¹⁵⁶ Orden de 5 de mayo de 1994 sobre *transparencia* de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios; la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al Consumo; Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre *transparencia* de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, y la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios.

¹⁵⁷ Art. 31 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible

*asesoramiento en materia bancaria, requisitos de forma e información resaltada, servicios bancarios vinculados, y deber de diligencia en ejecución de órdenes y corrección de errores, entre otros*¹⁵⁸.

4.2.3. La protección de los contribuyentes

Las crisis financieras afectan los intereses de los ciudadanos, en tanto que contribuyentes, en una doble vertiente: (i) directa, al financiarse los rescates bancarios con cargo a los presupuestos públicos¹⁵⁹; e (ii) indirecta, al comprometer la ingente cuantía de los importes de los rescates a la credibilidad de las haciendas de los Estados afectados y a su capacidad de obtener financiación en los mercados internacionales.

La experiencia de la reciente crisis demuestra que, con carácter habitual, la respuesta de los poderes públicos a esta clase de episodios pasa por la aplicación, de modo más o menos directo, de recursos financieros públicos para el restablecimiento de la estabilidad financiera¹⁶⁰, hasta tal punto que ha llegado a afirmarse que *“si la supervisión bancaria (y la previa regulación) se puso en pie para defender al depositante, hoy tiene – en la siguiente acometida veremos con qué grado de eficacia- un segundo objetivo: hacer lo propio con el otro eslabón débil de la cadena, el contribuyente”*¹⁶¹.

Se hace necesario, consecuentemente, dotar a los reguladores de los instrumentos necesarios que desplacen *“la carga de los saneamientos bancarios desde*

¹⁵⁸ Vid. MARTÍNEZ ESPÍN, P., Nuevo régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios: análisis de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Diario La Ley, N° 7778, 2012.

¹⁵⁹ De acuerdo con los datos obtenidos a partir del Marcador de ayudas de Estado de la Comisión Europea, la CNMC señala que, entre 2008 y 2013, el volúmen de los recursos empleados para la recapitalización y el rescate de activos del sistema financiero ascendió a un total de 636.399 millones de Euros en el conjunto de la UE-28, siendo 94.753 millones en España. Vid. CNMC, *Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España – 2015*, 2015.

¹⁶⁰ Vid. PIÑEL LÓPEZ, E., «El tratamiento extraconcursal de la insolvencia de las entidades de crédito», *Anuario de Derecho concursal*, n° 28/2013, N°. 28, 2013, 161-179.

¹⁶¹ Vid. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Regulación bancaria y...*, 79.

los contribuyentes hacia los accionistas y acreedores que proveen financiación a las entidades”¹⁶². Esta idea inspira la corriente reforma regulatoria, a todos los niveles, y se ha traducido en un amplio conjunto de medidas orientadas por el espíritu común de limitar los efectos de las crisis de las entidades en relación con las finanzas públicas.

Entre ellas, podemos señalar el refuerzo de los sistemas de supervisión de las entidades y de los requisitos prudenciales, en términos generales, pero algunas otras que inciden específicamente sobre este objetivo como son la regulación *ex ante* de los instrumentos de gestión de crisis, la preferencia por las soluciones internas y privadas para acometer dicha gestión —entre las que debemos destacar el *bail-in* como prioritaria—, la financiación de las reestructuraciones vía fondos dotados con aportaciones del sector, la admisión solo en última instancia del recurso a la financiación pública¹⁶³ o la configuración de mecanismos de estabilización y de préstamo de última instancia a nivel supranacional orientados a romper el vínculo entre rescates bancarios y la capacidad de financiación de los Estados afectados.

5. Las limitaciones de la regulación

Sin perjuicio de su justificación como instrumento al servicio de la protección del interés general, la sujeción a la regulación de un determinado sector de actividad económica implica restricciones de la libertad de los particulares y conlleva efectos indeseados que deben ser tenidos en cuenta a la hora de diseñar, aplicar y analizar las medidas regulatorias, de modo que, los poderes públicos sean capaces de proveer —partiendo de un análisis de coste-beneficio— los *incentivos adecuados en el mercado y minimizar las consecuencias no intencionadas de la regulación*¹⁶⁴.

¹⁶² Vid. EIREA ÁLVAREZ, S.; ORDÁS FERNÁNDEZ, M., «Un esquema de resolución múltiple para los grupos bancarios españoles globalmente sistémicos», *Revista de Estabilidad financiera*, Banco de España, nº 27, Noviembre de 2014.

¹⁶³ Vid. VEGARA FIGUERAS, D., *op. cit.*, 19.

¹⁶⁴ Vid. MORENO GARCÍA, P., «El G 20 y la reforma de la arquitectura financiera internacional», *Boletín Económico*, Banco de España, julio-agosto 2009, 140-152.

5.1. Los costes asociados a la regulación

La mera existencia de la regulación conlleva una serie de costes: (i) aquellos en los que incurre la Administración para elaborar y poner en funcionamiento las estructuras para aplicar la regulación, formadas por medios materiales, financieros y personales y (ii) aquellos en los que incurren los particulares para poder adaptarse y cumplir la normativa¹⁶⁵.

Además, más allá de los costes directos de aplicar las medidas regulatorias, la regulación supone una distorsión de la competencia a través de la generación de incentivos artificiosos, que puede llevar a que se alcancen resultados ineficientes en el mercado, ya sea por el incremento de costes a los particulares o por la generación de situaciones de poder de mercado, lo que lastra la capacidad para innovar por parte de las empresas¹⁶⁶.

5.2. Los fallos de la regulación

La regulación, además de suponer costes, también puede presentar fallos, esto es, defectos en su diseño o aplicación práctica que afectan a su eficacia a la hora de conseguir a los objetivos a los que el ordenamiento jurídico le obliga a responder.

a) *La falibilidad del regulador*

El regulador es falible: en el ejercicio de sus funciones puede cometer errores de diagnóstico de los fallos del mercado que trata de paliar la regulación o en las respuestas que ofrece a los mismos¹⁶⁷, es más, algunos autores han adver-

¹⁶⁵ Vid. CARUANA LACORTE, J., «Efectos y retos de la reforma regulatoria del sistema financiero», *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, N° 874, 2013 (Ejemplar dedicado a: "Crisis y reforma regulatoria del sistema financiero en la U.E."), 29-42.

¹⁶⁶ Vid. GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M., *Competencia y Sector Financiero*, Discurso pronunciado en las Jornadas de Economía y Derecho de la Competencia de la Universidad de Málaga, 23 de marzo de 2012.

¹⁶⁷ Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C., «El mecanismo europeo de supervisión bancaria», *Revista de*

tido sobre la imperfección del sistema de incentivos que tienen los administradores públicos para gestionar eficientemente recursos públicos¹⁶⁸, o yendo más allá, otros han puesto en duda que la asunción del presupuesto según el cual su conducta responde siempre y plenamente al interés público¹⁶⁹.

En efecto, ya sea por *desconocimiento, ignorancia, mala praxis*¹⁷⁰ o, incluso por las limitaciones de recursos o técnicas a las que está sometido, la actividad del regulador puede resultar defectuosa, no ya desde el punto de vista jurídico, sino desde la perspectiva de los resultados de su actividad.

b) La captura del regulador y otras interferencias

Ninguna intervención en el mercado es neutral. La regulación supone una distorsión del orden natural del mercado y solo se justifica en tanto que responda al interés público. STIGLER alertó sobre el fenómeno de la “captura del regulador”, consistente en que los agentes sujetos a regulación tienden a tratar de influir sobre la conducta del regulador a fin de conseguir que sus decisiones les favorezcan, consiguiéndose resultados anticompetitivos e ineficientes¹⁷¹.

Los ciclos político y económico no siempre van acompasados y pueden darse situaciones donde los decisores deban priorizar entre los objetivos de la regulación bancaria y los de otras políticas y la experiencia demuestra que no siempre se opta por la opción más *prudente*. La regulación es un poderoso instrumento, y más allá de su utilidad para garantizar la estabilidad financiera puede ser utilizada para la dirección del sistema económico general, circunstancia que no queda ajena del apetito de los políticos para ejercer su poder¹⁷².

Administración Pública, N° 194, 2014, 49-77.

¹⁶⁸ Vid. GLAESER, L., y SHLEIFER, A., «The Rise of the Regulatory State», *Journal of Economic Literature* XVI, 2003, 401-425.

¹⁶⁹ Vid. BUCHANAN, J., y TULLOCK, G., *El cálculo del consenso: fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, Planeta-DeAgostini, Barcelona, 1997.

¹⁷⁰ Vid. BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “Crisis financiera: ¿más...”, 398.

¹⁷¹ Vid. STIGLER, G., «The theory of economic regulation», *Bell Journal of Economics*, 2, 1971, 3-21.

¹⁷² Vid. Esteve Pardo, J., «Perspectiva e impacto de la crisis desde la nueva correlación entre Estado y sociedad», *Documentación Administrativa*, Nueva Época, n° 1, 2014.

Ello, unido a que, desde el punto de vista político, los decisores enfrentan incentivos negativos para adoptar algunas decisiones¹⁷³ tales como el alto coste – económico, político y social – de los rescates bancarios o la incompatibilidad de los objetivos de la regulación con los de otras políticas económicas o de otra naturaleza, constituye una grave amenaza para la efectividad de la regulación que debe ser tenida en cuenta a la hora de diseñarla, configurando normas que actúan como freno ante intrusiones indeseadas.

c) *El arbitraje regulatorio*

Entendemos por arbitraje regulatorio el proceso mediante el cual los sujetos sometidos a regulación adoptan decisiones estratégicas orientadas a eludir las limitaciones impuestas por la normativa a fin de obtener ventajas competitivas en sus actividades. Puede adoptar diversas formas y manifestarse en diferentes ámbitos de la actividad de intermediación financiera: con carácter interno a cada entidad, por ejemplo, desplazando riesgo de crédito de la cartera de inversión crediticia a la de negociación; entre instituciones financieras de diversos países con regulaciones diferentes sobre aspectos relevantes de actividades esencialmente iguales; entre instituciones reguladas de distintos sectores sometida a normativas diversas; o entre instituciones reguladas e instituciones no reguladas, es decir, el sistema financiero en la sombra¹⁷⁴.

Desde el punto de vista económico, los operadores tendrán mayores incentivos para adoptar decisiones de arbitraje regulatorio a medida que se incrementen la presión regulatoria sobre su actividad. En este sentido, el arbitraje regulatorio tiene dos efectos con relevancia regulatoria: por un lado, supone una distorsión de la libre competencia en el mercado, y por otro, una vía para dejar sin efecto la regulación. La regulación se aplica sobre un ámbito, ya sea geográfico, institucional, sectorial o funcional limitado, es decir, que desde el momento de su establecimiento la realidad sobre la que se proyecta queda diferenciada del resto del universo por encontrarse sometida a un régimen más o menos gravoso, lo que provoca que los agentes económicos desarrollen comportamientos estratégicos o de arbitraje regulatorio, buscando los incentivos

¹⁷³ Vid. **HELLWIG, M.**, *Yes Virginia, There is a European Banking Union! But it May Not Make Your Wishes Come True*, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods Bonn, 2014/12, Max Planck Society, 2014.

¹⁷⁴ Vid. **ROLDÁN ALEGRE, J.M^a**, «La respuesta regulatoria a la crisis financiera global», *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, N^o 863, 2011 (*Ejemplar dedicado a: Euro y crisis económica*),. 67-72.

positivos o eludiendo los negativos, que pueden limitar los efectos buscados por el regulador o hacer que se obtengan, nuevamente, resultados indeseados en el mercado.

d) El riesgo moral

La regulación bancaria presenta una doble cara: por un lado, la que podríamos llamar prudencial, en el sentido de que limita la operativa de las empresas del sector a fin de garantizar una gestión responsable de sus riesgos, de modo que no se ponga en peligro su estabilidad patrimonial; y por otro, un conjunto de “redes de seguridad” orientados a asegurar que en caso de que la regulación resulte insuficiente, las empresas dispongan de mecanismos que les permitan reestablecer su estabilidad.

En este sentido destacan dos instrumentos regulatorios: los sistemas de garantía de depósitos y el préstamo de última instancia¹⁷⁵, cuya función última consiste en aplacar el riesgo sistémico.

Estos mecanismos dotan al sistema de estabilidad pero, al mismo tiempo, reducen los incentivos de los operadores para gestionar prudentemente sus actividades al distorsionar los efectos de la competencia en el sector y, consecuentemente, sus efectos virtuosos¹⁷⁶, toda vez que las eventuales consecuencias de sus errores se ven mitigadas por dichas “redes de seguridad” o, dicho en otras palabras, estos mecanismos estabilizadores actúan como instrumentos de socialización de los riesgos asumidos por las entidades de crédito, constituyendo una poderosa fuente de “riesgo moral”¹⁷⁷.

6. El fundamento jurídico de la regulación bancaria

¹⁷⁵ Vid. CATILLON, V., *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, Ed. LGDJ, Paris, 2011, 79 y ss.

¹⁷⁶ Vid. GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M., «La respuesta a la crisis financiera: cuatro apuntes», *Economistas*, Año N° 27, N° Extra 119, 2009 (Ejemplar dedicado a: España 2008. Un balance), 124-126.

¹⁷⁷ Vid. VIVES, X., *op. cit.*, 29.

6.1. Las bases constitucionales: la regulación como limitación de la libertad de empresa

Sin perjuicio de que se proyecte sobre la actividad financiera y que, en consecuencia, su diseño, aplicación y análisis no pueda sustraerse de la lógica económica, la regulación bancaria tiene naturaleza jurídica¹⁷⁸, y ello determina su vinculación por los principios y las reglas del ordenamiento jurídico¹⁷⁹, sin que tales exigencias deban subordinarse a las inspiradas por otros puntos de vista, propios del resto de enfoques disciplinares *concurrentes*¹⁸⁰.

La regulación bancaria deriva, en consecuencia, de la Constitución, en tanto que norma fundamental del ordenamiento jurídico y, más concretamente, del “conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica”¹⁸¹, es decir, de la llamada *constitución económica*¹⁸².

El artículo 38 CE sanciona la economía de mercado como el modelo económico que informa nuestro ordenamiento jurídico¹⁸³ – coherentemente con la

¹⁷⁸ Vid. MARTÍN-RETORTILLO, S., *Estudio Preliminar*, refiriéndose en concreto a la intervención en el sector bancario: “*El Poder, se ha dicho, actúa fundamentalmente por políticas, no por actos. De ahí que el derecho, aún siéndolo, en modo alguno pueda reconducirse con carácter exclusivo a mero instrumento para la puesta en práctica de esas políticas. No cabe ninguna duda. De todos modos, tampoco debe haberla acerca de que, entre otros cometidos, debe satisfacer igualmente esa funcionalidad que le impone el ser cauce de una determinada actuación*”.

¹⁷⁹ Arts. 1.1 y 103.1. CE

¹⁸⁰ Vid. Embid Irujo, A., «Norma, Economía y Lenguaje en el derecho de la crisis económica. El control judicial de la actividad administrativa en la economía. Algunas reflexiones», *Documentación Administrativa*, Nueva Época, nº 1, 2014.

¹⁸¹ Vid. STC 1/1982, de 28 de enero; GARCIA PELAYO, M., *Consideraciones sobre las Cláusulas Económicas de la Constitución*, en *Obras Completas*, 3 volumen, tomo III, Madrid, 1991, 2851 y ss.

¹⁸² Vid. ARIÑO ORTIZ, G., LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. Y DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J., *Principios de derecho público Económico: (modelo de estado, gestión pública, regulación económica)*, Comares, Madrid, 1999, 7.

¹⁸³ Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C., «El mecanismo europeo...»; TAPIA HERMIDA, A.J., “*Evolución histórica, situación...*”, 50.; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., «*El derecho bancario...*»

declaración de la economía social de mercado como el sistema económico del Mercado interior que hace el Derecho originario de la UE¹⁸⁴.

Sin embargo, la técnica empleada por el constituyente, consistente en la mera enunciación nominal del modelo económico – basado en unas normas “*manifiesta e intencionadamente indeterminadas y, en todo caso, necesitadas de obligada y lógica concreción*”¹⁸⁵– deja un amplio margen de decisión al legislador a la hora de concretar el contenido de tal decisión – capaz de sustentar “*un sistema de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa*”¹⁸⁶.

El constituyente dispuso, de este modo, un “*marco amplio y flexible*”¹⁸⁷ que, incluso, podría considerarse como el resultado de una opción por un modelo económico neutro¹⁸⁸, pero constitucionalizado, y por ello no cabe afirmar una ausencia de un modelo económico en nuestra constitución¹⁸⁹.

Para concretar el alcance de las determinaciones de la constitución económica, resulta oportuno integrarla con las reglas que configuran el *corazón político-constitucional* del ordenamiento jurídico. La Constitución explicita mediante las primeras palabras de su articulado, lo que se ha dado en llamar su “*formula política*” y que representa el núcleo esencial del régimen de libertades al que

¹⁸⁴ Art. 3.3. TUE

¹⁸⁵ Vid. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., *Derecho Administrativo Económico*, vol. II La Ley, 1991, 78.

¹⁸⁶ Vid., en este sentido, el voto particular de D. Luis Díez Picazo en la STC 37/1981.

¹⁸⁷ Vid. MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, M., Artículo 128, sinopsis de la constitución, Congreso de los Diputados (<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=128&tipo=2>), último acceso: 19 de agosto de 2015.

¹⁸⁸ Vid. ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, 103.

¹⁸⁹ Vid. ALBERTI ROVIRA, E., «*La Constitución económica de 1978: reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV aniversario de la Constitución española*», *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 71, 2004 (Ejemplar dedicado a: XXV aniversario de la Constitución (III)), 123-160.

sirve el conjunto del ordenamiento jurídico y en virtud del cual deben interpretarse las disposiciones del legislador: *España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho*¹⁹⁰.

Como señala MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, la cláusula inicial de nuestra Constitución constituye una *fórmula completa y unitaria* y, por ello, debe leerse e interpretarse en su conjunto, revelándose el papel central de la persona humana y su dignidad y libertad conforme al artículo 10 CE y el mandato a los poderes públicos para garantizar el bien común, viniendo obligados a abstenerse de actuar o tomando las medidas necesarias de promoción o de remoción de los obstáculos que impidan injustamente el pleno disfrute de las libertades fundamentales, precisamente con base en dicho rol esencial de la persona como presupuesto del ordenamiento, objetivo que vincula toda actuación administrativa¹⁹¹.

Así, la regulación bancaria se traduce en normas jurídicas y en un conjunto de actuaciones de los poderes públicos que, con mayor o menor margen de discrecionalidad¹⁹², vienen limitadas por el principio de legalidad¹⁹³ - *procedimental y sustantiva*¹⁹⁴ - delimitada por la regla del artículo 103 de la Constitución - *servir con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho* - y, por ello, sometidas al enjuiciamiento de su adecuación al ordenamiento jurídico¹⁹⁵, pero al mismo tiempo íntimamente vinculadas a la actividad sobre la que se proyectan y, por tanto, llamadas a ser leídas y aplicadas de acuerdo con la lógica económica, con la que los principios jurídicos no siempre encuentran un sencillo encaje¹⁹⁶.

¹⁹⁰ Vid. LUCAS VERDÚ, P., *Curso de Derecho político*, vol. IV, Madrid, ed. Tecnos, 1984, 806.

¹⁹¹ Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., «Nuevo sistema conceptual», 139.

¹⁹² Vid. IZQUIERDO CARRASCO, M., *La supervisión pública de las entidades bancarias*, en Rebollo Puig, M. (coord.), *La regulación económica: en especial, la regulación bancaria: actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, 2012, Iustel, 167-222.

¹⁹³ Vid. SORIANO GARCÍA, J.E., «Juristas y economistas», 60.

¹⁹⁴ Vid. VAQUER CABALLERÍA, M., *op. cit.* 36.

¹⁹⁵ Vid. MARTÍN-RETORTILLO, S., «Estudio Preliminar», refiriéndose en concreto a la intervención en el sector bancario.

¹⁹⁶ Vid. RECALDE CASTELLS, A., *El papel del "Derecho" en la crisis. Algunos aspectos de la regulación financiera y de las grandes empresas en su relación con la economía*, Fundación Alternativas, 150/2009.

El debate sobre el contenido de las decisiones plasmadas por el constituyente en la CE queda enmarcado, pues, en el necesario equilibrio entre la libertad de empresa¹⁹⁷ y la función social de la propiedad¹⁹⁸, elementos ambos proclamados en su articulado y que constituyen los polos entre los que los poderes públicos han de desarrollar su mandato de promoción de la libertad individual y de protección del interés general¹⁹⁹, no como dos objetivos contrapuestos o incompatibles, ni mucho menos, sino como dos fines cuya consecución se debe alcanzar de manera coordinada²⁰⁰.

Cabe señalar que frente a la concepción de la actividad crediticia como una actividad que se desarrolla en régimen de libertad –que podemos considerar mayoritaria– no han faltado voces que reclaman la asunción de tales actividades por parte de los poderes públicos, partiendo de la identidad, al menos parcial, entre el concepto de servicio económico de interés general proveniente del Derecho europeo y la actividad de las entidades de crédito²⁰¹, circunstancia que, sin embargo, no necesariamente debe ser tenida por razón suficiente para que se extienda a esta actividad el régimen del resto de servicios de esta naturaleza²⁰².

En este sentido, como señala MAGIDE HERRERO, *"resulta muy discutible la afirmación de que un ordenamiento constitucional que reconoce la "libertad de empresa en el marco de la economía de mercado" (art. 38 CE), pueda afirmarse que la dirección del sistema económico pertenece ex constitutione al Poder Público"*, reconociendo, eso sí, el amplio margen de actuación de la Administración para intervenir en las actividades e los particulares, al afirmar que

¹⁹⁷ Vid. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., «El derecho bancario...». En este mismo sentido, y en relación con la jurisprudencia del TJUE; WITTE, A., «The application of National Banking Supervision Law by the ECB: Three Parallel Modes of Executing EU Law?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1, 2014.

¹⁹⁸ Arts. 128.1 CE y 17.1 CEDF

¹⁹⁹ Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a A., *Banca Pública y...*, 143.

²⁰⁰ Vid. GARCÍA ECHEVARRÍA S., *op. cit.*, 20.

²⁰¹ Vid. JIMÉNEZ-BLANCO, A., *La función inspectora en el ámbito financiero*, en Díez Sánchez, L. (coord.), *La función inspectora*, AEPDA, INAP, 2014, 30.

²⁰² Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., «Servicio público, servicio universal y obligación de servicio público en la perspectiva del Derecho comunitario: los servicios esenciales y sus regimens alternativos», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 39, Julio-septiembre, 2000, 44-45.

*"lo que la Constitución sí hace es poner a disposición de los Poderes Públicos incisivos instrumentos de dirección de la economía, cosa distinta a que dicha dirección le corresponda como algo propio y necesariamente suyo"*²⁰³.

Se manifiesta, así, la constante tensión entre libertades individuales e interés público que, aun siendo común a todos los ámbitos de intervención pública en la economía, adquiere una especial intensidad debido a la importancia del sector bancario.

En suma, dejando al margen algunos servicios financieros de naturaleza claramente prestacional – por ejemplo, los servicios de pagos o el mantenimiento de determinadas infraestructuras de mercado, sobre los que no resulta controvertido apreciar ciertos elementos de *esencialidad*, vinculados a su carácter necesario para el desarrollo de las más elementales actividades personales y económicas– y tomando en consideración el funcionamiento del sistema bancario, la garantía de su correcto funcionamiento constituye una manifestación del más elemental orden público económico que justifica su sometimiento a un régimen especial jurídico-público²⁰⁴.

6.2. El Mercado Interior de Servicio Financieros como marco de las actividades bancarias en el ámbito de la UE

Desde los inicios del proceso de integración europea, la evolución de la regulación bancaria a escala continental se ha visto tradicionalmente marcada por la tensión entre el anhelo de contar con un mercado único de servicios financieros y su trascendencia para la consecución de los objetivos generales de la Unión, por un lado, y por la resistencia de los Estados a transferir esta competencia, justificada por la *"extrema sensibilidad de los sistemas nacionales a cualquier alteración en este campo y la heterogénea situación de partida de cada una de las legislaciones internas"*, por otro²⁰⁵.

²⁰³ Vid. **MAGIDE HERRERO, M.**, *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, INAP, 2000, 384.

²⁰⁴ Art. 103.1 CE

²⁰⁵ Vid. **ANGULO RODRÍGUEZ, E.**, *La Adhesión española a la CEE y la ordenación bancaria*, en Martín-Retortillo, S. (dir.), *Estudios de Derecho Público Bancario*, CEURA, Madrid, 1987.

La instauración de la Unión bancaria y el resto de novedades introducidas en la regulación bancaria europea constituyen unos notables avances para la creación de un completo mercado interior de servicios financieros²⁰⁶ que se funda sobre una doble base jurídica: tanto en la libertad de establecimiento²⁰⁷ como en la libre circulación de capitales²⁰⁸, ambas reconocidas por el TFUE como fundamentales e íntimamente relacionadas²⁰⁹ y cuya aplicación paralela y simultánea es admisible conforme a la jurisprudencia²¹⁰, eso sí, tras un análisis de su compatibilidad, tomando en consideración las específicas circunstancias caso por caso²¹¹.

²⁰⁶ Vid. **WYMEERSCH, E.**, *The single supervisory mechanism or “SSM”, part one of the Banking Union*, Working Paper Research No 255, Banco Nacional de Bélgica, 2014, 2.

²⁰⁷ Art. 49 TFUE: *“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.*

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales”.

²⁰⁸ Art. 63 TFUE: *“1. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.*

2. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas cualesquiera restricciones sobre los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países”.

²⁰⁹ Vid. Conclusiones del Abogado General sr. Siegbert Alber presentadas el 14 de octubre de 1999 Asunto C-251/98 C. Baars jr. contra Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, punto 13.

²¹⁰ Vid. Conclusiones del Abogado General sr. Siegbert Alber presentadas el 14 de octubre de 1999 Asunto C-251/98 C. Baars jr. Contra Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, puntos 14 y 15.

²¹¹ Vid. **KERJEAN, S.**, *The Legal Implications of the Prudential Supervisory Assessment of Bank Mergers and Acquisitions under EU Law*, BCE, Legal Working Papers Series, No 6, Junio de 2008.

El artículo 56 TFUE prohíbe las *“restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados Miembros establecidos en un Estado Miembro que no sea el del destinatario de la prestación”*. Entendiendo por prestación de servicios, de acuerdo con el artículo 57, antiguo 50 TCE, las *“prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas”*.

La libertad de circulación de capitales es una de las cuatro libertades fundamentales de la UE que garantizan la existencia del mercado interior en el Capítulo 4, del Título IV – Libre circulación de personas, servicios y capitales del TFUE. El artículo 63 prohíbe, con carácter general, todas *“las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados Miembros y entre Estados Miembros y terceros países”*, así como *“cualesquiera restricciones sobre los pagos entre Estados Miembros y entre Estados Miembros y terceros países”*.

A partir de esta regla general, el Tratado recoge una serie de excepciones que afectan al núcleo de la regulación bancaria, como es la supervisión prudencial de entidades de crédito, por supuesto, sin olvidar que todas estas medidas no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos.

Así, el inciso 1. B) del artículo 65 dispone que se aplicarán sin perjuicio del derecho de los Estados Miembros a *“adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras, establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública”*, por tanto dejando en el ámbito nacional la competencia de regulación de la materia y señalando en el apartado 2, a mayores, *“las disposiciones del presente capítulo no serán obstáculo para la aplicación de restricciones del derecho de establecimiento compatibles con los Tratados”*.

Las normas relativas a la circulación de capitales con terceros Estados, por su parte, son más restrictivas que aquellas relativas al mercado interior. Así, el artículo 64 establece que *“lo dispuesto en el artículo 63 se entenderá sin perjuicio de la aplicación a terceros países de las restricciones que existan el 31 de diciembre de 1993 de conformidad con el Derecho nacional o con el Derecho de la Unión en materia de movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas*

las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales”.

El artículo 66, antiguo artículo 59 TCE, se refiere a que “*cuando en circunstancias excepcionales los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos causen, o amenacen causar, dificultades graves para el funcionamiento de la unión económica y monetaria, el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al BCE, podrá adoptar respecto a terceros países, por un plazo que no sea superior a seis meses, las medidas de salvaguardia estrictamente necesarias*”.

6.3. Independencia y rendición de cuentas

El regulador bancario goza, comúnmente, de un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones²¹², fundada en la naturaleza técnica de dicha función e íntimamente relacionada con el régimen de independencia del regulador²¹³ y que determina el sometimiento de su actividad a un régimen especial de independencia, así lo ha sintetizado LAGUNA DE PAZ al afirmar que “*la naturaleza técnica de la regulación es causa y consecuencia de la independencia de las autoridades que la desarrollan*”²¹⁴, independencia con la que se pretende evitar que sus decisiones se vean afectadas por eventuales conflictos de interés y de objetivos²¹⁵.

La conveniencia de dotar a los reguladores bancarios de un especial *status* de independencia y la directa relación de este régimen con su capacidad para cumplir sus objetivos es un axioma que, al menos en el plano teórico, es aceptado desde hace años, tanto a nivel académico como en el derecho positivo.

²¹² Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C., «El mecanismo europeo...», 49-77.

²¹³ Vid. DAS, U.S., QUINTYN, M., TAYLOR, M.W., «Los reguladores financieros necesitan independencia», *Finanzas & Desarrollo*, Diciembre de 2002.

²¹⁴ Vid. ROSSI, S., *Intervento di apertura*, en *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, n 75, Banca d'Italia, septiembre de 2013.

²¹⁵ Vid. HÜPKES, E., QUINTYN, M., TAYLOR, M.W., «Sistemas de rendición de cuentas para reguladores del sector financiero», *Temas de Economía*, núm. 39, Fondo Monetario Internacional, 2006.

Sin embargo, ello no obsta para que pervivan, en la práctica, poderosas resistencias que dificultan los avances en este sentido, basadas en los siguientes argumentos²¹⁶: (i) la función reguladora implica adoptar decisiones de contenido netamente político (por ejemplo, cuando se decide salvar o liquidar un banco), que no debe quedar al margen del control democrático y jurídico; (ii) la captura del regulador, en el sentido de que los poderes públicos han de garantizar que sus decisiones –y las de los organismos en quienes se desconcentran sus potestades – respondan al interés público; y (iii) la relevancia del sector financiero en relación con el conjunto de la economía y la utilidad de su instrumentación para la aplicación de las políticas económicas.

La independencia de los reguladores es un concepto poliédrico, que podemos descomponer en (i) la independencia reglamentaria, que significa *que los organismos deberán tener un nivel apropiado de autonomía para aplicar normas prudenciales dentro del marco jurídico general*; (ii) la independencia en la supervisión, referida a la autonomía para *hacer cumplir las normas, imponer sanciones y gestionar las crisis*, gozando de una adecuada protección legal para el ejercicio de sus funciones; (iii) la independencia institucional, consistente en disponer de autonomía para organizarse, determinar los procedimientos de adopción de decisiones, llevar a cabo una política de personal y retributiva propia, etc.; y (iv) la independencia presupuestaria, que garantiza que el regulador dispone de medios suficientes para poder llevar a cabo esa labor.²¹⁷

Se justifica, por tanto, la necesidad de articular, en paralelo al *status* de independencia de los reguladores - respecto de los tres poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial)²¹⁸, pero también con respecto de los demás sujetos afectados por las decisiones regulatorias²¹⁹ - mecanismos efectivos de control de sus actividades y de rendición de cuentas que garanticen la compatibilidad de un régimen jurídico enfocado a la eficiencia de la función reguladora con el cumplimiento del sometimiento de la administración crediticia a los principios democrático y de legalidad que constituyen la base del ordenamiento jurídico y que no deben ser tenidos como antitéticos ni contradictorios, sino como partes integrantes de un todo, complementarias. Se trata, en definitiva, de evitar que amparados en el necesario y conveniente amplio margen de discrecionalidad

²¹⁶ Vid. HÜPKES, E., QUINTYN, M., TAYLOR, M.W., *ibidem.*, 13.

²¹⁷ Vid. DAS, U.S., QUINTYN, M., TAYLOR, M.W., *ibidem.*, 7 y ss.

²¹⁸ Vid. LASTRA, R., “*Central Banking and...*”, 10.

²¹⁹ Vid. HÜPKES, E., QUINTYN, M., TAYLOR, M.W., *ibidem.*, 9.

dad técnica de la que deben gozar los reguladores, estos terminen convirtiéndose en un “cuarto poder” o en un “Estado dentro del Estado” ajeno a las reglas de funcionamiento del Estado de Derecho²²⁰.

Para ello, resulta de especial relevancia un adecuado diseño formal de los controles de la actividad reguladora. QUINTYN y TAYLOR señalan, en este sentido, la necesidad de que los reguladores dispongan de una base jurídica y un mandato legal claro, unos procedimientos de actuación transparentes, unas relaciones con el resto de poderes públicos tasadas y que el ordenamiento fije exhaustivamente las reglas de revocación de su mandato y de control jurídico de su actividad²²¹.

Desde hace años se ha venido señalando la necesidad de dotar a los reguladores de un estatuto de independencia semejante al de los bancos centrales²²² con base en la común implicación en la regulación bancaria de estas instituciones²²³, práctica que ya se venía aplicando en España y que ha acogido, al menos

²²⁰ Vid. QUINTYN, M., TAYLOR, M.W., *¿Deben ser independientes los reguladores del sector financiero?*, Temas de Economía, núm. 32, Fondo Monetario Internacional, 2004, 10; Vid. Athanassiou, P., *Financial Sector Supervisors' Accountability. A European Perspective*, BCE, Legal Working Paper Series, No 12, Agosto de 2011.

²²¹ Vid. QUINTYN, M., TAYLOR, M.W., *ibídem.*, 15: (i) la actuación del regulador debe disponer de una base jurídica clara; (ii) el ordenamiento debe disponer de una declaración clara y pública de los objetivos de la regulación; (iii) las relaciones del regulador con los poderes del estado debe estar detalladamente regulada; (iv) deben regularse detalladamente las normas sobre el *status* de los funcionarios que desarrollan funciones de regulación; (v) los procedimientos de regulación y supervisión deben ser transparentes (las características especiales de la actividad financiera y de su regulación – por ejemplo, la necesidad de respetar la confidencialidad y el secreto profesional de las actuaciones supervisoras – hacen que la rendición de cuentas efectiva se haga más complicada, si cabe, que en otros sectores de actividad administrativa y, en este sentido, cobra especial importancia que el legislador defina con claridad los criterios de control de las actividades reguladoras para garantizar que se realizan de manera efectiva); (vii) deben preverse los mecanismos de revocación de la independencia de manera detallada.

²²² Vid. ALEPUZ SÁNCHEZ., “Banca Central...”, 12.

²²³ La cuestión de la posición del Banco Central ha ocupado siempre un lugar destacado, circunstancia que en la actualidad ha cobrado actualidad, en tanto que, conforme a la nueva estructura de la regulación en la UB el BCE asume el rol central en la supervisión. En este sentido, Vid. GREEN, D., *The relationship between micro-macro-prudential supervision and central banking*, en Wymeerch, E.; Hopt, K.; y Ferrarini, G. (edit.), *Financial regulation and supervisión, a post-crisis analysis*, Oxford University Press, 2012, 58., señala que la función

parcialmente, el legislador europeo al diseñar el MUS, ofrece una oportunidad para avanzar en este sentido²²⁴. Sin embargo, no podemos desconocer que existen ciertas diferencias entre la función de dirección de la política monetaria y de supervisión bancaria, que obligan a que la extensión del régimen de independencia de la primera no se pueda aplicar de manera absoluta a la segunda²²⁵.

de supervisión de las entidades de crédito no se encuentra entre el núcleo esencial de las tareas que tradicionalmente han sido atribuidas a los bancos centrales, al menos en el periodo anterior a la crisis financiera. En contra, *Vid. HELLWIG, op. cit.*, pone de manifiesto la estrecha vinculación del correcto funcionamiento del sector bancario con la política monetaria, cuestión que, por su parte, si forma parte de la esfera natural de actuación de estas instituciones. Asimismo, podemos señalar los argumentos presentados por el BCE a favor de una y otra postura. A favor de la consolidación entorno a un mismo organismo, el BCE señala las siguientes ventajas: (i) sinergias relacionadas con la información de interés mutuo a la supervisión financiera y a la política monetaria; (ii) interés mutuo en el control del riesgo sistémico y la estabilidad financiera; y (iii) independencia y expertise técnico que ambas funciones requieren. En contra, los argumentos que el BCE señala en contra de la consolidación son: (i) los posibles conflictos de objetivos entre una y otra política; (ii) vinculado a lo anterior, la aparición de riesgo moral que pueda impedir adoptar las decisiones más adecuadas para el interés general; (iii) el hecho de que, mientras que en relación con el subsector bancario los bancos centrales sí disponen de una larga experiencia y conocimiento del sector, en relación con otros subsectores (mercados financieros, seguros) no disponen de tanta trayectoria en común; y (iv) la posible acumulación excesiva de poder en torno a un único organismo puede enervar los efectos positivos de los contrapesos y controles establecidos por el ordenamiento jurídico. *Vid. BANCO CENTRAL EUROPEO, The role of Central Banks in Prudential Supervisión, 2001.*

²²⁴ *Vid. DAS, U.S., QUINTYN, M., TAYLOR, M.W., op. cit.*, 25.

²²⁵ *Vid. HÜPKES, E., QUINTYN, M., TAYLOR, M.W., «Sistemas de rendición de cuentas para reguladores del sector financiero», Temas de Economía, núm. 39, Fondo Monetario Internacional, 2006, que señala las siguientes diferencias: (i) evaluar el cumplimiento del mandato de dirección de la política monetaria suele ser más sencillo que el de la regulación del sistema bancario, al tener este segundo una naturaleza más difusa y no poder ser determinado por el legislador con carácter concreto y absoluto; (ii) los procedimientos propios de la regulación bancaria son más complejos que los de la política monetaria, en el sentido de que existen más partes – y, por tanto, intereses – directamente implicados en los mismos (las decisiones de política monetaria son decisiones del poder público de carácter general, mientras que los procedimientos de supervisión bancaria van dirigidos habitualmente a unos o varios sujetos en concreto); (iii) el regulador bancario no se limita a aplicar las normas, sino que normalmente va a disponer de potestades normativas; y (iv) La política monetaria tiene una naturaleza eminentemente política, mientras que la supervisión es eminentemente administrativa, por lo que el ámbito del control judicial sobre los actos de una y otra difiere.*

CAPÍTULO II

La regulación bancaria en perspectiva histórica

1. El camino hasta la actual regulación bancaria

El origen de la banca moderna, entendida como actividad económica especializada desempeñada por “*instituciones de banca comercial, consolidadas y profesionalizadas*” se remonta a la época de la Revolución industrial. Fue a partir de entonces cuando las necesidades de financiación de las haciendas estatales y de las nuevas empresas industriales actuaron como factor de transformación de unas actividades crediticias hasta entonces marcadas por su vinculación al comercio y su rol accesorio respecto de las actividades de la *economía real*²²⁶.

La regulación de las actividades bancarias se ha desarrollado en paralelo a la evolución del sector, adquiriendo una creciente importancia a medida que se incrementaba el peso de la economía financiera en relación con el conjunto del sistema y viéndose fuertemente influenciada por el rol del sector público en la sociedad prevalente en cada momento.

La intensidad de la intervención pública en el sector bancario ha experimentado una evolución pendular: periodos dominados por el paradigma de la baja intensidad de intervención estatal en el sector han sido sucedidos por otros de tendencia opuesta, y viceversa.

Pueden diferenciarse tres etapas en la regulación bancaria moderna: (i) la regulación de finales del siglo XIX y hasta la Crisis de 1929, guiada por un enfoque liberal; (ii) la regulación de la segunda mitad del siglo XX, en la que las finanzas a nivel internacional se desenvuelven bajo una más intensa intervención pública, y (iii) la regulación aplicada desde los años 80, cuando el régimen

²²⁶ Vid. SÁNCHEZ ASIAÍN, J.A., *op.cit.*, 22.

del sector evoluciona hacia un modelo mixto, manteniéndose una intensa regulación pero basada en la disciplina de mercado²²⁷.

El origen de la regulación bancaria vigente en el periodo inmediatamente previo a la reciente crisis financiera se remonta a las reformas adoptadas durante la *Gran Depresión*, en respuesta al *Crash* de 1929. Desde entonces el objetivo de la estabilidad financiera se convierte en el *leitmotiv* de las reformas regulatorias en detrimento de otros objetivos como el fomento de las condiciones para la creación, desarrollo y expansión de las instituciones financieras, que había sido el eje orientador de la política financiera hasta aquel momento²²⁸.

Durante el periodo comprendido entre el final de la *Gran Depresión* y los años setenta, la regulación estuvo caracterizada por un enfoque estricto (caracterizado por el mantenimiento de un nivel limitado de competencia en el sector, restringiéndose las actividades e inversiones de las entidades, así como el ámbito geográfico de su negocio, separando la banca comercial de la de inversión en Estados Unidos), más intervencionista y centrado en el objetivo de la estabilidad. Desde los años 80 tuvo lugar una progresiva liberalización consistente, entre otras medidas, en la eliminación de coeficientes de inversión obligatorios o la reducción de restricciones de actividades e inversiones, mayor innovación de productos y de negocio, favoreciéndose una mayor competencia en el sector y, experimentándose, simultáneamente una mayor inestabilidad²²⁹.

Se daba paso, así, a una etapa dominada por un enfoque de la regulación de tipo prudencial, basada en la vigilancia sobre el desarrollo de las actividades de las entidades en régimen de mayor libertad, frente al anterior enfoque estructural, más centrado en la limitación directa de la capacidad de decisión de las entidades²³⁰.

²²⁷ Vid. **BATILOSSI S.**, *La arquitectura financiera internacional en la época contemporánea*, en Gutiérrez Sebares, J.A.; Martínez García, F.J. (ed.), *El sistema financiero español en la España contemporánea*, Universidad de Cantabria, Santander, 2014, 105.

²²⁸ Vid. **PONS, M^a A.**, *Las principales reformas del sistema financiero español*, en Malo de Molina, J.L. y Martín-Aceña, P., *Un siglo de historia del sistema financiero español*, Alianza editorial, Madrid, 2011, 87.

²²⁹ Vid. **VIVES X.**, *La industria financiera española en el inicio del siglo XXI: situación y retos de futuro*, en Malo de Molina J.L. y Martín-Aceña P. (dir.), *Un siglo de historia del sistema financiero español*, alianza editorial, Madrid, 2011.

²³⁰ Vid. **SAURINA, J.**, *op. cit.*, 129.

La regulación prudencial – impulsada desde el nivel internacional y plasmada en los llamados Acuerdos de Basilea, adoptados en el marco del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, con carácter de *soft law*, y traspuestos a los ordenamientos nacionales²³¹ - ha intensificado el desplazamiento de las formas de intervención vinculadas a otros objetivos (fomento del desarrollo económico, proteccionismo económico, articulación de las economías nacionales, entre otros), tales como la fijación de barreras de entrada, los coeficientes de caja, la limitación a la capacidad operativa de las entidades y el control sobre los tipos de interés, tradicionales en la normativa bancaria²³².

Durante las últimas décadas los objetivos de la regulación han orbitado en torno a tres ejes: (i) la estabilidad, tanto de las instituciones a nivel individual como del conjunto del sistema financiero²³³, (ii) la protección del depositante o inversor, y (iii) otros objetivos secundarios vinculados normalmente a otras políticas públicas, tales como la prevención del blanqueo de capitales o la implementación de las políticas monetaria y fiscal, que, en función de las circunstancias históricas de cada momento han variado su orden en la escala de prioridades del legislador²³⁴. A tales objetivos se ha añadido durante los últimos la protección de los contribuyentes ante eventuales crisis financieras que puedan afectar a la estabilidad de las finanzas públicas.

Por lo que atañe a nuestro país, la ordenación bancaria actualmente vigente es el resultado de la confluencia de tres procesos paralelos (i) el de la evolución sector bancario a nivel global; (ii) el de la legislación bancaria española, que sufrió notables variaciones desde el siglo XIX; y (iii) el de la legislación bancaria europea, a la que se adapta el ordenamiento español como consecuencia de la adhesión española a la CEE y su posterior desarrollo, que ha arrojado notables cambios en el sistema financiero español, experimentando (i) una ma-

²³¹ Vid. **LÓPEZ GALINDO, R.**, Basilea III. Novedades Regulatorias, Mediterráneo Económico, vol. 19, 2011.

²³² Vid. **JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.**, *Regulación bancaria y crisis financiera*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2013, 40.

²³³ Vid. **JIMÉNEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.**, *ibídem*, 87.

²³⁴ Vid. **MANCINI M.**, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, num. 73, Banca D'Italia, 2013, 42 y ss.; Vid. **LLEWELYN, D.**, *op. cit.*, 9; **GROUP OF 30**, *The structure of Financial Supervision. Approaches and Challenges in a Global Marketplace*, Washington D.C., 2008, 22.

yor apertura al exterior, (ii) una creciente profundidad financiera de la economía española y (iii) la consolidación de una regulación de carácter prudencial equiparable a la de los países de nuestro entorno²³⁵.

2. Las actividades financieras en el periodo anterior a la crisis

Impulsado por los severos efectos de la reciente crisis financiera y económica, el debate sobre la reforma de la intervención pública en el sector y del papel de las finanzas en la sociedad se ha extendido, destacadamente, al haber sido señalados los desarrollos del sector durante los años precedentes a la crisis y la incapacidad de la regulación de adaptarse a las nuevas circunstancias como un factor determinante de la virulencia de sus efectos²³⁶.

Como señala SALAS-FUMÁS, las actividades financieras experimentaron durante los años previos a la crisis financiera relevantes cambios que afectaron la capacidad de la regulación para satisfacer sus objetivos, tales como un incremento del volumen de actividad financiera a nivel global, de la diversidad de operaciones que desarrollaban y de la complejidad organizativa de las entidades²³⁷.

VIVES, por su parte, señala tres líneas de transformación en la evolución seguida por el sector bancario en el periodo anterior a la crisis: el cambio tecnológico vinculado al desarrollo de las tecnologías de la información aplicadas a la actividad financiera y la globalización e integración internacional de estas

²³⁵ Vid. **ONTIVEROS BAEZA, E., CONTHE GUTIÉRREZ, M. Y VALERO LÓPEZ, F.J.**, «Un sector financiero en mutación», *Economistas*, Año Nº 22, Nº Extra 100, 2004 (Ejemplar dedicado a: Veinte años de economía española (especial conmemorativo de los 100 números de la revista), 84-91.

²³⁶ Vid. **RECALDE CASTELLS, J.A.**, *Transparencia y autonomía del mercado: principios inspiradores de la regulación financiera antes de la crisis*, en García Macho, R.J. (coord.) *Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado*, 2014, 55-76; **CARUANA LACORTE, J.**, «Efectos y retos de...»; **EVANOFF, D.**, «Regulación financiera: la separación entre banca y comercio», *Papeles de economía española*, Nº 130, 2011; **GARCÍA MONTALCO, J.**, «Vuelta a la "banca aburrida" en la era del desapalancamiento y la nueva regulación financiera», *Cuadernos de Información económica*, Nº 238, 2014 (Ejemplar dedicado a: El sector financiero ante los retos de 2014), 47-58.

²³⁷ Vid. **SALAS-FUMÁS, V.**, «Regulación de capital y...», 607.

actividades, así como a un proceso de liberalización que facilitó una profunda transformación de las actividades bancarias²³⁸.

Estos cambios incidieron decisivamente sobre el modelo de negocio de las entidades bancarias, perdiendo peso las actividades de la llamada banca tradicional en beneficio de otras actividades financieras, y que se pone de manifiesto al analizar las características del sector en el momento del estallido de la crisis: las instituciones habían adquirido una gran dimensión, desempeñaban actividades complejas, estaban intensamente interconectadas e integradas globalmente, factores, todos ellos, que afectan a la estabilidad del sistema y que, por tanto, indudablemente tienen relevancia regulatoria²³⁹.

2.1. Los cambios regulatorios

Comprender las novedades introducidas en la regulación bancaria durante los últimos años exige clarificar, previamente, el significado de dos conceptos que han protagonizado muchos de los debates sobre la Crisis financiera y la reforma regulatoria durante los últimos años²⁴⁰: la desregulación, esto es, “*las actuaciones o procesos de eliminación o reducción de regulaciones jurídicas imperativas por parte de los poderes públicos*” y la liberalización, “*todo lo que introduzca más dosis de libertad en la gestión de los servicios*”²⁴¹.

La utilización del término “*desregulación*” como preludeo de la crisis pese a su generalización, adolece de cierta imprecisión. Como señalan REINHART y ROGOFF – por referencia a Estados Unidos, pero bien podría atribuirse tal conclusión a lo ocurrido en otros países de nuestro entorno, especialmente los europeos-, no puede afirmarse que la Crisis de 2007 haya estado precedida por un proceso de liberalización del sistema financiero *stricto sensu*, sino más bien un proceso de desregulación *de facto*, provocado por el cada vez mayor peso

²³⁸ Vid. VIVES X., “*La industria financiera...*”, 416 y ss.

²³⁹ Vid. DEUTSCHE BUNDESBANK, *Monthly Report*, Frankfurt, Junio de 2014.

²⁴⁰ Vid. GLINAVOS, I., *op. cit.*, 7.

²⁴¹ Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., «*Nuevo sistema conceptual*», 137.

relativo de las actividades financieras menos reguladas o carentes de regulación y sobre las cuales los poderes públicos ven limitada su capacidad de control²⁴².

Aunque el resultado final no difiere del de un proceso de liberalización, es decir, una menor presión regulatoria sobre la actividad de los particulares, lo cierto es que tal situación se ha alcanzado por vía indirecta, es decir, por la falta de adaptación de la regulación a una realidad cambiante²⁴³.

Con independencia de la mayor o menor intensidad de intervención pública en la actividad bancaria, la crisis ha puesto de manifiesto la incapacidad de “*los mercados financieros para imponer un razonable control de riesgos a las entidades (...) (la llamada disciplina de mercado)*”, hipótesis sobre la que se sostenía buena parte de la regulación durante los años anteriores a la crisis, circunstancia que ha determinado un cambio de paradigma en el diseño del nuevo régimen de ordenación, reduciéndose el ámbito de la disciplina de mercado, que ha sido sustituido por la extensión del perímetro del control del sector por parte de las autoridades²⁴⁴.

La disciplina de mercado, para ser eficaz, requiere que “*los participantes del mercado tengan fuentes adecuadas de información, incentivos financieros apropiados para recompensar a las instituciones bien administradas, y mecanismos para que los inversores no puedan eludir las consecuencias de sus decisiones*”²⁴⁵. En este contexto y con una clara vocación de mejorar su virtualidad como factor de estabilidad se enmarca la pretensión - desde Basilea II y de nuevo en Basilea III -de introducir en la regulación bancaria adecuados incentivos para que los diferentes agentes implicados en las actividades bancarias (administradores, acreedores, accionistas, clientes bancarios) promuevan una actuación de las entidades bancarias que contribuya a la consecución de los objetivos regulatorios²⁴⁶.

²⁴² Vid. **BETANCOR RODRÍGUEZ, A.**, “Crisis financiera: ¿más regulación o...”, 399.

²⁴³ Vid. **REINHART, C.N.**, y **ROGOFF, K.S.**, *Is the 2007 U.S. Sub-Prime financial Crisis So Different? An International Historical Comparison*, Working Paper N° 13761 (National Bureau of Economic Research), 2008.

²⁴⁴ Vid. **FERNÁNDEZ DE LIS, S.**, «*Capitalización, riesgo sistemático y disciplina de mercado*», *Economistas*, Año N° 29, N° 128, 2011 (Ejemplar dedicado a: Crisis: lecciones y reformas), 31-38.

²⁴⁵ Vid. **COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA**, “*Principios Básicos para...*”.

²⁴⁶ Vid. **BARRIOS PÉREZ, V.**, «*Supervisión bancaria: supervisión pública versus disciplina de*

2.2. El cambio tecnológico y la innovación de productos y servicios

La innovación financiera, vinculada al desarrollo e introducción de las tecnologías de la información y la comunicación ha propiciado un proceso de desintermediación, consistente en la progresiva pérdida de peso relativo de los intermediarios tradicionales debido al acceso directo de los inversores particulares a los mercados financieros y a productos cada vez más complejos, lo que ha resultado en un más directo acceso de los particulares a los servicios financieros, pero también en una cada vez más compleja estructura del sector y, consecuentemente, en la necesidad de que la regulación se adapte a su realidad cambiante²⁴⁷.

El desarrollo de nuevos servicios y la generalización de otros que hasta el momento solo estaban al alcance de clientes profesionales, la expansión de mercados y la ampliación de canales de comercialización o la desaparición de barreras para la realización de transacciones a nivel internacional, unidos a otros factores que no están estrictamente ligados a la regulación bancaria, pero sí a otras facetas de la intervención pública, como, por ejemplo, la reducción de márgenes de los intermediarios financieros provocados por los bajos tipos de interés sostenidos durante años, supusieron cambios en el mundo financiero de tal calado que los cambios operados sobre el marco regulatorio durante las últimas décadas no fueron suficientes para mantener el nivel regulatorio, y por tanto se produjo un proceso de desregulación, deliberado o no, acometido por los poderes públicos²⁴⁸.

2.3. Integration global

El desarrollo de los sistemas financieros ha tenido históricamente base estatal y ha estado vinculada a la unidad del mercado nacional, y en paralelo, las potestades de ordenación en la actividad financiera se han considerado vinculados a la soberanía estatal. Consecuentemente, la intervención se ha plasmado en normas e instituciones jurídicas que afectan a la actividad de determinados

mercado», *Boletín Económico del ICE*, núm. 2789, diciembre de 2003.

²⁴⁷ Vid. SEGURA SÁNCHEZ, J., *La actual crisis financiera: Enseñanzas para un supervisor de mercados*, Intervención en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 13 de mayo de 2006, Madrid.

²⁴⁸ Vid. VIVES X., «*La industria financiera...*», 417.

particulares, tanto en sus relaciones con los Poderes Públicos como en sus negocios privados, y las fuentes materiales de la regulación han sido tradicionalmente los Estados²⁴⁹.

Esta situación se ha visto desbordada por la realidad de unas finanzas cada vez más globalizadas y de la necesidad de trasladar la competencia regulatoria, al menos parcialmente, al ámbito supranacional, si bien no siempre con facilidad, pues la extensión de determinados poderes jurídicos estatales a ámbitos superiores no resulta una cuestión pacífica, ni se ha realizado de modo homogéneo en los diferentes subsectores del sistema financiero²⁵⁰.

En efecto, el incremento de los flujos internacionales de capital durante las últimas décadas y de modo especial durante los primeros años del siglo XXI, ha sido señalado como uno de los cambios de mayor importancia en la actividad financiera, puntos de partida obligatorios del estudio sobre la nueva regulación de la intermediación financiera a implementar²⁵¹.

Los capitales y servicios financieros traspasan las fronteras con mucha mayor facilidad que cualesquiera otros bienes y servicios por su propia naturaleza, pero es que el desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación ha facilitado una creciente interconexión entre sistemas financieros, mayor que el que podamos apreciar en ninguna otra actividad económica. El resultado es la globalización financiera. Se han incrementado las relaciones entre operadores financieros de diferentes países y las posibilidades de diversificación geográfica de las inversiones y han surgido nuevos centros financieros a nivel internacional. Además, la integración permite la extensión de

²⁴⁹ Vid. **COELLO DE PORTUGAL, J.M.**, *Ordenación bancaria y soberanía*, en Rebollo Puis, M. (coord.), *La regulación económica: en especial, la regulación bancaria: actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2012, 383-392

²⁵⁰ Vid. **BERGES, Á., E. ONTIVEROS, Y VALERO, F.J.**, *La internacionalización del sistema financiero español*, en Malo de Molina J.L. y Martín-Aceña P. (dir.), *Un siglo de historia del sistema financiero español*, Alianza editorial, Madrid, 2011.

²⁵¹ Vid. **ROXBURGH, CH.; LUND, S.; ATKINS, CH.; BELOT, S.; HU, W.W.; PIERCE, M.S.**, *Global capital markets: Entering a new era*, McKinsey Global Institute, 2009: El valor de los flujos internacionales de capital se incrementó en media un 15 % anual desde 1990 hasta el año 2007, año del comienzo de la crisis financiera internacional.

modelos y prácticas de negocio, así como la competencia en los mercados debido a la participación de un mayor número de operadores, pero también facilita el arbitraje regulatorio y extiende el ámbito del riesgo sistémico²⁵².

Se pone de manifiesto, así, la necesidad de coordinación entre los distintos ordenamientos jurídicos en un contexto complejo: en los mercados financieros internacionales concurren operadores procedentes de países con tradiciones jurídicas distintas, y más aún, procedentes de sistemas económicos, políticos y sociales muy diversos, en algunos casos opuestos y hasta excluyentes entre sí. Diseñar un marco que ofrezca la seguridad jurídica necesaria para el correcto funcionamiento del sistema financiero mundial se convierte así en un desafío para los Poderes Públicos²⁵³.

3. Evolución de la ordenación bancaria en España

El devenir del sector bancario y de su ordenación en España ha venido condicionado por la convulsa historia de nuestro país durante la Época Contemporánea y por la evolución de la economía desde el siglo XIX, caracterizada por factores tales como la tardía industrialización, la alta inestabilidad política, el prolongado aislamiento político y comercial, el impulso de medidas proteccionistas durante largos periodos de tiempo, un intenso intervencionismo estatal en la economía durante buena parte del siglo XX²⁵⁴ y una profunda modernización y apertura al exterior a raíz de la adhesión de España a las entonces Comunidades Europeas.

La evolución de la ordenación bancaria contemporánea en España puede ser clasificada en 4 etapas: (i) una primera de corte liberal, caracterizada por establecer una regulación de mínimos y por el protagonismo del Banco de

²⁵² Vid. WEI, S.-J., AYHAN KOSE, M., PRASAD, E., ROGOFF, K., *Globalización financiera más allá de la culpabilización*, Finanzas y desarrollo: publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, Vol. 44, N° 1, 2007, 9-13.

²⁵³ Vid. DAVIS, H. Y GREEN, D., *Global Financial Regulation: The Essential Guide*, Polity Press, 2008, 113-118, 129.

²⁵⁴ Para una síntesis de la evolución de la economía española en la Edad Contemporánea, Vid. TORTELLA, G. y GARCÍA RUIZ, J.L., *Un siglo de economía española*, en Malo de Molina, J.L., y Martín-Aceña, P., *Un siglo de historia del sistema financiero español*, Madrid, Alianza editorial, 2011, 61 y ss.

España como eje de la actividad del sector, que abarca el siglo XIX y el primer tercio del siglo XX; (ii) una segunda, desde la Guerra Civil y, sobre todo, la aprobación de la Ley de Ordenación Bancaria de 1946, hasta la aprobación de la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca en 1962, caracterizada por una intensa intervención gubernamental en el sector y un fuerte sesgo proteccionista; (iii) una tercera, desde la aprobación de la Ley de 1962, en la que tiene lugar un progresivo proceso de liberalización del sector y de adaptación de la normativa para la futura adhesión a la UE, especialmente durante los años 80; y (iv) una cuarta, desde la reforma financiera de 1988, en la que la legislación bancaria española se adapta plenamente a la legislación europea²⁵⁵.

3.1. Los orígenes de la regulación bancaria en España

El origen de la regulación bancaria moderna en España se remonta a la aprobación de la Ley de Sociedades Anónimas de 1847. Fue entonces cuando por primera vez se dispusieron reglas sobre la creación de bancos de emisión, sometiéndola a la aprobación previa por parte de las Cortes, a la vez que se limitaba la creación de bancos no emisores a la previa justificación y declaración de su utilidad pública²⁵⁶.

La primera normativa específica sobre entidades bancarias se establece mediante las leyes de Bancos de Emisión y de Sociedades de Crédito de 1856. Mediante estas normas se regulaba por separado el régimen de los bancos de emisión, a los que se les atribuía dicha potestad de emitir dinero y a los que se sometía a un estricto régimen de control y de limitación de actividades, y las sociedades de crédito, a las que se permitía realizar un amplio catálogo de operaciones activas de crédito²⁵⁷.

Por medio de la Ley de 19 de octubre de 1869 se avanza en la liberalización tanto en el acceso a la actividad como en el ejercicio de la misma. Sin embargo, tales reglas apenas estarían vigentes hasta 1874, cuando por Decreto Ley de 19

²⁵⁵ Vid. MARTÍN-ACEÑA, P., *La banca en España entre 1900 y 1975*, en Malo de Molina, J.L. Martín-Aceña, P., *Un siglo de historia del sistema financiero español*, Alianza editorial, Madrid, 2011, 117-161.

²⁵⁶ Vid. MARTÍN-ACEÑA, P. *ibídem.*, 117.

²⁵⁷ Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a A., *op. cit.*, 60 y ss.

de marzo se concede el monopolio de emisión de dinero al Banco de España y se elimina la pluralidad de bancos emisores teniendo que optar los existentes hasta el momento por su liquidación o su integración en el BdE, como sucursales, o bien continuar su actividad de modo autónomo pero sin emitir dinero²⁵⁸.

El Código de Comercio de 1885 recuperaba la concepción de los bancos como una variedad de las sociedades anónimas, opción que ha sido calificada como *arcaica e inadecuada* y que, de acuerdo con la tendencia internacional, fue abandonado por el legislador en posteriores reformas²⁵⁹.

La Ley de Ordenación Bancaria de 1921 se aprueba con un doble objetivo: consolidar el Banco de España como un verdadero banco central y la reforma del marco legal de la banca privada²⁶⁰, estableciéndose, por primera vez un régimen de supervisión y control de las entidades de crédito privadas (régimen de autorización, requisitos de capital, solvencia y liquidez, reglas sobre la actividad, creación de un registro de bancos y banqueros, régimen sancionador y de inspección y control, entre otras) cuya aplicación se encomienda al Consejo Superior Bancario, un órgano de representación del sector y de relación con la Administración²⁶¹.

3.2. La etapa de intervencionismo estatal durante la posguerra

Tras la Guerra Civil y la instauración de la Dictadura, la regulación bancaria española adquirió un carácter más intervencionista, afianzándose el poder de las autoridades públicas para dirigir las actuaciones de las entidades, cuyos intereses quedaban sometidos a las directrices determinadas por el Gobierno. El Decreto de 17 de enero de 1940, cuyo contenido es confirmado posteriormente por la Ley de Ordenación Bancaria de 1946, estructuraba el sistema financiero en tres grandes categorías (banca oficial, banca privada y cajas de

²⁵⁸ Vid. PONS, M^a A. *op. cit.*, 90.

²⁵⁹ Vid. TAPIA HERMIDA, A.J., “Evolución histórica, situación...”.

²⁶⁰ Vid. TEDDE DE LORCA, P., «Los primeros cincuenta años del Banco de España: crisis financiera e innovaciones bancarias», *Revista de la historia de la economía y de la empresa*, N^o. 1, 2007 (Ejemplar dedicado a: Instituciones financieras en España), 15-32.

²⁶¹ Vid. PONS, M^a A. *op. cit.*, 93.

ahorros) y dio origen al conocido como *statu quo* bancario y que no comenzaría a flexibilizarse hasta los años 60²⁶².

Este periodo está protagonizado por la Ley de Ordenación Bancaria de 1946 que vino a recopilar y sistematizar una serie de medidas adoptadas durante los años precedentes orientadas a la consolidación y extensión de las potestades estatales en relación con la ordenación del sector financiero: (i) reforzó la capacidad de decisión del Gobierno sobre la política crediticia y sobre las actividades de las entidades (control sobre los tipos de interés y de descuento, normas sobre distribución de dividendos, limitaciones temporales para la concesión de préstamos, control de fusiones y de la política de expansión de las redes comerciales, etc.); (ii) en relación con la emisión de billetes, renovaba el monopolio en favor del Banco de España, que aunque, conservaba su naturaleza de sociedad privada, se reforzaban los poderes de decisión de la Administración en sus órganos; y (iii) establecía importantes barreras de entrada que tienen como resultado la consolidación de las entidades existentes y la imposibilidad de entrada en el mercado nacional de entidades extranjeras²⁶³.

3.3. La Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca

En 1962 se produce una profunda reforma del sector bancario español – rompiéndose con lo que hasta el momento había sido conocido como *statu quo* bancario, previéndose la creación de bancos industriales y de negocios, además de los tradicionales bancos comerciales, mediante la aprobación de la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca. Esta nueva normativa configuraba una reforma del sector de gran magnitud, tanto por las decisiones que el legislador plasma en su texto, como por el cambio de tendencia en la política financiera española que se verá reflejada en las normas de desarrollo y otras leyes aprobadas durante los años posteriores. Por medio de esta Ley se nacionaliza el Banco de España, que se convertirá en un auténtico regulador del sistema bancario al asignársele la competencia para supervisar la banca privada, primero, y gradualmente otros subsectores como el de las cajas de ahorros, el de

²⁶² Vid. MARTÍN-ACEÑA, P., *op. cit.*, 157.

²⁶³ Vid. PONS, M^a A., *op. cit.*, 99 y ss.

cooperativas de crédito, en 1971, y las entidades oficiales de crédito, en 1988²⁶⁴.

Esta etapa daría a su fin con la integración de nuestro ordenamiento con el *acervo* comunitario, que tendría lugar, en un primer momento, mediante el Real Decreto 184/1987, de 30 de enero, adaptó diversas normas reglamentarias a fin de adaptar su contenido al Derecho Comunitario, principalmente en relación con el régimen de las autorizaciones, extendiéndolo a las entidades extranjeras y reduciendo el ámbito de discrecionalidad de la Administración a la hora de concederlas²⁶⁵.

3.4. La regulación bancaria desde la reforma de 1988

Como señalan ONTIVEROS y VALERO, durante las décadas precedentes al estallido de la crisis financiera internacional – y por tanto, bajo esta Ley en nuestro país - se produjo “*la mayor modernización de la economía española y de su sistema financiero*” experimentándose una notable evolución que se articuló en torno a dos grandes procesos: una “*liberalización transformadora del sistema bancario*” y una “*reforma innovadora de los mercados de valores*”²⁶⁶.

En efecto, durante el último cuarto del siglo XX y los primeros años del XXI el sistema financiero español vivió relevantes transformaciones, pasando, gradualmente, “*desde un modelo jerárquico e intervenido (...), hacia uno de mercado con toma de decisiones descentralizadas, esto es, se transita de la jerarquía al mercado*”, redefiniéndose el papel del Estado en relación con el sector²⁶⁷.

En 1988 se aprueba la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, la primera ley bancaria general en el ordenamiento español aprobada

²⁶⁴ Vid. MARTÍN ACEÑA, P., «*La conformación histórica de la Industria Bancaria Española*», *Mediterráneo económico*, N.º 8, 2005 (Ejemplar dedicado a: Los retos de la Industria Bancaria en España), 21-44.

²⁶⁵ Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.ª A., *op. cit.*, 77.

²⁶⁶ Vid. ONTIVEROS BAEZA, E.; VALERO LÓPEZ, F.J., “*El sistema financiero español...*”, 125.

²⁶⁷ Vid. CABALLERO MIGUEZ, G., «*De la jerarquía al mercado: la reforma financiera española desde la nueva economía institucional*», *Papeles de economía española*, n.º 101, 2004, 64-79.

con posterioridad a la adhesión a la Comunidad Europea y que incorpora a nuestro Derecho, en consecuencia, el *acervo* comunitario, en especial el contenido de la Primera Directiva 77/780/CEE, del Consejo, de 12 de diciembre de 1977, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio.

Cabe destacar de esta Ley, que ha constituido la columna vertebral de la ordenación bancaria española hasta la actual reforma, su contenido eminentemente sancionador –que respondía a una clara pretensión homogeneizadora del régimen de sanciones bancarias y de garantía del principio de legalidad y la seguridad jurídica en el sector– y los amplios poderes reconocidos al Ministerio de Economía en algunos ámbitos de la regulación, en especial en materia de autorizaciones²⁶⁸. Asimismo, subyacía en esta nueva normativa la pretensión de adaptar plenamente el ordenamiento español a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios del Derecho europeo²⁶⁹.

4. Evolución de la regulación bancaria europea

Como señala WYMEERSCH, el proyecto de puesta en marcha de un sistema de supervisión del sistema financiero único, o al menos intensamente integrado ha sido una pretensión antigua, si bien no ha sido hasta la actual crisis financiera internacional cuando se han dado las condiciones para su instauración²⁷⁰, al superarse la idea de que la consecución del mercado interior de servicios bancarios podía conseguirse mediante la exclusiva armonización legislativa²⁷¹.

La evolución de la regulación bancaria a nivel europeo viene determinada por el hecho de que la libertad de circulación de capitales ha tenido, históricamente, un desarrollo más tardío y menos perfecto que las otras 3 libertades

²⁶⁸ Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a A., *ibidem*, 79.

²⁶⁹ Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a A., «El nuevo modelo...», 35.

²⁷⁰ Vid. WYMEERSCH, E., “*The single supervisory mechanism...*”, 3.

²⁷¹ Vid. LAROISIÈRE, J. (Director), *op. cit.*, punto 103.

básicas del mercado único (de prestación de servicios, de movimiento de trabajadores y de mercancías)²⁷².

Resulta paradójico que un aspecto tan estrechamente ligado a la libre circulación de capitales y a la libre prestación de servicios - dos de las llamadas libertades básicas del mercado único - y a la Unión Económica y Monetaria haya permanecido históricamente, sin embargo, ajeno a la esfera de decisión a nivel europeo y solamente sometido a regulación armonizada en aspectos concretos²⁷³.

El proceso de conformación del mercado único bancario hasta la primera década del siglo XXI puede ser dividida en 5 fases, determinadas por las iniciativas adoptadas por las Instituciones en aras a la consecución de este objetivo: (i) La primera, denominada de desregulación, que abarcaría el periodo comprendido entre la firma del Tratado de Roma y 1973; (ii) una segunda, entre 1973 y 1983, en que se adoptan varias iniciativas orientadas a la armonización del mercado interior; (iii) una tercera, en la que el objetivo es avanzar para conseguir un mercado interior completo, entre 1983 y 1992; (iv) la puesta en marcha de la UEM, que protagonizaría la década de los 90; y (v) el periodo de aplicación del Plan de Acción de Servicios Financieros, entre 1999 y 2005²⁷⁴.

4.1. La etapa de desregulación

Durante los primeros años del proceso de integración europea no se produjeron grandes avances relacionados con la regulación bancaria, más allá, del reconocimiento del derecho de establecimiento y la libertad de circulación de capitales, con carácter general, que se plasmaron en la aprobación de los Programas Generales para la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento, aprobados por el Consejo de 18 de diciembre de 1961²⁷⁵.

²⁷² Vid. CIRAULO, F., «*Il processo di integrazione del mercato unico dei servizi finanziari*», *Il diritto dell'economia*, nº 2, 2011, 415-438.

²⁷³ Vid. LAROISIÈRE, J. (Director), *ibídem*, punto 103.

²⁷⁴ Vid. DERMINE, J., *op. cit.*, 3 y ss.

²⁷⁵ Vid. PEREZ DE LAS HERAS, B., *El mercado interior europeo: las libertades económicas comunitarias : mercancías, personas, servicios y capitales*, Universidad de Deusto, 2004, 132

4.2. Los primeros pasos para la armonización

El primer acto legislativo de la entonces CEE en relación con el sector bancario es la Directiva 73/183/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1973, sobre supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de actividades por cuenta propia de los bancos y otras entidades financieras, que venía a desarrollar las disposiciones de los Programas Generales.²⁷⁶ Conforme a esta Directiva se excluyen las discriminaciones basadas en la nacionalidad de los operadores, quedando inalteradas las disposiciones de Derecho nacional y, en consecuencia, manteniéndose fragmentado el régimen jurídico del mercado interior²⁷⁷.

En 1977 se aprueba la Primera Directiva bancaria²⁷⁸ en la que se dan los primeros pasos –su propia denominación revela toda una declaración de intenciones–, tímidos, eso sí, para la armonización legislativa de la regulación bancaria en Europa, sobre todo en lo relativo al reconocimiento mutuo de las autorizaciones para el ejercicio de la actividad, si bien sobre la base de una regulación esencialmente nacional –se introduce el principio de control por las autoridades de origen de las entidades- y de unos sistemas financieros no integrados a nivel Europeo²⁷⁹.

4.3. Los avances hacia la armonización completa

La Directiva 83/350/CEE, del Consejo, de 13 de junio de 1983, relativa a la vigilancia de las entidades de crédito basada en su situación consolidada desa-

y ss.

²⁷⁶ Vid. **ESPÍN GUTIÉRREZ, C.**, *La fuente del derecho bancario*, en *La Contratación Bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, 107.

²⁷⁷ Vid. **ANGULO RODRÍGUEZ, E.**, *op. cit.*, 82.

²⁷⁸ Vid. Primera Directiva 77/780/CEE, del Consejo, de 12 de diciembre de 1977, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio.

²⁷⁹ Vid. **NIETO, M^a J.**, **PEÑALOSA, J.M^a**, «*Notas sobre la arquitectura de la regulación, supervisión y estabilidad financiera en Europa*», *Estabilidad financiera*, nº 4, Banco de España, 2003.

rolla el objetivo ya presente en la normativa anterior de centralizar la supervisión de las instituciones de crédito con actividad en varios Estados en las autoridades del país de origen. Posteriormente, la Directiva 88/361/CEE, sobre liberalización de flujos de capital, por su parte, establecía un régimen en el que se reconocían poderosos instrumentos para que las autoridades nacionales limitaran la libre circulación de capitales, por lo que no permitió conseguir el objetivo que anunciaba su denominación²⁸⁰.

En junio de 1985 la Comisión Europea aprueba el Libro Blanco sobre el Mercado Interior²⁸¹, fijándose como objetivo la consecución de tal objetivo antes del 31 de diciembre de 1992, objetivo al que respondió la aprobación de la Segunda Directiva 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, y por la que se modifica la Directiva 77/780/CEE, que refuerza plenamente el principio de reconocimiento mutuo y de supervisión por el país de origen y avanza en la armonización legislativa.²⁸² Esta Segunda Directiva atribuye la competencia sobre supervisión prudencial al nivel nacional, si bien con una mínima armonización, y establece el principio de supervisión consolidada de actividades transfronterizas y conglomerados financieros, reconociendo, eso sí, cierta participación de los Estados donde se desarrollan efectivamente las actividades para la protección del interés público nacional²⁸³.

Este mismo año se aprobaron la Directiva 89/299/CEE del Consejo, de 17 de abril de 1989, relativa a los fondos propios de las entidades de crédito, y la Directiva 89/647/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1989, sobre el coeficiente de solvencia de las entidades de crédito.

4.4. La regulación bancaria en el contexto de la UEM

La firma del Tratado de Maastricht determinó que los avances en la consecución del Mercado interior bancario vinieran determinados, desde entonces, por

²⁸⁰ Vid. ANGULO RODRÍGUEZ, E., *ibídem*, 82.

²⁸¹ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council* (Milan, 28-29 June 1985), junio de 1985, *junio de 1985*.

²⁸² Vid. ESPÍN GUTIÉRREZ, C., *ibídem*, 107.

²⁸³ Vid. DERMINE, J., *op. cit.*, 4.

la UEM, que llevaría a la adopción del Euro como moneda única el 1 de enero de 1999. El diseño institucional de la UEM se articuló en tres ejes: una política monetaria única, cuyo ejercicio se encomienda al BCE y una mínima armonización de la política fiscal y del resto de políticas económicas²⁸⁴. La supervisión bancaria quedaba en el nivel nacional, estableciéndose puntuales referencias a la colaboración del BCE en tales tareas.

La instauración de la UEM supuso, por lo que toca a la regulación bancaria la desvinculación tanto funcional como geográfica de las tareas de dirección y ejecución de la política monetaria y de ordenación y disciplina de las entidades de crédito, circunstancia que ya fue señalada, en su momento, como novedosa – sobre todo por lo que toca a la desvinculación geográfica, pues la atribución de la regulación prudencial a organismos distintos del Banco Central no era una novedad para todos los Estados -, reclamándose, si no la instauración de una Unión bancaria en los términos actuales, sí la necesidad de articular mecanismos de cooperación que aseguraran la coherencia y coordinación necesarias entre las diferentes autoridades nacionales competentes en la materia²⁸⁵.

En 1992 se aprueba la Directiva 92/30/CEE del Consejo, de 6 de abril de 1992, relativa a la supervisión de las entidades de crédito de forma consolidada y la Directiva 92/121/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1992, sobre supervisión y control de las operaciones de gran riesgo de las entidades de crédito. En 1994 se aprueba la Directiva 94/19/CE, sobre sistemas de garantía de depósitos, armonizando el importe mínimo garantizado, estableciéndolo en 20.000 euros²⁸⁶.

²⁸⁴ Vid. **ESCOLANO, R.**, *La arquitectura financiera europea: del Tratado de Maastricht a la realidad actual*, en Fernández Méndez de Andrés, F. (dir.), *La Crisis en Europa: ¿Un problema de deuda soberana o una crisis del Euro?*, Papeles de la Fundación, nº 44, Fundación de Estudios Financieros, 2012.

²⁸⁵ Vid. **PADOA-SCHIOPA, T.**, EMU and Banking Supervisión, *International finance*, 2, 2, 1999, 295-308.

²⁸⁶ Vid. **DERMINE, J.**, *op. cit.*, 6.

4.5. La regulación bancaria desde la puesta en marcha del Plan de acción de los Servicios Financieros hasta la actualidad

En mayo de 1999, la Comisión propuso lo que se dio en llamar el plan de Acción para los Servicios Financieros (FSAP, en sus siglas en Inglés)²⁸⁷ en que se proponían medidas orientadas a la consecución de un triple objetivo: establecer un mercado único de servicios financieros, disponer de unos mercados minoristas abiertos y seguros, y reforzar la normativa de supervisión prudencial²⁸⁸. En 2000 se aprueba la Directiva 2000/12/CE, refundida por 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.

El marco regulatorio del sistema financiero en el ámbito de la Unión Europea ha venido determinado durante la última década por el llamado Proceso Lamfalussy, cuyo fin era *“implantar un mecanismo eficaz que permitiera que las prácticas europeas de supervisión comenzaran a converger, y que la legislación comunitaria sobre los servicios financieros pudiera adaptarse con rapidez y flexibilidad a la evolución del mercado interior”*²⁸⁹.

Este sistema de regulación de los servicios financieros, basado en la *comitología*, establecía cuatro niveles de regulación: El “nivel 1” era el de la legislación marco, que establecía los principios fundamentales y fijaba los poderes de ejecución, siendo adoptada por medio del proceso legislativo de codecisión. El “nivel 2” consistía en la adaptación de estos principios por parte de la Comisión a través de disposiciones de aplicación, tras el dictamen del Comité de reglamentación competente (Comité Europeo de Valores, Comité Bancario Europeo y Comité Europeo de Seguros y Pensiones de Jubilación). El “nivel 3” estaba formado por comités integrados por representantes de los órganos nacionales de supervisión: el Comité de Supervisores Bancarios Europeos, el Comité Europeo de Supervisores de Seguros y de Pensiones de Jubilación y el Comité de Responsables Europeos de Reglamentación de Valores. Estos Comités desempeñaban también una función importante como medio para aplicar

²⁸⁷ Vid. COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión, de 11 de mayo de 1999, sobre la “Aplicación del marco de acción para los servicios financieros: Plan de acción”.

²⁸⁸ Vid. DI NOIA, C. y FURLÒ, M.C., *The New Structure of Financial Supervision in Europe, What's next?*, en Wymeerch, E.; Hopt, K.; y Ferrarini, G. (edit.), *Financial regulation and supervision, a post-crisis analysis*, Oxford University Press, 2012, 174.

²⁸⁹ Vid. LAMFALUSSY, A. ET AL., Final Report of the Committee of Wise men on the regulation of european securities markets, Bruselas, 15 de febrero de 2001, 123.

coherente y convergentemente las Directivas de la UE. El “nivel 4”, por último, era el constituido por la labor de la Comisión de velar por que la legislación de la UE se incorporara al Derecho nacional correcta y oportunamente²⁹⁰.

Este sistema fue concebido como una solución provisional y orientada por una visión pragmática, que permitiera conseguir avances en la convergencia entre legislaciones nacionales de cara a un ulterior desarrollo más profundo de la integración²⁹¹. De hecho, la Directiva 2005/1/CE, que establecía la nueva estructura organizativa de los comités dedicados a los servicios financieros y disponía que la Comisión debía revisar el proceso Lamfalussy antes de que finalizara 2007, proceso que se vio precipitado por el estallido de la crisis financiera.

En primer lugar, el Informe señala la necesidad de dotar al sistema financiero de la Unión de un conjunto armonizado de normas básicas como condición necesaria para conseguir un mercado único eficiente. Principalmente, resalta las diferencias en la aplicación de las normas de “nivel 1” en el sistema Lamfalussy derivadas de la dinámica de trasposición y aplicación del Derecho Comunitario, que los comités de “nivel 3” no eran capaces de subsanar de manera suficiente. Como solución se proponía la creación de un Sistema Europeo de Supervisión Financiera formado por los organismos nacionales competencias en la materia y por tres autoridades europeas que vendrían a sustituir a los antiguos comités sectoriales o comités de “nivel 3”, para coordinar la aplicación de las normas de supervisión y garantizar la cooperación entre autoridades nacionales. En relación con la gestión de las crisis se proponía la creación de un sistema de alerta temprana efectivo que permitiera recopilar la información necesaria, analizarla y adoptar las medidas para minimizar las crisis²⁹².

En diciembre de 2012, ya en el contexto de la grave crisis económica y de las finanzas públicas en la UE, los máximos responsables de las Instituciones presentaban su informe titulado “*Towards a Genuine Economic and Monetary Union*”²⁹³ en el que se justificaba la necesidad de reformar profundamente las

²⁹⁰ Vid. **FERRAN, E.**, *Understanding the New Institutional Architecture of EU Financial Market Supervision*, en Wymeersch, E.; Hopt, K.; y Ferrarini, G. (edit.), *Financial regulation and supervision, a post-crisis analysis*, Oxford University Press, 2012, 124.

²⁹¹ Vid. **LAMFALUSSY, A.** et al., *op. cit.*, 123.

²⁹² Vid., **LAROISIÈRE, J.** (Director), *op. cit.*, punto 180.

²⁹³ Vid. **VAN ROMPUY, H., ET. AL.**, *Towards a Genuine Economic and Monetary Union*. Bruselas, 5 de diciembre de 2012.

estructuras de la UEM, haciendo especial hincapié en la conveniencia de establecer una regulación bancaria a nivel comunitario - la llamada Unión bancaria -, basada en tres pilares: un sistema único de supervisión, un sistema único de resolución y un sistema único de garantía de depósitos.

El mencionado informe sintetiza las líneas maestras de la reforma de la regulación bancaria que se está sometiendo, si bien, transcurridos más de dos años y medio de su publicación, se han puesto de manifiesto, habiéndose destacado los siguientes puntos pendientes: (i) plena trasposición de la Directiva sobre reestructuración y resolución bancarias en todos los Estados miembros; (ii) disponer de un adecuado mecanismo de financiación puente que pueda estar vigente a partir de la entrada en vigor plena del MUR, durante el periodo transitorio en el que el FUR previsto no esté plenamente provisto; (iii) establecer un mecanismo de apoyo común al FUR creíble; (iv) poner en marcha un sistema europeo de garantía de depósitos; (v) avanzar en el desarrollo del Código Bancario Único²⁹⁴.

²⁹⁴ Vid. JUNCKER, J.C., TUSK, D., DIJSSELBLOEM, J., DRAGHI, M. Y SCHULZ, M., *Realizar la Unión Económica y Monetaria europea*, 22 de junio de 2015.

Parte II

La regulación bancaria, en concreto

CAPÍTULO III

Las concretas potestades regulatorias

1. La regulación, en sentido estricto

Frente al concepto lato de regulación –entendida como el conjunto de intervenciones en el sector orientada a garantizar la estabilidad financiera -, ésta es también, en un sentido más restringido, el poder de establecer reglas jurídicas vinculantes con respecto de un determinado sector de actividad económica, es decir, como el “*uso del poder normativo para ordenar los mercados y, en general, la actividad económica*”²⁹⁵.

La regulación *stricto sensu* es una manifestación de las potestades públicas “*consistente en la elaboración de las normas y el dictado de los actos administrativos que establecen con cierta unidad de sentido la organización y funcionamiento de una determinada parcela de la vida de la comunidad, o al resultado de dicha actividad, es decir, a ese conjunto de normas y actos discrecionales conformadores*”, establecidos “*alrededor de unos determinados fines o intereses, de esa regulación, que contribuye así a definir la fisonomía del sector en cuestión*”²⁹⁶.

De acuerdo con la jurisprudencia del TC, la disciplina bancaria es “*la regulación de los deberes de las entidades de crédito impuestos por normas de obligado cumplimiento*” y, en consecuencia, debe entenderse como una función eminentemente normativa, a diferencia de otras funciones a las que se encuentra, no obstante, íntimamente ligada como son la inspección y la potestad sancionadora, cuya naturaleza es de tipo ejecutivo²⁹⁷.

²⁹⁵ Vid. VAQUER CABALLERÍA, M., *op. cit.*, 24.

²⁹⁶ Vid. MAGIDE HERRERO, M., *op.cit.*, 342.

²⁹⁷ Vid. STC 49/1988, FJ 29.

El legislador, por su parte, ha concretado el ámbito de la ordenación y disciplina bancaria, al definirla como el conjunto de normas *"que contengan preceptos específicamente referidos a las entidades de crédito"*²⁹⁸. Consecuentemente, quedan excluidas de tal categoría aquellas normas que, resultando de aplicación a las entidades de crédito, también lo sean a otros sectores de actividad distintos, como por ejemplo la normativa de prevención de blanqueo de capitales²⁹⁹.

La disciplina bancaria se ha caracterizado históricamente por la complejidad de su sistema de fuentes formales³⁰⁰ - *"fragmentario, heterogéneo e innecesariamente profuso"*³⁰¹ -; y la falta de seguridad jurídica, derivada de la dificultad para determinar con exactitud las normas vigentes en cada momento, condición que se ve agravada, además, por la falta de rango de las disposiciones³⁰².

²⁹⁸ El Art. 2.1 LOSSEC establece que *"El régimen jurídico de las entidades de crédito será el establecido por las normas de ordenación y disciplina. Tienen esta consideración las siguientes normas: a) Esta Ley y las disposiciones que la desarrollen. b) El Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012; c) El resto de las normas del ordenamiento jurídico español y del Derecho de la Unión Europea que contengan preceptos específicamente referidos a las entidades de crédito"* y que *"La normativa reguladora de las sociedades mercantiles será de aplicación a las entidades de crédito en cuanto no se oponga a las citadas en el apartado anterior y, en particular, a la normativa especial por la que se rigen las cajas de ahorros y las cooperativas de crédito"*.

²⁹⁹ Vid. VEGA SERRANO, J.M. *op. cit.* 16.

³⁰⁰ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *«Reflexiones sobre la Ley de Disciplina e Intervención Bancaria»*, *Revista de Administración pública*, núm. 118, 1989, 7 y ss.

³⁰¹ Vid. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *op. cit.*, 258.

³⁰² En el nivel nacional, la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del BdE reconoce expresamente la potestad reglamentaria para el desarrollo de sus disposiciones por parte del Gobierno, y del BdE y la CNMV para la concreción de las normas sobre requisitos prudenciales previstas en el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012. Esta potestad ha sido admitida por el TC: *"La desconcentración de la potestad reglamentaria es posible formalmente y, en muchas ocasiones, necesaria desde la perspectiva del contenido de la norma. Efectivamente, la habilitación al Gobierno de la Nación que contiene el art. 97 de la Constitución no puede entenderse con un criterio estricto, al pie de la letra, sin limitar la advocación"*

Tal característica no ha hecho sino amplificarse durante los últimos años. La actual reforma regulatoria se ha traducido en una relevante transferencia de poderes normativos al nivel europeo, si bien todavía siguen vigentes normas nacionales, lo que ha añadido complejidad al sistema de fuentes, tanto formales como materiales, de la ordenación bancaria.

A nivel europeo, la nueva regulación bancaria se ha establecido mediante dos normas, desde el punto de vista organizativo:

(i) el Reglamento (UE) 1024/2013 del Consejo de 15 de octubre de 2013 que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y el Reglamento (UE) 1022/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 que modifica el Reglamento (UE) 1093/2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión, en lo que se refiere a la atribución de funciones específicas al Banco Central Europeo en virtud del Reglamento (UE) 1024/2013, por lo que se refiere al Mecanismo Único de Supervisión; y

(ii) el Reglamento (UE) 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014 por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) no 1093/2010, relativo al MUR.

Asimismo, por lo que se refiere al Derecho sustantivo, durante los últimos años se han producido importantes avances en el desarrollo del Código Bancario Único.

En relación con la regulación prudencial, el 1 de enero de 2014 entró en vigor el conocido como “paquete DRC/RRC IV”, que venía a derogar las Directivas 2006/48 y 2006/49, sobre requerimientos de capital. Este paquete legislativo está formado por las siguientes normas:

(i) La Directiva 2013/36/EU relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se

del titular a un órgano colegiado específico, el Consejo de Ministros, sino también a éstos que lo componen y a instituciones como el BdE, Asesor de aquél y ejecutor inmediato de su política monetaria y crediticia”.

derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE que se aprueba tomando como base legal el derecho de establecimiento³⁰³ y que resulta de aplicación a las entidades de crédito y de inversión y los conglomerados financieros. En ella se regula el régimen de armonización mínimo relativo al acceso a la actividad (autorizaciones y “pasaporte comunitario”), normas sobre gobierno corporativo (remuneraciones, *transparencia*, gestión, etc.), régimen sancionador (ámbito de aplicación, gradación, criterios, publicación), las llamadas medidas del Pilar 2 de Basilea (potestades de supervisión, requisitos adicionales de capital y liquidez) y los colchones de capital (riesgo sistémico, SIFI, Contra cíclico y de conservación de capital)³⁰⁴.

(ii) El Reglamento (EU) No 575/2013 sobre requisitos prudenciales de capital de las entidades de crédito y las empresas de inversión RRC), cuyo contenido abarca los requisitos prudenciales que deben cumplir las entidades, incluyendo las normas técnicas relativas a la definición de capital, riesgos de crédito, de liquidez, operacional y de mercado, y las normas relativas al apalancamiento y el tratamiento de los grandes riesgos³⁰⁵.

(iii) Las citadas normas son desarrolladas por las Normas técnicas vinculantes emitidas por la ABE, de obligado cumplimiento y de aplicación directa en los Estados Miembros.

(iv) la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) no 1093/2010 y (UE) no 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo.

(v) Por último, en relación con los sistemas de garantía de depósitos la Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 relativa a los sistemas de garantía de depósitos (refundición), que establece una cantidad asegurada de 100.000 Euros por cliente y banco y un sistema de contribuciones armonizados.

³⁰³ Art. 53.1 TFUE

³⁰⁴ Vid. IBAÑEZ SANDOVAL, J.P. y DOMINGO ORTUÑO, B., *op. cit.*, 70 y ss.

³⁰⁵ Vid. IBAÑEZ SANDOVAL, J.P. y DOMINGO ORTUÑO, B., *ibídem.*, 71.

En el ordenamiento español se ha reformado la legislación de ordenación y disciplina bancaria a fin de adaptarla a la participación de nuestro país en los nuevos mecanismos reguladores europeos y al renovado contenido del Código Bancario Único³⁰⁶ mediante la aprobación de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito³⁰⁷ y de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión³⁰⁸.

2. La supervisión

2.1. Concepto

2.1.1. Concepto doctrinal

La ausencia de una definición legal del término supervisión obliga a inducirla a partir del análisis de su contenido en el Derecho positivo. Siguiendo este método, la supervisión puede ser definida como el “conjunto de facultades legales con cuya ejecución el poder público pretende asegurar el respeto al orden y disciplina en un sector de actividad privada de acuerdo con poderes coercitivos previamente establecidos en la ley”, que se traduce en un amplio

³⁰⁶ La Disposición final decimosegunda señala que “mediante esta Ley se incorporan parcialmente al Derecho español la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE y la Directiva 2011/89/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por la que se modifican las Directivas 98/78/CE, 2002/87/CE, 2006/48/CE y 2009/138/CE en lo relativo a la supervisión adicional de las entidades financieras que formen parte de un conglomerado financiero.”

³⁰⁷ Vid. **TAPIA HERMIDA, A.J.**, «La nueva Ley Bancaria: la LOSSEC de 2014», *La Ley mercantil*, Nº. 4-5 (julio-agosto), 2014, 112-119; **TAPIA HERMIDA, A.J.**, «Adaptación de la regulación española sobre solvencia de entidades financieras a la normativa de la Unión Europea: el Real Decreto-Ley 14/2013», *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 33, Nº 133, 2014, 354-356.

³⁰⁸ Vid. **VALERO LÓPEZ, F.J.; LÓPEZ, M.**, «Hacia un nuevo Código Bancario en España», *Cuadernos de Información económica*, Nº 238, 2014 (Ejemplar dedicado a: El sector financiero ante los retos de 2014), 39-46.

elencos de facultades administrativas, tales como *autorizar, recabar y obtener información, examinar y verificar documentos, exigir la realización de determinadas conductas, orientar la actividad de los operadores en el sector, corrección de determinadas conductas o imponer sanciones*, y puede equipararse a otros términos como *vigilancia o control* ³⁰⁹.

MAGIDE HERRERO destaca la faceta de la supervisión como limitación de la libertad de los operadores privados y su carácter instrumental con respecto de la consecución de objetivos superiores, al definirla 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 a lo establecido en la ordenación de dicho sector o actividad"* ³¹⁰.

Centrándose en el ámbito bancario, IZQUIERDO CARRASCO, sin separarse en lo esencial de las anteriores definiciones, incide sobre el especial interés que tiene la supervisión, cuando se proyecta sobre este concreto sector, como garantía de la solvencia de las entidades y de la confianza recíproca entre los integrantes del sistema a fin de proteger la estabilidad del conjunto. Así, define la supervisión bancaria 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 o 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"* ³¹¹.

HERNÁNDEZ MARQUÉS, por su parte, aporta un concepto de supervisión bancaria más inspirado en la práctica de la intervención pública sobre el sector y con el concepto legal que se refiere posteriormente, al destacar no solo la vertiente pasiva de la regulación – la comprobación del cumplimiento de la legalidad

³⁰⁹ Vid. **BERMEJO VERA, J.**, *Inspección y régimen sancionador del Sistema financiero en España*, en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I. (coords.), *La reforma bancaria en la UE y en España. El Modelo de Regulación surgido de la crisis*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, 177-257.

³¹⁰ Vid. **MAGIDE HERRERO, M.**, "Límites constitucionales...", 324.

³¹¹ Vid. **IZQUIERDO CARRASCO, M.**, *op. cit.*; **TESORO DEL REINO UNIDO**, *Reforming financial Markets*, 2009, 54.

por parte de los operadores – sino también la vertiente activa de la supervisión bancaria, esto es, la capacidad de los reguladores de orientar o dirigir, más o menos directamente, la conducta de los particulares que participan en el sector. Así, define como "*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*"³¹².

La configuración por el legislador de la supervisión bancaria y de las concretas potestades en que se traduce y la aplicación práctica de las mismas llevan a que su ejercicio resulte en una dirección de las actividades de las entidades por parte del supervisor, en el sentido de que las actuaciones en que se traduce, trascienden al mero control del cumplimiento de unos requisitos legales para consistir, en la práctica, en la posibilidad de que los poderes públicos determinen en ciertos casos, en sentido positivo, las decisiones de los operadores adquiriendo unos caracteres que diluyen la diferenciación entre la potestad normativa y la supervisión³¹³.

Asimismo, la supervisión está estrechamente vinculada a la resolución de entidades, en tanto que se atribuye a los supervisores una notable responsabilidad en faceta preventiva de la resolución – hasta el punto de que en nuestro ordenamiento el Banco de España asume, al mismo tiempo, la condición de supervisor y de autoridad de resolución preventiva – tanto en la garantía de la resolubilidad de las entidades como en la resolución propiamente dicha³¹⁴.

2.1.2. Aproximación legal

³¹² Vid. **HERNÁNDEZ MARQUÉS, H.**, *Las potestades de supervisión y dirección. Especial referencia a las del Banco de España*, en Martín-Retortillo, S. (dir.), *Estudios de Derecho Público Bancario*, Ceura, Madrid, 1987, 110.

³¹³ Vid. **IZQUIERDO CARRASCO, M.**, *op. cit.* 198.

³¹⁴ Vid. **CARRASCOSA MORALES, A.** y **DELGADO ALFARO, M.**, *Crisis bancarias: de la resolución a la resolubilidad*, en VV.AA., *Conectando con el cambio de modelo de negocio*, Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (Unacc), Madrid, 2014, 15.

Aunque indirectamente, la Ley describe con detalle el contenido de la potestad de supervisión bancaria, vinculándola con el objetivo de “*garantizar el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina*”³¹⁵ y definiendo las facultades en las que consiste, eso sí, a título no exhaustivo³¹⁶:

(i) *recabar de las entidades y personas sujetas a su función supervisora, y a terceros a los que dichas entidades hayan subcontratado actividades o funciones operativas, la información necesaria para comprobar el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina;*

(ii) *con el fin de que el Banco de España pueda obtener dichas informaciones, o confirmar su veracidad, las entidades y personas mencionadas 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;*

(iii) *requerir y comunicar a las entidades sujetas a su función supervisora, por medios electrónicos, las informaciones y medidas recogidas en la normativa de ordenación y disciplina. 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;*

(iv) *llevar a cabo todas las investigaciones necesarias (...) a fin de recabar información relacionada con el objeto de una investigación); y*

(v) *realizar cuantas inspecciones sean necesarias en los establecimientos profesionales de las personas jurídicas [sujetas a supervisión], y en cualquier otra entidad incluida en la supervisión consolidada.*

(vi) *El legislador ha delimitado, asimismo, el ámbito material de la supervisión, al señalar los campos de la actividad de las entidades bancarias sobre las que se proyecta el control público y que son las siguientes³¹⁷:*

(vii) *supervisión de los mecanismos de cumplimiento normativo (sistemas, estrategias, procedimientos o mecanismos de cualquier tipo, aplicados por las*

³¹⁵ Art. 50.1 LOSSEC

³¹⁶ Art. 50 LOSSEC

³¹⁷ Arts. 50 a 54 LOSSEC

entidades de crédito para dar cumplimiento a la normativa de ordenación y disciplina);

(viii) supervisión de riesgos a los cuales están o pueden estar expuestas las entidades y determinar si los mecanismos de cumplimiento normativo, los recursos propios y la liquidez mantenidos por las entidades de crédito garantizan una gestión y cobertura sólida de sus riesgos;

(ix) supervisión de sistemas de gobierno corporativo y políticas remunerativas (cumplimiento por parte de las entidades de crédito de las normas sobre idoneidad, remuneraciones y responsabilidad en la gestión de riesgos, así como de las demás normas sobre gobierno corporativo y sus disposiciones de desarrollo); y

(x) elaboración de guías en materia supervisora.

A continuación se estudian las potestades de supervisión bancaria.

2.2. Las concretas manifestaciones de la potestad de supervisión

2.2.1. La autorización y otras potestades conexas

El régimen de acceso a la actividad es una manifestación propia del poder de supervisión, al consistir en un conjunto de procedimientos de control público de la actividad de las entidades de crédito orientado a controlar el cumplimiento de la normativa por parte de la entidad y de su núcleo fundacional. Incluso, con carácter previo al ejercicio de su actividad. Se estudia, junto a otros procedimientos relacionados con el acceso a la actividad, de manera específica en el capítulo IV del presente trabajo.

2.2.2. Las solicitudes de información y su análisis

La concepción más elemental de la supervisión consiste en el control y análisis por parte del supervisor de la información de relevancia regulatoria relativa a

la entidad de la que disponga, ya sea porque la misma sea pública o porque se haya previsto que sea suministrada por la normativa³¹⁸.

El RMUS recoge, bajo la denominación “*Investigaciones generales*”, la potestad del BCE de “*realizar todas las investigaciones necesarias*”, entre las que señala, con valor indicativo “*exigir la presentación de documentos; examinar los libros y registros (...), y obtener copias o extractos de dichos libros y registros; obtener explicaciones escritas o verbales (...), con el objeto de una investigación; y entrevistar a cualquier otra persona que acepte ser entrevistada a fin de recabar información*”³¹⁹.

Asimismo, dispone la obligación de los sujetos supervisados de “*proporcionar cuanta información sea necesaria para desempeñar las funciones que le atribuye el presente Reglamento, incluida la información que se deba transmitir a intervalos regulares y en determinados formatos con fines de supervisión y fines estadísticos conexos*”³²⁰.

En desarrollo de esta disposición, el Reglamento (UE) 2015/534 del Banco Central Europeo, de 17 de marzo de 2015, sobre la presentación de información financiera con fines de supervisión, establece normas detalladas sobre las obligaciones de provisión de información de relevancia regulatoria a los supervisores, tanto al BCE como a las autoridades nacionales, por parte de las entidades sujetas a supervisión.

Por lo que respecta al ordenamiento español, la LOSSEC atribuye amplios poderes al Banco de España en relación con las solicitudes de información necesaria para el ejercicio de la función supervisora, reconociéndole una potestad general para “*desarrollar las actuaciones y ejercer las facultades previstas en esta Ley y cualesquiera otras que le atribuya el ordenamiento jurídico*”³²¹.

De manera análoga, la normativa atribuye esta potestad a las autoridades de resolución, con el fin de asegurar que disponen de la información necesaria para realizar sus funciones.

³¹⁸ Vid. BANCO DE ESPAÑA, “Modelo de Supervisión...”, 6.

³¹⁹ Art. 11 RMUS

³²⁰ Art. 7 RMUS

³²¹ Art. 50.1 LOSSEC

Así, el RMUR señala que la JUR “*deberá estar en condiciones de obtener, incluso de forma permanente o continuada, cualquier información necesaria para el ejercicio de sus funciones en virtud del presente Reglamento, especialmente sobre el capital, la liquidez, los activos y los pasivos de cualquier entidad sujeta a sus competencias de resolución*”³²² y la faculta, a tal efecto, para exigir dicha información a los sujetos supervisados, su personal dependiente e, incluso a terceros. La LRR, por su parte, atribuye a los supervisores la potestad de recabar, incluso mediante inspecciones *in situ*, y facilitar a las autoridades de resolución competentes, toda la información necesaria para actualizar el plan de resolución y preparar la posible resolución de la entidad³²³.

Esta concreta manifestación de la supervisión, en definitiva, se traduce en la habilitación para disponer de la información necesaria para que, mediante su debido análisis, los organismos competentes dispongan de los elementos de juicio para el ejercicio del resto de potestades regulatorias que le hayan sido atribuidas y, en última instancia, para la consecución de los objetivos regulatorios.

2.2.3. *La inspección*

Estrechamente vinculada a la supervisión, se encuentra la potestad de inspección, es decir, la facultad de los supervisores de realizar visitas a las entidades a fin de conocer de primera mano su operativa, sus procedimientos de negocio y de cumplimiento de la normativa, los sistemas de adopción de decisiones, su política de negocio y cualesquiera otros aspectos de relevancia regulatoria³²⁴.

El TC ha calificado “*la inspección como una manifestación de potestad pública*”, que se enmarca dentro de la categoría más amplia de “*potestades de obtener información*” y que constituyen los instrumentos básicos de los que disponen los poderes públicos para controlar la adecuación con el ordenamiento jurídico de la actividad de un sector económico, en definitiva, para poder llevar a cabo sus funciones de supervisión³²⁵.

³²² Art. 34.4 RMUR

³²³ Art. 9.2. i) LRR

³²⁴ Vid. BANCO DE ESPAÑA, “Modelo de Supervisión...”, 5.

³²⁵ Vid. STC 96/1996, de 30 de mayo

El RMUS faculta al BCE a “realizar cuantas inspecciones in situ sean necesarias en los locales de uso profesional de las personas jurídicas contempladas y en cualquier otra empresa incluida en la supervisión consolidada cuando el BCE sea el supervisor en base consolidada”, para lo cual “los agentes del BCE y demás personas acreditadas –y en su caso agentes de las autoridades nacionales- por él para realizar inspecciones in situ podrán acceder a cualesquiera locales y terrenos de uso profesional de las personas jurídicas objeto de una decisión de investigación adoptada por el BCE”³²⁶. En la misma línea, la LOSSEC atribuye al supervisor la facultad de “realizar cuantas inspecciones sean necesarias en los establecimientos profesionales de las personas jurídicas, y en cualquier otra entidad incluida en la supervisión consolidada”³²⁷.

2.2.4. Las medidas prudenciales

Uno de los elementos que han diferenciado, históricamente, la supervisión bancaria frente a la intervención pública en otros sectores económicos es su carácter prudencial, esto es, la trascendencia del ámbito de la supervisión más allá de los límites del control del cumplimiento normativo presente, sino el interés por preservar la conformidad de las actividades de los sujetos supervisados desde una perspectiva dinámica, vigilando los riesgos potenciales de incumplimiento de la normativa en el futuro.

Para ello, el ordenamiento dota a los supervisores de un poderoso instrumento: la posibilidad de adoptar una suerte de medidas especialmente invasivas de la libertad de empresa de los operadores del sector que encuentra fundamento en el *principio de precaución* aplicado al ámbito bancario.

En el desempeño de las funciones de supervisión, las autoridades están habilitadas para imponer su voluntad a los órganos de administración de las entidades, pudiendo dirigirles órdenes a fin de garantizar el adecuado desempeño de sus actividades y la estabilidad financiera, tanto con fines micro como macro prudenciales y ya sea como consecuencia de un incumplimiento efectivo por parte de la entidad de las obligaciones de solvencia y liquidez, estructura organizativa y gestión, cobertura o control interno de los riesgos, o, incluso, sin que

³²⁶ Art. 12 RMUS; en sentido equivalente, art. 36 RMUR

³²⁷ Art. 50 LOSSEC

se dé tal circunstancia, cuando se prevea que dicho incumplimiento pueda tener lugar en el plazo de los doce meses siguientes³²⁸.

El BCE puede ordenar - en el marco de las competencias de supervisión - a toda entidad de crédito, sociedad financiera de cartera o sociedad financiera mixta de cartera de un Estado Miembro participante que adopte en una fase temprana las medidas necesarias - el RMUS aporta una lista no exhaustiva³²⁹ - para subsanar los problemas pertinentes en cualquiera de las siguientes circunstancias: (i) si la entidad de crédito no cumple los requisitos establecidos en la normativa; (ii) si el BCE tiene pruebas de que es probable que la entidad de crédito incumpla dentro de los doce meses siguientes los requisitos establecidos en la normativa; o (iii) si se determina, en el marco de una revisión supervisora (...), que las estructuras, estrategias, procesos y mecanismos establecidos por la entidad de crédito y los fondos propios y la liquidez que posee la entidad no garantizan una gestión y cobertura adecuadas de sus riesgos³³⁰.

³²⁸ Art. 68.1 LOSSEC

³²⁹ Art. 16.2 RMUS: (i) exigir a las entidades que mantengan fondos propios superiores a los requisitos de capital establecidos con carácter general, en relación con riesgos y elementos de riesgo no cubiertos por los actos pertinentes de la Unión; (ii) exigir que se refuercen las estructuras, procesos, mecanismos y estrategias; (iii) exigir a las entidades que presenten un plan para restablecer el cumplimiento de los requisitos de supervisión, fijando un plazo para su ejecución, y que introduzcan en el plan las mejoras necesarias en lo que atañe a su alcance y al plazo de ejecución; (iv) exigir que las entidades apliquen una política específica de dotación de provisiones o un determinado tratamiento de los activos en cuanto a requisitos de fondos propios; (v) restringir o limitar la actividad, las operaciones o la red de entidades o solicitar el abandono de actividades que planteen riesgos excesivos para la solidez de una entidad; (vi) exigir la reducción del riesgo inherente a las actividades, productos y sistemas de las entidades; (vii) exigir a las entidades que limiten la remuneración variable, establecida como porcentaje de los ingresos netos, cuando resulte incompatible con el mantenimiento de una base sólida de capital; (viii) exigir a las entidades que utilicen los beneficios netos para reforzar los fondos propios; (ix) prohibir o restringir la distribución por la entidad de dividendos a accionistas, socios o titulares de instrumentos de capital adicional de nivel 1, siempre y cuando la prohibición no constituya un supuesto de impago de la entidad; (x) imponer requisitos de información adicionales o más frecuentes, incluida la información sobre posiciones de capital y de liquidez; (xi) imponer requisitos específicos de liquidez, incluidas restricciones de los desfases de vencimiento entre activos y pasivos; (xii) exigir la comunicación de información complementaria; (xiii) destituir en cualquier momento a los miembros del órgano de gestión de las entidades de crédito que incumplan los requisitos establecidos.

³³⁰ Art. 16.1 RMUS

Asimismo, y con fines macro-prudenciales, el Reglamento Mecanismo Único de Supervisión atribuye a los supervisores la potestad para adoptar medidas relativas a los colchones de capital que hayan de mantener las entidades de crédito, además de los requisitos de fondos propios, incluidos los porcentajes de los colchones anti cíclicos, y para tomar cualquier otra medida destinada a subsanar riesgos sistémicos o macro prudenciales que esté contemplada en el Reglamento (UE) 575/2013 y en la Directiva 2013/36/UE, en lo que atañe a las entidades de crédito, en los casos expresamente previstos en los actos pertinentes del Derecho de la UE³³¹.

El BCE puede, también, si lo considera necesario, en lugar de las autoridades nacionales competentes o designadas del Estado Miembro participante, imponer requisitos más elevados que los aplicados por las autoridades nacionales competentes o designadas de los Estados Miembros participantes relativas a los colchones de capital que han de mantener las entidades de crédito, de conformidad con el Derecho de la Unión pertinente. Además de la exigencia de los requisitos de fondos propios, incluidos los porcentajes de los colchones anti cíclicos, y de la posibilidad de aplicar medidas más rigurosas para subsanar riesgos sistémicos o macro prudenciales a nivel de las entidades de crédito en los casos expresamente previstos en la legislación pertinente de la Unión, y supeditados a los procedimientos previstos en el Reglamento (UE) 575/2013 y en la Directiva 2013/36/UE, a iniciativa propia o previa proposición de las autoridades nacionales³³².

En la misma línea, la LOSSEC prevé un amplio catálogo de medidas a adoptar por parte del Banco de España³³³.

³³¹ Art. 5.1 RMUS

³³² Art. 5.2 RMUS

³³³ Art. 68 LOSSEC: *a) Exigir a las entidades de crédito que mantengan recursos propios superiores a los establecidos con carácter general; b) Exigir a las entidades de crédito y sus grupos que refuercen los procedimientos, mecanismos y estrategias establecidos a fin de cumplir lo dispuesto en los artículos 29, 30 y 41; c) Exigir a las entidades de crédito y sus grupos que presenten un plan para retornar al cumplimiento de los requisitos establecidos conforme al ordenamiento jurídico, así como que introduzcan en el plan las mejoras necesarias en cuanto a su alcance y plazo de ejecución; d) Exigir que las entidades de crédito y sus grupos apliquen una política específica de dotación de provisiones o un determinado tratamiento de los activos en términos de requerimientos de recursos propios; e) Restringir o limitar las actividades, las operaciones o la red de las entidades o solicitar el abandono de actividades que planteen riesgos excesivos para la solidez de una entidad; f) Exigir la reducción del riesgo*

3. La resolución

3.1. Concepto doctrinal

Han sido numerosas las voces que han apuntado la insuficiencia de los instrumentos que para garantizar la estabilidad financiera proveía el Derecho positivo en el periodo inmediatamente anterior a la crisis como una de sus notas características, asociándola a su dimensión sistémica³³⁴ y a la necesidad de dotar a los reguladores de instrumentos específicos, en concreto, para la gestión de las crisis de las entidades capaces de responder con agilidad y eficacia a los eventuales episodios de crisis que eviten el contagio al resto del sistema³³⁵.

inherente a las actividades, productos y sistemas de las entidades; g) Exigir a las entidades de crédito y sus grupos que limiten la remuneración variable como porcentaje de los ingresos netos, cuando resulte incompatible con el mantenimiento de una base sólida de capital; h) Exigir a las entidades de crédito y sus grupos que utilicen los beneficios netos para reforzar sus recursos propios; i) Prohibir o restringir la distribución por la entidad de dividendos o intereses a accionistas, socios o titulares de instrumentos de capital adicional de nivel I, siempre y cuando la prohibición no constituya un supuesto de incumplimiento de las obligaciones de pago de la entidad; j) Imponer obligaciones de información adicionales o más frecuentes, incluida información sobre la situación de capital y liquidez; k) Imponer la obligación de disponer de una cantidad mínima de activos líquidos que permitan hacer frente a las potenciales salidas de fondos derivadas de pasivos y compromisos, incluso en caso de eventos graves que pudieran afectar a la liquidez, y la de mantener una estructura adecuada de fuentes de financiación y de vencimientos en sus activos, pasivos y compromisos con el fin de evitar potenciales desequilibrios o tensiones de liquidez que puedan dañar o poner en riesgo la situación financiera de la entidad; l) Exigir la comunicación de información complementaria.

³³⁴ Vid. **CARRILLO DONAIRE, J.A.**, *Intervención de entidades de crédito en crisis*, en Muñoz Machado, S. (dir.), *Sistema Bancario*, Iustel, Madrid, 2013; **RODRÍGUEZ PELLITERO, J.**, “Resolución de crisis bancarias” *Sistema Bancario*, dir. Muñoz Machado, Iustel, Madrid, 2013, 829 y ss.; **ÁVILA ORIVE, J.L.**, «Reestructuración y resolución de entidades de crédito ex Ley 9/2012 y expropiación forzosa», *RCP*, nº 19, 2013, 47 y ss.; **LABROSSE, J., OLIVARES-CAMINAL, R., SINGH, D.**, «The EU bank recovery and resolution directive – Some observations on the financing arrangements», *Journal of Banking Regulation*, Vol. 15; **MARDOMINGO COZAS, J. y MÍNGUEZ, F.**, *Restructuring and liquidation of financial institutions: Spain*, en BRUNO, E.A. (ed.), *Global Financial Crisis: Navigating and understanding the Legal and Regulatory Aspects*, Globe Bussiness Published, Londres, 2009; **FONTENEYNE, W. ET AL.**, “Crisis Management and Resolution for a European Banking System”, IMF Working Papers, WP/10/70, 2010; **ATTINGER, B.J.**, *Crisis Management and Bank Resolution, Quo Vadis, Europe?*, Legal Working Paper Series, BCE, nº 13, 2011.

³³⁵ Vid. **JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.** “Regulación bancaria...”, 77.

Ello ha resultado el desarrollo de una nueva rama de la regulación bancaria: la resolución.

ALONSO LEDESMA aporta una definición general de resolución, comprensiva del conjunto de actuaciones que las autoridades públicas pueden adoptar en relación con una entidad de crédito que se encuentre en crisis, al conceptuarla como las “*técnicas que pueden ser aplicadas para la reorganización, enajenación o liquidación de bancos en el contexto de un procedimiento formal de insolvencia bancaria, independientemente de sus precisas bases legales (sea la normativa de solvencia o una normativa especial de carácter administrativo) y de quién esté a cargo de la misma (bien los tribunales de justicia, o bien las autoridades regulatorias bancarias u otras autoridades designadas al efecto)*”³³⁶.

La resolución participa del objetivo comprensivo de salvaguarda de la estabilidad del sistema financiero y de sus concretas manifestaciones. Teniendo en cuenta el aspecto de la vida de las entidades de crédito sobre el que la resolución se proyecta, el objetivo concreto de la resolución es minimizar el coste de las crisis de las entidades y evitar toda destrucción de riqueza, ordenando el ejercicio de los derechos de los distintos actores interesados de acuerdo con las necesidades del interés general³³⁷.

La lógica que subyace a la previsión de unos procedimientos de resolución ordenada de los bancos es que, dada la relevancia de los efectos de las crisis bancarias para el interés público y la facilidad con que se externalizan sus efectos negativos: no basta con someter a las entidades a una estricta supervisión ni con prever un régimen sancionador – por severas que sean las consecuencias del incumplimiento de la normativa – como elemento de cierre del sistema, sino que además, el legislador añade un elemento adicional de seguridad, como es la posibilidad de tomar de control – directa o indirecta, más o menos invasiva – y unas reglas específicas de recapitalización y liquidación, en su caso, de las empresas afectadas.

³³⁶ Vid. ALONSO LEDESMA, C., *La resolución de entidades de crédito*, en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I. (coords.), *La reforma bancaria en la UE y España. El modelo de regulación surgido de la crisis*, Ed. Civitas, Zizur Menor, 2014.

³³⁷ Vid. CARRILLO DONAIRE, J.A., «Nuevo paradigma jurídico de la intervención pública sobre la banca», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 137, Enero-Marzo 2015.

Los procedimientos de resolución están orientados, pues, a permitir “sacar una entidad del sistema cuando ésta incumpla los mínimos que determine la autorización concreta de funcionalidad operativa o vínculo permanente” y se traducen en la atribución a la Administración de unas “potestades exorbitantes, materialmente mercantiles, pero a las que se da forma y eficacia de acto administrativo para eximir las de la aplicación del régimen común de este tipo de operaciones”, pudiendo ser ejercitadas “de forma unilateral e inmediatamente ejecutiva, incluso contra la voluntad de la contraparte y de cualesquiera otros interesados”³³⁸.

La necesidad de gestionar por parte del regulador las crisis de entidades que, por sus características, requieren ser *resueltas* conforme a un régimen específico diseñado expresamente para minimizar el riesgo de inestabilidad financiera adquiere una especial relevancia. En este sentido, el hecho de que una entidad sea “demasiado grande para caer” no significa que sea “demasiado grande para liquidar”³³⁹, pero razonablemente tal eventualidad requerirá de un tratamiento específico³⁴⁰.

Como ha puesto de manifiesto JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, una vez asumida la existencia de entidades de relevancia sistémica y, en consecuencia, la necesidad de proceder a la reestructuración o liquidación ordenadas

³³⁸ Vid. ALEPUZ SÁNCHEZ, J.A., *La suficiencia del modelo regulatorio bancario para el tratamiento de las crisis bancarias*, en VV.AA., XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 2010, 51-89; VAQUER CABALLERÍA, M., *op. cit.*, 31.

³³⁹ Vid. ALLEN, F.; CARLETTI, E., *The Global Financial Crisis*, Documentos de Trabajo (Banco Central de Chile), nº 575, Santiago, 2010.

³⁴⁰ Tradicionalmente, las funciones de gestión de las crisis de entidades de crédito podían considerarse subsumidas en el mandato genérico de promoción del buen funcionamiento y estabilidad del sistema encomendado al supervisor bancario, al que se le dotaba con facultades de intervención de entidades y de sustitución de los administradores, si bien, éstas tareas tenían una naturaleza diferenciada de las de supervisión. Vid. MAGIDE HERRERO, M., *Límites constitucionales de...*, 412. Estas herramientas estaban esencialmente basadas en soluciones individualizadas, caso por caso, y sometidas a una amplia discrecionalidad de los reguladores, extraordinaria, provisional y, en principio, ajena a la aplicación de recursos públicos; FERNÁNDEZ DE LIS, S.; MANZANO, D.; ONTIVEROS, E. Y VALERO, F.J., *op. cit.*; Como señala ALONSO LEDESMA, C., “La resolución de...”, con carácter previo a junio de 2009, el ordenamiento español no preveía una regulación específica de estos supuestos, resultado de aplicación en tales casos las normas sobre garantía de depósitos y las potestades de intervención de entidades y sustitución de los administradores de las mismas.

de las mismas, *“la experiencia enseña que los mecanismos concursales ordinarios, y en última instancia la liquidación de la empresa, se aplican mal a las entidades crediticias, si es que acaso se aplican; y cuando así sucede, las consecuencias pueden ser cataclísmicas”*³⁴¹.

Por ello, el legislador configura un régimen excepcional de insolvencia que, sin embargo, no se aleja en su objetivo último del régimen concursal general: mantener el funcionamiento de la empresa y minimizar los daños, a sus acreedores y al conjunto del sistema financiero y de la economía, sometándolo a la decisión de la autoridad administrativa – por razones de eficacia y agilidad, necesarias para la consecución de los objetivos regulatorios, garantizándose, eso sí, el sometimiento de las decisiones administrativas al control judicial como requisito básico de conformidad con las exigencias derivadas del régimen de intervención de empresa privadas que se deduce del artículo 128.2 CE³⁴².

Una primera aproximación a la resolución de las entidades de crédito nos permite distinguir, con base en el momento en que se aplica la decisión sobre la entidad y la gravedad de las dificultades por las que atraviese, entre rescates preventivos o *ex ante* y rescates *ex post*, de modo que *“en los rescates preventivos, el banco central (o más frecuentemente el Tesoro) inyecta capital a una entidad en dificultades para evitar una crisis más grave”* mientras que *“en los rescates ex post, el gobierno actúa una vez que el problema se ha producido, normalmente de manera más urgente y con menos margen para buscar una solución”*³⁴³.

Sobre esta distinción se construye el esquema que ha asumido el legislador, tanto en el nivel europeo como en el español, al prever dos niveles de intervención, además de la actuación temprana, que queda configurada como una zona intermedia entre la supervisión y la resolución³⁴⁴:

(i) la recapitalización, que es el *proceso a través del cual una entidad jurídica cambia su estructura de capital (la proporción de fondos propios y de*

³⁴¹ Vid. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Regulación bancaria y crisis financiera*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2013, 77.

³⁴² Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a A., *op. cit.*, 107.

³⁴³ Vid. FERNÁNDEZ DE LIS, S.; MANZANO, D.; ONTIVEROS, E. Y VALERO, F.J., *Rescates y reestructuración bancaria*, Fundación alternativas, Documento de trabajo 152/2009, 17.

³⁴⁴ Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J., *La intervención temprana...*, 155.

*deuda) con la finalidad de mejorar su ratio deuda/fondos propios*³⁴⁵ y que se prevé para los supuestos en los que la entidad en cuestión *incumpla o existan elementos objetivos conforme a los que resulte razonablemente previsible que no pueda cumplir con la normativa de solvencia, pero se encuentre en disposición de retornar al cumplimiento por sus propios medios*³⁴⁶ y que podríamos asemejar a los procedimientos de intervención que tradicionalmente habían sido previstos en nuestro ordenamiento para la gestión de crisis de entidades³⁴⁷; y

(ii) la resolución, consistente en la reestructuración o liquidación ordenadas de la entidad y prevista los casos en los que la entidad en cuestión sea *inviabile o sea previsible que vaya a serlo en un futuro próximo, y por razones de interés público y estabilidad financiera resulte necesario evitar su liquidación concursal*³⁴⁸.

3.2. Concepto legal

El legislador ha asumido el término resolución, aplicándolo para referir la situación y las medidas a adoptar ante situaciones de insolvencia o inviabilidad de las entidades que determinan su salida ordenada del mercado, asegurando la continuidad de los servicios bancarios esenciales – críticos - y la estabilidad del sistema financiero y minimizando la utilización de recursos públicos³⁴⁹.

A tal fin se establece, de manera detallada y ex ante, el régimen de gestión de crisis bancarias, imponiendo a los sujetos implicados en la regulación, tanto a la Administración como a los sujetos regulados una actitud previsor, proactiva, que configura el objetivo de la resolución como un elemento a tener presente en la vida ordinaria de las entidades, exigiéndoles que prevean qué hacer – mediante la planificación de las medidas a adoptar-, cómo hacerlo – mediante

³⁴⁵ Vid. TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UE, *op. cit.*, 6.

³⁴⁶ Art. 2.1 f) LRR

³⁴⁷ Vid. POVEDA ANADÓN, R., “La respuesta del marco regulatorio español a la crisis”, en Ortega Fernández, R. (coord.), Mecanismos de prevención y gestión de futuras crisis bancarias, Fundación de Estudios Financieros, Madrid, 2011.

³⁴⁸ Art. 2.1. h) LRR

³⁴⁹ Vid. ALONSO LEDESMA, C., “La resolución de...”, 346.

la previsión de los instrumentos jurídicos oportunos- y con qué medios en caso de que la entidad afronte una crisis.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la previsión del régimen específico de resolución de las entidades de crédito no excluye, con carácter absoluto, la aplicación de la legislación concursal a las entidades de crédito³⁵⁰. Así, la LRR prevé la aplicación del procedimiento de resolución, con carácter preferente a los previstos en la legislación concursal, cuando por razones de interés público, resulte necesario o conveniente acometer la resolución de la entidad para alcanzar alguno de los objetivos señalados en la normativa de resolución bancaria³⁵¹.

3.3. Los procedimientos de resolución

Los mecanismos de gestión de crisis bancarias son, esencialmente, instrumentos *paraconcursales*, de naturaleza jurídico-administrativa, cuyo objetivo es facilitar una gestión ordenada de las crisis de las entidades, incluso de las no viables, al menor coste posible. Late en su configuración legal la concepción de la estabilidad del sistema financiero, en tanto que manifestación del interés público, como objetivo preponderante sobre los demás intereses en juego, entre ellos los particulares de los accionistas de las entidades³⁵².

Siguiendo un esquema, el régimen de la resolución bancaria se estructura en tres fases, determinadas por el momento en que se aplican –con respecto de la situación de dificultad en la que se encuentre la entidad objeto de las actuaciones: las medidas tempranas equivaldrían a los acuerdos de renegociación, la reestructuración a la del concurso terminado por convenio, y la resolución a la liquidación concursal³⁵³.

³⁵⁰ Vid. PIÑEL LÓPEZ, E., *op. cit.*, 10.

³⁵¹ Art. 19.1 c) LRR. Vid. PALOMAR OLMEDA, A., «El fuero jurisdiccional en las reestructuraciones bancarias», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2012, Julio, 2012.

³⁵² Vid. FERNÁNDEZ TORRES, I., *La reestructuración de las entidades de crédito*, en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I. (coords.), *La reforma bancaria en la UE y en España. El Modelo de Regulación surgido de la crisis*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

³⁵³ Vid. PIÑEL LÓPEZ, E., *op. cit.*, 9.

3.3.1. La fase preventiva de la resolución

La necesidad de adoptar un enfoque preventivo al diseñar las reglas de aplicación ante la eventual resolución de las entidades de crédito como herramienta para minimizar los potenciales efectos perjudiciales de tales situaciones, tanto para la propia entidad y su entorno económico inmediato como para el conjunto del sistema económico, justifica la introducción de unas normas detalladas sobre la preparación de las propias entidades, de las medidas de previsión a adoptar orientadas a tal fin, tanto por las propias entidades (plan de reestructuración) como las autoridades reguladoras (plan de resolución)³⁵⁴.

Los procedimientos de resolución preventiva están orientados esencialmente, a garantizar la resolubilidad de las entidades, eliminando los obstáculos para la resolución cuando sea necesario mediante un elenco de instrumentos regulatorios previstos al efecto, a fin de minimizar la dimensión de sus crisis cuando la supervisión no sea capaz de evitarlas³⁵⁵.

En este sentido, se ha señalado que la resolución se diferencia de la supervisión en que mientras que la segunda responde al paradigma de que la actividad bancaria corresponde a los banqueros, quedando el papel de la Administración reducido a una función meramente de “arbitro” del sistema, la nueva rama de la regulación supera este paradigma, de modo que el rol que se asigna a los poderes públicos es mucho más intrusivo, quedando habilitado para adoptar medidas todavía más invasivas de la libertad de empresa que las propias de la supervisión³⁵⁶.

3.3.1.1. El plan de reestructuración

Los planes de reestructuración son el primer instrumento – en orden cronológico – de prevención ante eventuales dificultades de las entidades de crédito: son elaborados por las entidades y recogen las medidas a adoptar por una entidad o grupo de entidades con vistas a restablecer su posición financiera tras un

³⁵⁴ Art. 2.1.c) LRR

³⁵⁵ Vid. CARRASCOSA MORALES, A. y DELGADO ALFARO, M., *op. cit.*, 18.

³⁵⁶ Vid. MINGUEZ, F., «Banking resolution: new rules or a change of paradigm?», *Financer Worldwide*, Agosto 2015.

deterioro importante de la misma, así como las posibles medidas a adoptar por la entidad cuando se cumplan las condiciones para la actuación temprana³⁵⁷.

El contenido de los planes de reestructuración³⁵⁸ se centra en el análisis de cómo y cuándo podría la entidad solicitar, si procede y en las condiciones contempladas por el plan, los servicios de provisión de liquidez del banco central e identificar los activos que pudieran emplearse como garantía a tal efecto, sin que puedan presuponer, en ningún caso, el acceso a ayudas financieras públicas extraordinarias³⁵⁹.

Se trata, en definitiva, de anticipar los distintos escenarios posibles y planificar las medidas a adoptar a fin de evitar que las eventuales dificultades por las que atravesase temporalmente la entidad se agraven y haya que recurrir a su resolución³⁶⁰.

Los planes de resolución han de ser autorizados por parte de las autoridades de supervisión preventiva³⁶¹ en colaboración con la autoridad de resolución, que puede examinarlo para identificar cualquier medida del plan de reestructuración que pudiera afectar negativamente a la posibilidad de resolución de la entidad, y dirigir recomendaciones al respecto a la autoridad competente³⁶². Además, a fin de garantizar su eficacia el ordenamiento prevé que los planes sean actualizados regularmente, al menos, con carácter anual, o después de un cambio en la estructura jurídica u organizativa de la entidad, sus actividades o su situación financiera que pudiera afectar significativamente a su contenido³⁶³.

³⁵⁷ Art.5 y ss. DRRB y art. 6.2 LRR

³⁵⁸ Art. 5.5. DRRB: Deben incluir la información establecida en la Directiva y la que exijan, en su caso, los Estados miembros conforme al Derecho nacional.

³⁵⁹ Art. 5.4 DRRB

³⁶⁰ Vid. COLINO MEDIAVILLA, J.L.; y FREIRE COSTAS, R.M^a, «La actuación temprana (primeras reflexiones sobre el anteproyecto de Ley, de 28 de noviembre de 2014, de Reestructuración y Resolución de entidades de Crédito y Empresas de Servicios de Inversión)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 137, Enero-Marzo 2015.

³⁶¹ Art. 6.1 DRRB

³⁶² Art. 6.4 DRRB

³⁶³ Art. 5.2 DRRB

El análisis a realizar por parte de la Administración en esta sede consiste en verificar que los planes presentados por las entidades o grupos cumplen los requisitos dispuestos en la normativa³⁶⁴, tomando en consideración la adecuación de la estructura de capital y financiación de la entidad al nivel de complejidad de la estructura organizativa y el perfil de riesgo de la entidad³⁶⁵.

3.3.1.2. El Plan de resolución

El Plan de resolución es el conjunto de acciones que la autoridad de resolución prevé adoptar en el caso de incurrir en alguna de las causas previstas por la normativa³⁶⁶, incluyendo una previsión de los instrumentos de resolución a emplear en caso de que se incoe la resolución de la entidad y la identificación de los activos que pudieran calificarse como garantías.

Los planes de resolución son elaborados por las respectivas autoridades de resolución, conforme a la distribución de competencias fijada en el RMUR para la resolución de las entidades: por tanto entre la JUR para las entidades significativas, y las autoridades nacionales para las no significativas³⁶⁷. Conforme a la LRR, la competencia para elaborar los planes de resolución que corresponde al nivel nacional se atribuye al Banco de España, contando con el informe de la autoridad de resolución ejecutiva y con la cooperación de la entidad interesada³⁶⁸.

El elemento clave del plan de resolución es la decisión sobre la resolubilidad de la entidad, es decir, el juicio sobre si, en el caso de que cumpliese las condiciones para la resolución, podría procederse a su liquidación en el marco de un procedimiento concursal o a su resolución haciendo uso de los diferentes instrumentos y competencias de resolución contemplados en el ordenamiento jurídico sin consecuencias adversas significativas para el sistema financiero

³⁶⁴ Art. 6.2 DRRB

³⁶⁵ Art. 6.3 DRRB

³⁶⁶ Art. 8 RMUR; Art. 13 LRR

³⁶⁷ Arts. 8.1 y 9.1 RMUR

³⁶⁸ Art. 13.3 LRR

nacional, de otros Estados Miembros de la Unión Europea o de la Unión Europea en su conjunto y garantizando la continuidad de las funciones esenciales desarrolladas por la entidad³⁶⁹.

Las autoridades de resolución preventiva - las autoridades nacionales competentes - o el BCE deben poner a disposición de la JUR los planes de reestructuración de las entidades a fin de que pueda analizar su contenido, pudiendo dirigir recomendaciones para subsanarlas al BCE y a las autoridades nacionales en caso de considerar que alguna de ellas pueda poner en peligro la resolubilidad de la entidad³⁷⁰.

Los planes de resolución deben realizarse bajo la premisa de que la eventual resolución se pueda llevar a término sin necesidad de aplicar ayudas financieras extraordinarias diferentes de la aplicación del FUR, ya sea en forma de provisión urgente de liquidez del banco central o de provisión de liquidez del banco central atendiendo a criterios no convencionales en cuanto a garantía, vencimiento o tipos de interés³⁷¹.

Cuando la JUR considere que existen obstáculos importantes que impiden la resolución de ese ente o grupo, elaborará, en cooperación con las autoridades competentes, un informe dirigido a la entidad o la empresa matriz en el que se analicen los obstáculos importantes que dificultan la aplicación efectiva de los instrumentos de resolución y el ejercicio de las competencias de resolución. Este informe examinará el impacto en el modelo empresarial de la entidad y recomendará todas las medidas específicas y proporcionadas que sean, a juicio de la Junta, necesarias o apropiadas para eliminar dichos obstáculos. Asimismo, el Reglamento establece que la JUR informará oportunamente a la ABE cuando considere que no puede llevarse a cabo la resolución de una entidad³⁷².

³⁶⁹ Art. 10.4 RMUR

³⁷⁰ Art. 10.2 RMUR

³⁷¹ En sentido análogo al RMUR, el art. 13.2 RMUR establece que el plan de resolución nunca presupondrá: a) La existencia de apoyo financiero público extraordinario al margen de los mecanismos de financiación establecidos con arreglo al artículo 53; b) La existencia de apoyo público en forma de provisión urgente de liquidez del banco central; y c) La existencia de apoyo público en forma de provisión de liquidez del banco central atendiendo a criterios no convencionales en cuanto a garantías, vencimiento y tipos de interés.

³⁷² Art. 10.7 RMUR

Si las medidas propuestas por el ente o la empresa matriz no reducen o eliminan efectivamente los obstáculos a la resolución, la JUR, tras consultar con las autoridades competentes y, en su caso, con la autoridad de supervisión macroprudencial, adoptará una decisión en la que constate este hecho y dé instrucciones a las autoridades nacionales de resolución para que exijan al ente, la empresa matriz o cualquier filial del grupo afectado que adopte cualquiera de las medidas necesarias para subsanar tal defecto³⁷³.

3.3.2. *La actuación temprana*

3.3.2.1. **Concepto**

La actuación temprana es “*el procedimiento aplicable a una entidad cuando (...) incumpla o existan elementos objetivos conforme a los que resulte razonablemente previsible que no pueda cumplir con la normativa de solvencia, pero se encuentre en disposición de retornar al cumplimiento por sus propios*

³⁷³ Arts. 10.10 y 10.11 RMUR: a) exigir al ente que revise los mecanismos de financiación dentro del grupo o su ausencia o que elabore acuerdos de servicios (ya sea entre los entes del grupo o con terceros) para garantizar las funciones esenciales; b) exigir al ente que limite sus riesgos individuales y globales máximos; c) imponer la obligación de facilitar información específica o regular adicional pertinente a efectos de la resolución; d) exigir al ente que se deshaga de determinados activos; e) exigir al ente que limite o que cese determinadas actividades existentes o propuestas; f) restringir o evitar el desarrollo de ramas de actividad nuevas o ya existentes o la venta de productos nuevos o existentes; g) exigir cambios en las estructuras jurídicas u operativas del ente o de cualquier ente del grupo que esté directa o indirectamente bajo el control de las autoridades nacionales de resolución, con el fin de reducir su complejidad y de garantizar que las funciones esenciales puedan separarse jurídica y operativamente de otras funciones mediante la aplicación de los instrumentos de resolución; h) exigir a un ente la constitución de una sociedad financiera de cartera matriz en un Estado miembro o una sociedad financiera de cartera matriz en la Unión; i) exigir a un ente la emisión de pasivos elegibles para dar cumplimiento a los requisitos del artículo 12; j) exigir a un ente que tome otras medidas para cumplir los requisitos mencionados en el artículo 12, entre ellas, en particular, que intente renegociar cualquier pasivo elegible, instrumento de capital adicional de nivel 1 o instrumento de nivel 2 que haya emitido, con el fin de garantizar que las decisiones de amortización o conversión de ese pasivo o instrumento que pudiera tomar la Junta se apliquen con arreglo a la legislación por la que se rija el pasivo o instrumento en cuestión.

medios”³⁷⁴. Se trata de un conjunto de actuaciones que el ordenamiento configura como una *zona intermedia* entre la supervisión y la resolución, al atribuir el protagonismo de las actuaciones para su ejercicio a las autoridades de supervisión, lo cual, en nuestro ordenamiento nacional, ha llevado a la diferenciación de las funciones de resolución preventiva – atribuidas al Banco de España – y de resolución ejecutiva – atribuidas al FROB. En el nivel europeo, el RMUR atribuye al BCE esta responsabilidad³⁷⁵.

3.3.2.2. Presupuesto para su aplicación

Como señala ALONSO LEDESMA, uno de los aspectos más difíciles de abordar - y a la par más relevantes – es el de la determinación de los presupuestos objetivos para adoptar las medidas de reestructuración y resolución. Se trata de un aspecto en el que la discrecionalidad técnica del regulador juega un papel clave, (i) por el amplio margen de decisión del que necesariamente dispone, (ii) por los extensos poderes que el ordenamiento pone a su disposición, y (iii) por la relevantes consecuencias que para el interés privado y público tiene la adopción aplicación de estos procedimientos³⁷⁶.

De acuerdo con la LRR, los procedimientos de actuación temprana se inician y se tramitan por la entidad de resolución preventiva “*cuando una entidad, o un grupo o subgrupo consolidable de entidades, incumpla o existan elementos objetivos conforme a los que resulte razonablemente previsible que no pueda cumplir con la normativa de solvencia, pero se encuentre en disposición de retornar al cumplimiento por sus propios medios*”, tomando en consideración, entre otras cuestiones, “*la existencia de un rápido deterioro de la situación financiera o de liquidez de la entidad o un incremento rápido de su nivel de apalancamiento, mora o concentración de exposiciones*”, mientras que finaliza cuando cesen las circunstancias que determinen su iniciación³⁷⁷.

³⁷⁴ Art. 2.1. a) LRR

³⁷⁵ Art. 13.1 RMUR en conexión con arts. 16 RMUS; 27.1, 28 y 29 de la DRRB y 104 de la DRC.

³⁷⁶ Vid. ALONSO LEDESMA, C., “La resolución de...”, 353.

³⁷⁷ Art. 8 LRR

3.3.2.3. Efectos

La adopción de medidas de actuación temprana tiene los siguientes efectos:

- (i) desde el momento en que sean notificadas, la Junta puede preparar la resolución de la entidad o del grupo³⁷⁸;
- (ii) la Junta estará facultada para exigir a la entidad, o a la empresa matriz, que tome contacto con posibles compradores con el fin de preparar la resolución de la entidad³⁷⁹;
- (iii) la Junta también estará facultada para exigir a la autoridad nacional de resolución competente que elabore un dispositivo de resolución preliminar para la entidad o grupo de que se trate;³⁸⁰
- (iv) el BCE o la autoridad nacional competente cooperarán estrechamente con la Junta en la supervisión de la correcta adopción de las medidas decididas, especialmente compartiendo información en aras a garantizar la coherencia de las medidas decididas por cada una de ellas³⁸¹; y
- (v) desde la apertura de los procesos de actuación temprana y resolución, los jueces no podrán admitir las solicitudes de concurso de una entidad. Tales actuaciones serán nulas de pleno derecho³⁸².

La LRR, por su parte, faculta al supervisor a adoptar un amplio conjunto de medidas en caso de que detecte que una entidad se encuentra en alguno de los supuestos de actuación temprana debiendo fijar el plazo para su ejecución por

³⁷⁸ Art. 13.3 RMUR

³⁷⁹ Art. 13.3 RMUR

³⁸⁰ Art. 13.3 RMUR

³⁸¹ Art. 13.5 RMUR

³⁸² Disposición adicional quinta LRR

la entidad, así como para la evaluación de la eficacia de la medida adoptada³⁸³, pudiendo llegar a imponerse la intervención de la entidad³⁸⁴.

3.3.3. La fase ejecutiva de la resolución

3.3.3.1. Concepto

La fase ejecutiva de la resolución es el conjunto de procedimientos y medidas orientadas a gestionar la crisis de una entidad³⁸⁵ y que vienen vinculados por

³⁸³ Art. 9 LRR: a) *Requerir al órgano de administración de la entidad que aplique una o varias de las medidas establecidas en su plan de reestructuración, en un plazo determinado, o que actualice dicho plan y aplique una o varias medidas del plan actualizado, cuando las circunstancias que hayan desencadenado la actuación temprana difieran de los supuestos previstos en el mismo;* b) *Requerir al órgano de administración de la entidad para que examine su situación, determine las medidas necesarias para superar los problemas detectados y elabore un plan de actuación para resolver dichos problemas, con un calendario específico de ejecución;* c) *Requerir al órgano de administración de la entidad para que convoque o, si el órgano de administración no cumpliera con este requisito, convocar directamente, la junta o asamblea general de la entidad, y en ambos casos fijar el orden del día y proponer la adopción de determinados acuerdos;* d) *Requerir el cese o la sustitución de uno o varios miembros del órgano de administración, directores generales o asimilados, si se determina que dicha personas no son aptas para cumplir sus obligaciones de conformidad con los requisitos de idoneidad exigibles;* e) *Designar un delegado del supervisor competente en la entidad, con derecho de asistencia, con voz pero sin voto, a las reuniones del órgano de administración y de sus comisiones delegadas y con las mismas facultades de acceso a la información que las legal y estatutariamente previstas para sus miembros;* f) *Requerir al órgano de administración de la entidad que elabore un plan para la negociación de la reestructuración de la deuda con una parte o con la totalidad de sus acreedores, de acuerdo, cuando proceda, con el plan de reestructuración;* g) *Requerir cambios en la estrategia empresarial de la entidad o del grupo o subgrupo consolidable;* h) *Requerir cambios en las estructuras jurídicas u operativas de la entidad o del grupo o subgrupo consolidable;* i) *Recabar, incluso mediante inspecciones in situ, y facilitar a las autoridades de resolución competentes, toda la información necesaria para actualizar el plan de resolución y preparar la posible resolución de la entidad o del grupo o subgrupo consolidable y la realización de una evaluación de sus activos y pasivos, de conformidad con el artículo 5;* o j) *En caso de que las medidas anteriores no fueran suficientes, acordar el nombramiento de uno o varios interventores o la sustitución provisional del órgano de administración de la entidad o de uno o varios de sus miembros.*

³⁸⁴ Art. 10 LRR

³⁸⁵ Art. 2.1.d) LRR

los siguientes objetivos: (i) garantizar la continuidad de las funciones esenciales; (ii) evitar repercusiones negativas importantes sobre la estabilidad financiera, especialmente previniendo el contagio, incluidas las infraestructuras de mercado, y manteniendo la disciplina de mercado; (iii) proteger los fondos públicos minimizando la dependencia respecto de ayudas financieras públicas extraordinarias; (iv) proteger a los depositantes cubiertos por la Directiva 2014/49/UE y a los inversores cubiertos por la Directiva 97/9/CE; (v) proteger los fondos y los activos de los clientes; y (vi) minimizar el coste de la resolución y de evitar toda destrucción de riqueza que no sea necesaria para alcanzar los objetivos de la resolución³⁸⁶.

Dichos procedimientos quedan englobados en el dispositivo de resolución, que es adoptado por las autoridades de resolución. Conforme al RMUR la adopción del dispositivo tiene los siguientes efectos: (i) somete al ente a un procedimiento de resolución; (ii) determina la aplicación a la entidad objeto de resolución de los instrumentos de resolución, en particular las excepciones de la aplicación del instrumento de recapitalización interna; y (iii) determina la utilización del Fondo para apoyar la medida de resolución y de conformidad con una decisión de la Comisión³⁸⁷.

La LRR establece una distinción entre la reestructuración, que es el procedimiento aplicable a las entidades que requieran apoyo financiero público para garantizar su viabilidad y resulte previsible que dicho apoyo será reembolsado o recuperado cuando no pudiera llevarse a cabo su resolución sin efectos gravemente perjudiciales para la estabilidad del sistema financiero, disponiendo que se pueda adoptar un “catálogo restringido” de medidas de resolución – los instrumentos de apoyo financiero y de transmisión de activos o pasivos a una sociedad de gestión de activos³⁸⁸ - y la resolución, en sentido estricto, que se prevé para las entidades que sean inviables o sea previsible que vayan a serlo en un futuro próximo, y por razones de interés público y estabilidad financiera resulte necesario evitar su liquidación concursal³⁸⁹.

³⁸⁶ Art. 14.2 RMUR; Art. 3 LRR, en sentido análogo.

³⁸⁷ Art. 18.6 RMUR

³⁸⁸ Art. 15 LRR

³⁸⁹ Art. 2 LRR

3.3.3.2. Presupuestos para la adopción del procedimiento de resolución

A fin de mejorar la seguridad jurídica de las entidades, el legislador ha previsto, con carácter previo, los supuestos en los que procede incoar el procedimiento de resolución:³⁹⁰: (i) que el ente esté en graves dificultades o probablemente vaya a estarlo; (ii) teniendo en cuenta el calendario y otras circunstancias pertinentes, que no existan perspectivas razonables de que otras medidas alternativas del sector privado o de supervisión emprendidas en relación con el ente, incluidas las medidas de actuación temprana o la amortización o conversión de los instrumentos de capital, puedan impedir su inviabilidad en un plazo de tiempo razonable; y (iii) que la medida de resolución sea necesaria para el interés público.

Corresponde al BCE, previa consulta a la Junta, evaluar si se cumple la condición de que el ente esté en graves dificultades o probablemente vaya a estarlo, debiendo comunicarlo sin demora a la Comisión y a la Junta³⁹¹. La Junta, en sesión ejecutiva, podrá realizar esa evaluación únicamente después de informar al BCE su intención y solo si el BCE no la ha realizado en un plazo de tres días naturales a partir de la recepción de dicha información, para lo cual el BCE facilitará sin demora a la Junta toda la información pertinente que esta solicite con objeto de llevar a cabo su evaluación³⁹². En este caso la JUR debe comunicar al BCE con carácter inmediato su evaluación³⁹³.

El Reglamento MUR señala cuándo debe considerarse que concurre tal circunstancia³⁹⁴:

(i) que el ente haya incumplido o existan elementos objetivos que indiquen que incumplirá, en un futuro cercano, los requisitos necesarios para conservar su autorización, de forma tal que resulte justificada su retirada por parte del

³⁹⁰ Art. 18.1 RMUR, en sentido equivalente art. 19 LRR

³⁹¹ En sentido equivalente, el artículo 21 LRR atribuye tal competencia al supervisor, ya sea el BCE o el Banco de España, en función del reparto de competencias de supervisión y la responsabilidad de comunicar sin demora al FROB y a la autoridad de resolución preventiva competente si la entidad es inviable o es razonablemente previsible que vaya a serlo en un futuro próximo, en su caso.

³⁹² Art. 18.1 RMUR

³⁹³ Art. 18.2 RMUR

³⁹⁴ Art. 18.4 RMUR, en sentido equivalente art. 20 LRR

BCE, incluso, pero sin limitarse a ello, por haber incurrido el ente, o ser probable que incurra, en pérdidas que agoten o mermen significativamente sus fondos propios;

(ii) que el activo del ente sea inferior a su pasivo, o existan elementos objetivos que indiquen que lo será en un futuro cercano;

(iii) que el ente no pueda hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento, o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá en un futuro cercano; o

(iv) que se necesite ayuda financiera pública extraordinaria, excepto cuando, a fin de solventar perturbaciones graves de la economía de un Estado Miembro y preservar la estabilidad financiera, esa ayuda financiera pública extraordinaria adopte, con carácter cautelar y en proporción a lo estrictamente necesario para evitar una perturbación grave, condicionado a la autorización final conforme al régimen de control de ayudas de Estado y en relación exclusivamente a entes solventes de (i) una garantía estatal para respaldar instrumentos de liquidez concedidos por los bancos centrales de conformidad con las condiciones de los mismos; (ii) una garantía estatal de los pasivos de nueva emisión; o (iii) una inyección de fondos propios o adquisición de instrumentos de capital – de cuantía limitada a las inyecciones de capital necesarias para hacer frente al déficit de capital establecido en las pruebas de resistencia a escala nacional, de la Unión o del MUS, en las evaluaciones de la calidad de los activos o en actividades similares llevadas a cabo por el BCE, la ABE o las autoridades nacionales, si procede, confirmadas por la autoridad competente - a unos precios y en unas condiciones tales que no otorguen ventaja al ente, cuando no concurran, en el momento de la concesión de la ayuda pública, los supuestos previstos por el RMUR³⁹⁵.

³⁹⁵ a) que el ente haya incumplido o existan elementos objetivos que indiquen que incumplirá, en un futuro cercano, los requisitos necesarios para conservar su autorización, de forma tal que resulte justificada su retirada por parte del BCE, incluso, pero sin limitarse a ello, por haber incurrido el ente, o ser probable que incurra, en pérdidas que agoten o mermen significativamente sus fondos propios; b) que el activo del ente sea inferior a su pasivo, o existan elementos objetivos que indiquen que lo será en un futuro cercano; c) que el ente no pueda hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento, o existan elementos objetivos que indiquen que no podrá en un futuro cercano; d) que se adopte un procedimiento de amortización y conversión de los instrumentos de capital conforme al artículo 21.1 RMUR.

En sentido negativo, el RMUR señala supuestos que no constituyen condición previa para adoptar el dispositivo de resolución: la adopción de una medida en virtud del artículo 16 del Reglamento (UE) n° 1024/2013, del artículo 27, apartado 1 o del artículo 28, o del artículo 29 de la Directiva 2014/59/UE, o en virtud del artículo 104 de la Directiva 2013/36/UE³⁹⁶.

3.3.3.3. Instrumentos de resolución

La Directiva (y el reglamento) introducen un conjunto armonizado de instrumentos de resolución, es decir, de herramientas jurídicas de las que las autoridades reguladoras disponen para gestionar la resolución de entidades³⁹⁷:

3.3.3.3.1. Venta del negocio

La venta del negocio consiste en la transmisión bien de todos los activos, derechos o pasivos de una entidad objeto de resolución, o cualesquiera de ellos, o bien de instrumentos de propiedad emitidos por dicha entidad a un comprador que no sea una entidad puente³⁹⁸.

3.3.3.3.2. Entidad puente

La entidad puente consiste en la transmisión a otra entidad de parte del patrimonio de la entidad objeto de resolución, bien todos los activos, derechos o pasivos de una o varias entidades objeto de resolución, o cualesquiera de ellos, o bien instrumentos de propiedad emitidos por una o varias entidades objeto de resolución³⁹⁹.

³⁹⁶ Art. 18.3 RMUR

³⁹⁷ Vid. SCHILLIG, M., «Bank Reolution Regimes in Europe. Resolution Tools and Powers», *European Business Law Review*, vol. 25, 2014.

³⁹⁸ Art. 2.1 58) DRRB

³⁹⁹ Art. 2.1 59) DRRB

3.3.3.3. Segregación de activos

La segregación de activos consiste en la transmisión de parte del patrimonio de la entidad objeto de resolución o de una entidad puente a una o varias entidades de gestión de activos⁴⁰⁰.

3.3.3.4. Recapitalización interna

La recapitalización interna o *bail-in*, consistente en la amortización o conversión de instrumentos de deuda en instrumentos de capital de la entidad⁴⁰¹. Como señala VEGARA, “*el bail-in establece que los accionistas soportan en primer lugar las pérdidas y que los acreedores asumen las pérdidas después de los accionistas, siempre que ningún acreedor haya incurrido en pérdidas mayores de las que habría sufrido si la entidad hubiera sido liquidada con arreglo a los procedimientos de insolvencia ordinarios (no creditor worse off principle)*”⁴⁰².

La idea que subyace a la introducción del *bail-in* como instrumento de resolución es que “*para que la utilización de los recursos públicos en el saneamiento de las entidades en dificultades sea nula o mínima, se requiere que los accionistas y los acreedores de la entidad se vean compelidos a contribuir a su recapitalización, absorbiendo las pérdidas de la entidad con sus valores e instrumentos financieros*”⁴⁰³.

4. La potestad sancionadora

4.1. Concepto

La potestad sancionadora es el poder de las autoridades para imponer sanciones en caso de eventuales incumplimientos de los particulares de la normativa que

⁴⁰⁰ Art. 26 RMUR

⁴⁰¹ Vid. BEWICK, S., HEIS, R., «*Bail-in: The New Tool in the Resolution Box?*», *International Corporate Rescue*, vol. 11, 2014.

⁴⁰² Vid. VEGARA FIGUERAS, D., *op. cit.*, 22.

⁴⁰³ Vid. CONLEDO LANTERO, F., «*El marco comunitario para la recuperación y resolución de entidades de crédito*», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27 y 28, 2014, 159-174.

les resulte obligatoria. Actúa como refuerzo de su efectividad y responde a un doble interés, preventivo y represivo⁴⁰⁴ y, como toda potestad pública, viene sometida a los principios generales del ordenamiento jurídico, en especial, al de legalidad.

El TC ha declarado – refiriéndose específicamente al ámbito bancario - que las potestades sancionadoras atribuidas por las normas de ordenación bancaria tienen un “*carácter instrumental (...) respecto del ejercicio de las competencias sustantivas*” reconocidas en dicha norma, que esencialmente pueden resumirse en la garantía de la “*solvencia de las entidades de crédito y la estabilidad del sistema financiero*”⁴⁰⁵, apreciación que *mutatis mutandis*, podemos extender al ámbito comunitario⁴⁰⁶.

Como resalta BERMEJO VERA, las características de la actividad financiera y, especialmente, de la actividad de crédito, hacen necesario un sistema aún más reforzado de garantía del cumplimiento normativo por parte de los operadores del sector, de modo que el legislador ha previsto tradicionalmente un severo régimen sancionador para el ordenamiento bancario⁴⁰⁷.

4.2. La distribución de competencias entre niveles administrativos

De modo paralelo a la instauración de una nueva estructura de la regulación bancaria a escala europea, la potestad sancionadora se ha extendido a este ámbito desarrollándose unos regímenes sancionadores vinculados tanto a la normativa de supervisión como a la de resolución de entidades. Sin embargo, la nueva realidad no responde a una transferencia total de los poderes de regulación bancaria desde el nivel estatal al europeo, sino que se basa en un modelo de Administración mixta, con participación de ambos niveles. Consecuente-

⁴⁰⁴ Vid. MAGIDE HERRERO, M., *op. cit.*, 335.

⁴⁰⁵ Vid. STC 96/1996, FJ 7

⁴⁰⁶ Vid. LÓPEZ BENÍTEZ, M., «Marco institucional de las sanciones comunitarias», *Documentación administrativa*, Nº 280-281, 2008 (Ejemplar dedicado a: la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas I).

⁴⁰⁷ Vid. BERMEJO VERA, J., *op. cit.*, 217.

mente, la potestad sancionadora sigue predicándose, conforme al Derecho vigente, con respecto de las autoridades nacionales que conservan parte de las competencias en este ámbito.

En el nivel europeo, se reconoce expresamente la potestad sancionadora tanto del BCE, en el ejercicio de sus competencias de supervisión de entidades de crédito⁴⁰⁸, como de la JUR, en el ámbito de la resolución, mientras que en el nivel nacional dicha potestad se predica tanto del BdE como del FROB, respectivamente.

En efecto, el RMUS atribuye al BCE y a las autoridades nacionales competentes nacionales la potestad sancionadora en el ámbito de la supervisión. Por su parte, el Reglamento del MUR, atribuye a la JUR la potestad sancionadora en su ámbito de aplicación, si bien contempla la posibilidad de que las autoridades nacionales puedan imponer sanciones en el ámbito de la resolución, por infracciones del Derecho de la UE y de las normas nacionales⁴⁰⁹.

En el nivel nacional, se atribuye tanto al Banco de España como al FROB:

- La LOSSEC atribuye de manera exclusiva al BdE para la instrucción y resolución de los expedientes sancionadores previstos en la misma. Se excluye, de esta manera, la competencia del Ministerio de Economía y Competitividad en el ejercicio de la potestad sancionadora, limitándose su participación en los mismos a la obligación del BdE a dar cuenta razonado al Ministerio de Economía y Competitividad de las sanciones impuestas por infracciones muy graves y de remitir un informe trimestral que incluya la información esencial sobre los procedimientos en curso y las resoluciones adoptadas⁴¹⁰.
- La LRR, por su parte, atribuye la potestad sancionadora en el contexto de la resolución de entidades tanto al FROB, cuando se trate de infracciones relacionadas con sus funciones como autoridad de resolución ejecutiva, como al Banco de España cuando se trate de infracciones relacionadas con sus funciones como autoridad supervisora y de resolución preventiva⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Art. 18 RMUS

⁴⁰⁹ Art. 38 RMUR

⁴¹⁰ Art. 90 LOSSEC

⁴¹¹ Art. 76 LRR

4.3. Los sujetos pasivos de la potestad sancionadora

El Reglamento del Mecanismo Único de Supervisión somete a la potestad sancionadora del BCE a las entidades de crédito, sus empresas matrices y las empresas de inversión y entidades financieras establecidas en los Estados Miembros participantes, cuando estén sometidas a supervisión consolidada por el BCE.

Por su parte, el Reglamento del MUR somete a la potestad sancionadora de la JUR a (i) las entidades de crédito establecidas en los Estados Miembros participantes; b) las empresas matrices, incluidas las sociedades financieras de cartera y las sociedades financieras mixtas de cartera establecidas en uno de los Estados Miembros participantes, cuando estén sujetas a la supervisión en base consolidada del BCE; y (iii) las empresas de servicios de inversión y las entidades financieras establecidas en un Estado Miembro participante cuando estén incluidas en el ámbito de la supervisión en base consolidada de la empresa matriz realizada por el BCE⁴¹².

En la misma línea, el régimen sancionador de la LOSSEC resulta de aplicación a los siguientes sujetos: (i) Las entidades de crédito; (ii) Las sucursales abiertas en España por entidades de crédito extranjeras; (iii) las sociedades financieras de cartera y las sociedades financieras mixtas de cartera; (iv) todas las demás entidades que se prevean en el ordenamiento jurídico; (v) aquellos terceros a los que las entidades de crédito o las entidades anteriores hayan subcontratado funciones o actividades operativas; (vi) los titulares de participaciones significativas o las personas sujetas a la obligación de comunicación relacionadas con esta materia.; (vii) los cargos de administración o dirección de las entidades anteriores⁴¹³.

La LRR prevé la imposición de sanciones tanto a las entidades como a quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas en los casos de infracción de sus normas⁴¹⁴.

4.4. Principios

⁴¹² Art. 38 RMUR

⁴¹³ Art. 89.4 LOSSEC

⁴¹⁴ Art. 75 LRR

Los requisitos sustantivos (legalidad sancionadora, exigencia de antijuridicidad de la conducta y culpabilidad) y las garantías procedimentales⁴¹⁵ (presunción de inocencia, derecho a conocer la acusación, prueba, no exigencia de autoinculpación) rigen en relación con la potestad sancionadora de la UE y, en concreto del BCE⁴¹⁶.

El Reglamento del MUR hace especial referencia a la exigencia de conceder audiencia previa a los sujetos de los procedimientos sancionadores⁴¹⁷ y a la de respetar los derechos de defensa de las personas físicas o jurídicas objeto del procedimiento se respetarán plenamente en el curso del procedimiento.⁴¹⁸

En el ámbito nacional, la potestad sancionadora de la Administración viene vinculada por los principios generales establecidos en el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia y demás normas aplicables de acuerdo con la citada Ley⁴¹⁹.

La LOSSEC configura la potestad sancionadora que regula como independiente de la eventual represión penal de las conductas de los sujetos supervisados, si bien, dispone la obligación de suspensión de los procedimientos sancionadores de manera simultánea a un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los hechos sancionables no resulte racionalmente posible, debiendo reanudarse el procedimiento una vez resuelto el proceso penal⁴²⁰.

4.5. Tipología de las infracciones

⁴¹⁵ Art. 22 RMUS

⁴¹⁶ Vid. BUENO ARMIJO, A.M., «El (imperfecto) sistema de garantías del derecho administrativo sancionador de la Unión Europea. A propósito de la potestad sancionadora del Banco Central Europeo», *Revista de derecho de la Unión Europea*, nº. 23, 2012 (Ejemplar dedicado a: Reformas de los tratados de la Unión Europea y mutaciones de la unión), 135-164.

⁴¹⁷ Art. 40.1RMUS

⁴¹⁸ Art. 40.2 RMUS

⁴¹⁹ Art. 127 LRJPAC

⁴²⁰ Art. 117 LOSSEC

El régimen sancionador del RMUS resulta de aplicación a las infracciones, deliberadas o por negligencia, de los actos que les resulten directamente aplicables del Derecho de la Unión cometidos por: (i) Entidades de crédito; (ii) Sociedades financieras de cartera y (iii) Sociedades financieras mixtas. El BCE podrá imponer sanciones en caso de incumplimiento de sus reglamentos o decisiones, de conformidad con las disposiciones del Reglamento (CE) nº 2532/98.

El Reglamento del MUR establece un catálogo restringido de infracciones relativas a la resolución, quedando el resto bajo la competencia de las autoridades nacionales: a) no facilitar la información solicitada; b) no someterse a una investigación general a una inspección in situ; c) no cumplir una decisión que les dirija la JUR.⁴²¹

El régimen sancionador del Título IV de la LOSSEC resulta de aplicación para todos aquellos supuestos de infracción de normas de ordenación y disciplina de las actividades crediticias, previstas en la misma Ley, resultando de aplicación sin perjuicio de las disposiciones del Reglamento (UE) 1024/2013, de 15 de octubre de 2013, así como para la instrucción y resolución de los expedientes sancionadores incoados por incumplimiento de las normas de la LRR⁴²².

4.6. Tipología de las sanciones

4.6.1. Sanciones económicas

El RMUS establece la cuantía de la sanción en una proporción (de hasta el doble) de los beneficios obtenidos o las pérdidas evitadas como resultado del incumplimiento, cuando dicha cantidad sea determinable o, cuando no lo sea, en un porcentaje (de hasta el 10%) de la cifra total de negocio de la entidad.

El Reglamento MUR, por su parte, establece la cuantía de las sanciones económicas por referencia a un porcentaje del volumen de negocios neto anual total, que haya realizado la empresa en el ejercicio precedente, con un límite entre el 0,05 y el 0,15, para las infracciones graves y del 0,25 y el 0,50% para las muy graves⁴²³. Con el fin de decidir si el importe base de las multas deberá

⁴²¹ Art. 38.2 RMUR

⁴²² Art. 92.1 LRR

⁴²³ Art. 38.2 RMUR

situarse en el extremo inferior, en el tramo intermedio o en el extremo superior de los límites, la Junta tendrá en cuenta el volumen de negocios anual del ente de que se trate correspondiente al ejercicio precedente.

La LOSSEC sigue un criterio análogo al del Reglamento Mecanismo Único de Supervisión, determinando la cuantía como un múltiplo del beneficio obtenido por la comisión de la infracción o, cuando no sea posible determinarlo, como un porcentaje del volumen de negocio de la entidad.

Por lo que se refiere a los administradores de hecho o de Derecho, la LOSSEC establece un sistema de sanciones económicas determinadas por una cantidad máxima en función de la cuantía⁴²⁴.

4.6.2. Sanciones no económicas

La LOSSEC prevé sanciones no económicas tales como (i) la revocación de la autorización de la entidad o la prohibición de que inicie nuevas operaciones en territorio español en el caso de sucursales de entidades de crédito autorizadas en otro Estado Miembro de la UE; (ii) la suspensión, separación e inhabilitación para el ejercicio del cargo de administración o gestión; y (iii) el nombramiento temporal de los miembros del órgano de administración.

Además, se prevén medidas accesorias como (i) el requerimiento al infractor para que ponga fin a su conducta y se abstenga de repetirla; (ii) la suspensión de los derechos de voto del accionista o accionistas responsables en los supuestos de comisión de infracciones muy graves derivadas del incumplimiento de los requisitos de autorización y de los aplicables a las adquisiciones de participaciones significativas, en el caso de infracciones muy graves; (iii) la amonestación pública con publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la identidad del infractor, la naturaleza de la infracción y las sanciones impuestas, en el caso de infracciones graves y muy graves; y (iv) la amonestación privada, en el caso de infracciones leves⁴²⁵.

4.6.3. Multas coercitivas

⁴²⁴ Arts. 97-99 LOSSEC

⁴²⁵ Arts. 97-99 LOSSEC

Adicionalmente, y a fin de reforzar el cumplimiento de las decisiones de la Junta, el Reglamento prevé la posibilidad de imposición de multas coercitivas a fin de garantizar el cumplimiento de tales decisiones por parte de los particulares⁴²⁶.

La imposición de multas coercitivas ha lugar cuando sea necesario para hacer cumplir una Decisión de la JUR por parte de una entidad, para hacer cumplir un requerimiento de información y cuando sea necesario para obligar a una persona a someterse a una investigación y, en particular, a presentar de forma completa los registros, datos, procedimientos o cualquier otra documentación que se haya exigido, así como completar y corregir otra información facilitada en una investigación iniciada por decisión adoptada conforme a dicho artículo o a una inspección *in situ*.

El plazo en el que se puede imponer la multa coercitiva es de un máximo de 6 meses, a contar desde su notificación, y su cuantía podrá ascender hasta el 0,1% del volumen de negocios diario medio del ejercicio precedente.

4.7. Procedimiento

4.7.1. En el nivel europeo

El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora del BCE se regula por el Reglamento MUS y, en lo no previsto por él, por las disposiciones del Reglamento (CE) n° 2532/98 sobre las competencias del BCE para imponer sanciones, si bien el propio BCE ha señalado la oportunidad de adoptar una nueva normativa reguladora del procedimiento sancionador a aplicar en el contexto de las competencias de supervisión⁴²⁷.

3.5.1.3. Procedimiento

⁴²⁶ Art. 39 RMUR

⁴²⁷ Recomendación de reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2532/98 sobre las competencias del BCE para imponer sanciones (BCE/2014/19), 2.

Los procedimientos que tengan por objeto la imposición de sanciones o de multas coercitivas deberán respetar los derechos de defensa de los interesados. En especial, el Reglamento señala⁴²⁸: (i) El derecho de los interesados a ser oídos con carácter previo a la decisión final y a presentar alegaciones; (ii) El derecho de acceso al expediente, siempre respetando los intereses de terceros, el deber de secreto, la información confidencial y no se extenderá a los documentos preparatorios internos de la Junta; (iii) La ejecución se regirá por las normas de procedimiento vigentes en el Estado Miembro en cuyo territorio se lleve a cabo. La orden de ejecución se adjuntará a la decisión sin más formalidades que la comprobación de la autenticidad de esta última por la autoridad que el Gobierno de cada Estado Miembro designará a tal efecto y cuyo nombre deberá comunicar a la Junta y al Tribunal de Justicia; (iv) Cumplidas estas formalidades a instancia del interesado, este podrá promover la ejecución conforme al Derecho nacional, recurriendo directamente al órgano competente; (v) La ejecución solo podrá ser suspendida en virtud de una decisión del Tribunal de Justicia. No obstante, el control de la conformidad a Derecho de las medidas de ejecución será competencia de las jurisdicciones de los Estados Miembros; (vi) Las multas impuestas por la Junta se harán públicas, a menos que su publicación pueda poner en peligro la resolución del ente afectado.

El plazo de caducidad del procedimiento es de 1 año desde su inicio y las infracciones prescriben a los 5 años de haberse cometido o de que hayan terminado de cometerse (en el caso de infracciones continuadas). Una vez impuesta la sanción, ésta prescribe al año de haberse iniciado el procedimiento.

4.7.2. En el nivel nacional

En el nivel nacional, la potestad sancionadora se atribuye al Banco de España⁴²⁹ y al FROB en el ámbito de sus respectivas competencias, regulándose en la LOSSEC, para el ámbito de la supervisión, y en la LRR, para la resolución.

a) Notificación de infracciones por parte de los empleados de las entidades

⁴²⁸ Art. 18 RMUS

⁴²⁹ Art. 90.1 LOSSEC

La LOSSEC establece la obligación de que las entidades de crédito dispongan de procedimientos adecuados para que sus empleados puedan notificar infracciones a nivel interno a través de un canal independiente, específico y autónomo, que garantice la confidencialidad tanto de la persona que informa de las infracciones como de las personas físicas presuntamente responsables de la infracción, sin que tales supuesto puedan conllevar represalias, discriminaciones y cualquier otro tipo de trato improcedente⁴³⁰.

b) Procedimiento

Por lo que respecta al procedimiento, la LRR se remite al establecido en la LOSSEC, por lo que aun estando regulada la potestad sancionadora de manera diferenciada para la supervisión y la resolución el procedimiento es común.

El ejercicio de la potestad sancionadora por parte del BdE y el FROB se rige por las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de las siguientes especificidades introducidas por la LOSSEC⁴³¹:

- Cuando el Banco de España tenga conocimiento de hechos que puedan dar lugar a la imposición de sanciones tanto a entidades de crédito como a las personas físicas que ejerzan cargos de administración o dirección en las mismas, siempre que sea posible, se tramitará un único procedimiento y se adoptará una única resolución⁴³².

- En el caso de infracciones leves, la sanción podrá imponerse previa la tramitación del procedimiento simplificado, siendo únicamente preceptiva la audiencia de la entidad interesada y de los cargos de administración o dirección correspondientes⁴³³.

⁴³⁰ Artículo 116 LOSSEC

⁴³¹ Art. 107 LOSSEC

⁴³² STS 18 de octubre de 2006, Respecto de este punto el TS ha declarado que se trata de una simple acumulación de actuaciones por razón de economía procesal, y que no supone un supuesto de concurso ideal o de normas.

⁴³³ Art. 108 LOSSEC

- Las sanciones impuestas, así como cualquier recurso interpuesto contra las mismas y los resultados de estos recursos, habrán de ser comunicados a la ABE⁴³⁴.

- El Banco de España podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, la adopción de las medidas provisionales que considere necesarias, incluida la suspensión de la actividad del presunto infractor, para garantizar el correcto ejercicio de su función supervisora, asegurar la eficacia de la resolución, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales, con carácter previo a la incoación del expediente, cuando concurren razones de urgencia. Estas medidas podrán ser publicadas, si la naturaleza de las mismas y las circunstancias del caso así lo aconsejan, especialmente en el caso de que su destinatario no las cumpliera voluntariamente⁴³⁵.

- Las infracciones muy graves prescriben a los cinco años, las graves a los cuatro años y las leves a los dos años⁴³⁶, contados desde la fecha en que hubieran sido cometidas o de la fecha de finalización, cuando se derive de una acción u omisión continuada.⁴³⁷

La prescripción se interrumpirá por la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo si el expediente permaneciera paralizado durante seis meses por causa no imputable a aquellos contra quienes se dirija, no entendiéndose que exista paralización, en el caso de que la misma se produzca como consecuencia de la adopción de un acuerdo de suspensión del procedimiento por concurrencia con un proceso penal⁴³⁸.

a. Iniciación

El acuerdo de incoación decidirá sobre (i) el nombramiento de un instructor del procedimiento, si bien el instructor puede ser nombrado en un momento posterior; y (ii) la confirmación, modificación o el levantamiento de las medidas provisionales vigentes, en su caso.

⁴³⁴ Art. 96.2 LOSSEC

⁴³⁵ Art. 111 LOSSEC

⁴³⁶ Art. 77.1 LRR

⁴³⁷ Art. 77.2 LRR

⁴³⁸ Art. 77.3 LRR

Desde el mismo momento de la incoación del expediente y en cualquier fase de su tramitación, podrá disponerse la suspensión provisional en el ejercicio de sus funciones de las personas que, ostentando cargos de administración o dirección en la entidad de crédito, aparezcan como presuntos responsables de infracciones muy graves, siempre que ello resulte aconsejable para la protección del sistema financiero o de los intereses económicos afectados. Esta suspensión tendrá un plazo máximo de 6 meses (excepto en caso de paralización de la tramitación), podrá ser levantado en cualquier momento de oficio o a instancia de la persona afectada, y se computará a efectos del cumplimiento de las sanciones de suspensión.

b. Instrucción

El instructor del procedimiento será nombrado en el propio acuerdo de incoación del mismo o en un momento posterior, pudiendo nombrarse instructores o secretarios adjuntos cuando la complejidad del caso así lo requiera⁴³⁹.

El instructor notificará el pliego de cargos a los sujetos contra los que se siga el procedimiento sancionador, a fin de que puedan presentar alegaciones a los mismos. Posteriormente, el instructor decidirá la práctica de las pruebas que estime pertinentes para la resolución del procedimiento⁴⁴⁰.

La potestad sancionadora de naturaleza administrativa del BdE es independiente de la eventual concurrencia de infracciones penales, si bien, en el caso de que la separación de los procedimientos penal y administrativo por los mismos hechos resulte racionalmente imposible, se suspenderá el primero hasta que recaiga resolución firme por parte de la Jurisdicción, retomándose con posterioridad.

c. Resolución y efectos

Las sanciones impuestas por el BdE son ejecutivas cuando pongan fin a la vía administrativa.

Asimismo, las sanciones impuestas por el BdE serán recurribles en alzada ante el Ministerio de Economía y Competitividad, con arreglo a lo previsto en los

⁴³⁹ Art. 109 LOSSEC

⁴⁴⁰ Art. 110 LOSSEC

artículos 114 y 115 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5. La intervención de entidades

5.1. Fundamento

Debido a las especiales características del sector bancario (destacadamente, su estructura de sistema y su capacidad de externalizar los efectos negativos de su actividad), tradicionalmente se ha previsto la posibilidad de que los poderes públicos asumieran el control de las entidades, directa o indirectamente, tanto por motivos represivos – como sanción-, como de estabilidad prudencial y que encuentra fundamento en el sometimiento de la riqueza – de la propiedad privada – en tanto que manifestación de la riqueza del país – al interés general y a la posibilidad de intervención de las empresas privadas que, de manera expresa, recoge la Constitución⁴⁴¹.

Como señala MUÑOZ MACHADO, la posibilidad de intervención de empresas regulada en la CE es diferente de la expropiación, en el sentido de que “*no implica ni la liquidación de empresas, ni la privación total o parcial de sus activos ni la sustitución de sus accionistas y propietarios*”, pudiendo ser caracterizadas, más bien, como “publicitación transitoria de la gestión de la empresa”, y que solamente en caso de que la intervención se prolongara indefinidamente procede que se la conceptúe como expropiación forzosa⁴⁴².

El TS, en la sentencia del caso *Banesto*⁴⁴³, tuvo la oportunidad de delimitar los caracteres fundamentales de las facultades de intervención de entidades y sustitución de los administradores en el Derecho español: (i) tales medidas tienen

⁴⁴¹ Art. 128 CE

⁴⁴² Vid. MUÑOZ MACHADO, S., “Relaciones económicas y privaciones patrimoniales”, en Rebollo Puig, M. (coord.), La regulación económica: en especial, la regulación bancaria: actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo, 2012, Iustel. 105-136.

⁴⁴³ Vid. STS de 14 de marzo de 2006.

entidad propia, en el sentido de que no tienen necesariamente carácter sancionador⁴⁴⁴, pues responden a finalidades distintas⁴⁴⁵; (ii) como consecuencia de la consideración anterior, no resultan aplicables las garantías específicas del procedimiento sancionador; (iii) son independientes de la concurrencia de responsabilidad disciplinaria; (iv) atendiendo a las circunstancias del caso, la defensa del interés del conjunto de la economía o de la estabilidad del sistema financiero puede adoptarse inaudita parte; (v) carácter preferente del régimen especial propio del Derecho Administrativo frente a las normas comunes sobre sociedades mercantiles.

5.2. Procedimiento

El Banco de España es el organismo competente para la adopción de la medida de intervención o sustitución, de oficio o a instancia de parte (podrán formular la petición los administradores de la entidad de crédito, su órgano de fiscalización interna y, en su caso, una minoría de socios que sea, al menos, igual a la que exija la legislación mercantil para instar la convocatoria de una Asamblea o Junta General Extraordinaria), dando cuenta razonada al Ministro de Economía y Competitividad y al FROB⁴⁴⁶.

En todo caso, la Ley exige que se dé audiencia a la entidad interesada, durante un plazo no inferior a 5 días, excepto cuando la adopción de la medida se haya solicitado por la propia entidad o cuando dicho trámite comprometa gravemente la efectividad de la medida o los intereses económicos afectados, en cuyo caso el plazo para la resolución del pertinente recurso de alzada será de diez días a contar desde la fecha de su interposición⁴⁴⁷.

Los supuestos en los que la Ley prevé la adopción de esta decisión son: (i) cuando así se decida de acuerdo con lo previsto en la Ley 11/2015, de 18 de junio, de resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; (ii) cuando existan indicios fundados de que la entidad de crédito se encuentre en una situación distinta de las previstas en el ámbito de aplicación de

⁴⁴⁴ Art. 70.2 LOSSEC

⁴⁴⁵ *Vid.* MAGIDE HERRERO, M., *op. cit.*, 413.

⁴⁴⁶ Art. 71 LOSSEC

⁴⁴⁷ Art. 72 LOSSEC

la Ley 11/2015, de 18 de junio, pero de excepcional gravedad y que pueda poner en peligro su estabilidad, liquidez o solvencia; y (iii) cuando se adquiriera una participación significativa en una entidad de crédito sin respetar el régimen previsto en esta Ley o cuando existan razones fundadas y acreditadas para considerar que la influencia ejercida por las personas que la posean pueda resultar en detrimento de la gestión sana y prudente de la misma, que dañe gravemente su situación financiera⁴⁴⁸.

El acuerdo de intervención o sustitución tiene carácter ejecutivo desde el momento en que se dicte y deberá ser publicado inmediatamente en el BOE (momento que determina su eficacia frente a terceros) e inscrito en los correspondientes registros. En él, el Banco de España designará la persona o personas que hayan de ejercer las funciones de intervención o hayan de actuar como administradores provisionales, e indicará si tales personas deben actuar conjunta, mancomunada o solidariamente⁴⁴⁹.

Su mandato se extiende hasta que el Banco de España acuerde el cese de las medidas de intervención o sustitución, en cuyo caso los administradores provisionales procederán a convocar inmediatamente la Junta General o Asamblea de la entidad de crédito, en la que se nombrará el nuevo órgano de administración, debiendo ejercer sus funciones hasta la toma de posesión de éste⁴⁵⁰.

La adopción de la medida de intervención tiene los siguientes efectos: (i) los actos y acuerdos de cualquier órgano de la entidad de crédito que se adopten a partir de la fecha de publicación del acuerdo en el «Boletín Oficial del Estado» requerirán, para su validez y efectos, la aprobación expresa de los interventores designados; y (ii) Los interventores designados estarán facultados para revocar cuantos poderes o delegaciones hubieren sido conferidos por el órgano de administración de la entidad de crédito o por sus apoderados o delegados con anterioridad a la fecha de publicación del acuerdo⁴⁵¹.

El artículo 78 de la LOSSEC prevé un supuesto específico en el que la intervención de una entidad puede ser acordada por el Ministro de Economía y

⁴⁴⁸ Art. 70.1 LOSSEC (redacción dada por la Disposición final duodécima de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión)

⁴⁴⁹ Art. 73 LOSSEC

⁴⁵⁰ Art. 76 LOSSEC

⁴⁵¹ Art. 74 LOSSEC

Competitividad: cuando se produzca la disolución de una entidad de crédito *si tal medida resulta aconsejable por el número de afectados o por la situación patrimonial de la entidad*.

Por su parte, la LRR prevé otro supuesto específico de intervención de entidades en el contexto de la adopción de medidas de actuación temprana de resolución⁴⁵². En este caso, resultará de aplicación el régimen del capítulo V del título III de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, con dos especialidades: (i) Reglamentariamente se determinarán las facultades de los interventores o administradores provisionales; y (ii) la intervención de la entidad o la sustitución provisional acordada se mantendrá en vigor durante el plazo de un año, que podrá renovarse, de manera excepcional y razonada, por periodos iguales mientras se mantengan las condiciones que justificaron la intervención o sustitución provisional.

El supervisor competente puede requerir la adopción de las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del plan de actuación e informar al menos trimestralmente a la autoridad de resolución de las medidas de actuación temprana adoptadas y de la información relevante para el ejercicio de sus competencias (si una entidad o un grupo o subgrupo consolidable de entidades se encuentra o resulta probable que se vaya a encontrar en situación de resolución, si se aprueba definitivamente el plan de actuación, incluyendo, en su caso, las medidas adicionales requeridas por el supervisor competente, del resto de medidas requeridas por el supervisor competente, de la finalización de la situación de actuación temprana). El FROB podrá, asimismo, realizar durante esta fase de actuación temprana las actuaciones necesarias para determinar el valor económico de la entidad, así como exigir a la entidad que contacte con posibles compradores con el fin de preparar su resolución.

⁴⁵² Art. 10 LRR

CAPÍTULO IV

El acceso a la actividad y otras cuestiones conexas: los “procedimientos comunes”

1. Los “procedimientos comunes”

En el presente capítulo se estudia el régimen de la autorización bancaria y el de otros procedimientos vinculados al acceso a la actividad que, conforme a la normativa europea, constituyen los denominados *procedimientos comunes* – llamados así debido a que resultan de aplicación, en los mismos términos, tanto para las entidades consideradas significativas como para el resto de bancos radicados en los Estados Miembros participantes en la Unión bancaria –, como son la revocación de la autorización y el control sobre la adquisición de participaciones accionariales cualificadas en las entidades bancarias⁴⁵³.

2. La autorización bancaria

2.1. Caracterización jurídica de las autorizaciones bancarias

2.1.1. Concepto

En orden cronológico, la autorización es la primera manifestación de la intervención pública en la actividad de crédito: constituye el pórtico de entrada a la supervisión pública de la actividad de los bancos⁴⁵⁴, pues es el título que, otorgado por la Administración, habilita para el desempeño de las actividades crediticias como requisito previo para el ejercicio de la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 CE⁴⁵⁵.

⁴⁵³ Vid. BANCO CENTRAL EUROPEO, *Guía de supervisión bancaria*, Noviembre de 2014, 28.

⁴⁵⁴ Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a A., «El nuevo modelo...», 52.

⁴⁵⁵ Vid. MICHAVILA NUÑEZ, J.M., *Autorizaciones*, en Martín Retortillo, S. (dir.), *Estudios de*

La exigencia de autorización previa para el ejercicio de la actividad implica un control *ex ante* de las condiciones de la entidad para desarrollar sus actividades en consonancia con los objetivos de la regulación, pero también es un filtro que actúa como barrera de entrada de nuevos competidores en el sector. Se revela, en este punto, la tensión entre eficiencia y estabilidad presente en toda la regulación bancaria⁴⁵⁶.

2.1.2. Caracteres de la autorización bancaria

La técnica autorizatoria presenta en el ámbito bancario características específicas, entre ellas, destacadamente, el vasto ámbito de los controles vinculados al otorgamiento del título habilitante para el ejercicio de la actividad crediticia.

En efecto, tal y como se han configurado tradicionalmente los procedimientos de autorización en la normativa sectorial española – y ahora en la europea –, el control público sobre las entidades de crédito se extiende, incluso, sobre las condiciones de la entidad – o, más propiamente, de su núcleo fundacional – previas a su propia constitución.

El sistema de acceso a la actividad de las entidades de crédito en el Derecho español ha sido calificado como de “*autorización sobre proyecto de constitución*”, pudiendo diferenciarse en él tres fases: (i) la autorización administrativa del proyecto de constitución – o control sobre el contenido del proyecto de negocio de la entidad y de su capacidad para poder desarrollar la actividad de crédito conforme a los objetivos de la regulación-; (ii) la constitución del banco como sociedad anónima especial – o autorización propiamente dicha -; y (iii)

Derecho Público Bancario, Ceura, Madrid, 1987, 203-251, donde se presenta una explicación en profundidad de las diversas concepciones que la doctrina ha atribuido a la autorización bancaria. También ha sido definida como “*acto declarativo de la Administración por el que se permite la realización de una actividad que tiene su fundamento en una posición subjetiva activa del sujeto autorizado*”; **MAGIDE HERRERO, M.**, *op. cit.*, 328. Para un estudio en profundidad de la institución *Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C.*, *La autorización administrativa*, Civitas, abril 2006; **JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.**, *Regulación en general: técnicas de regulación: autorización y figuras afines*, Cuadernos de derecho para ingenieros, Vol. 15, 2012, 37-52.

⁴⁵⁶ *Vid. LASTRA, R.*, “*Central Banking and...*”, 110.

la inscripción en el correspondiente registro administrativo – que actúa como requisito constitutivo⁴⁵⁷.

A la vista de las normas que la regulan, podemos señalar los siguientes caracteres de la autorización bancaria en nuestro ordenamiento⁴⁵⁸:

a) La autorización bancaria delimita el ámbito de actividad de las entidades de crédito⁴⁵⁹: En sentido positivo, la actividad de captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas queda reservada a las entidades que hayan obtenido la preceptiva autorización y se encuentren inscritas en el correspondiente registro⁴⁶⁰; y, en sentido negativo, se prohíbe a toda persona, física o jurídica, no autorizada ni registrada como entidad de crédito el ejercicio de tales actividades⁴⁶¹.

b) La autorización bancaria condiciona la denominación que deben adoptar los sujetos habilitados⁴⁶²: obliga a las entidades de crédito a utilizar denominaciones que las identifiquen como tales ante el público⁴⁶³ y prohíbe a las entidades que no gocen de tal autorización la utilización de denominaciones que puedan inducir a confusión⁴⁶⁴.

⁴⁵⁷ Vid. **TAPIA HERMIDA, A.J.**, “La nueva arquitectura regulatoria...”, 9.

⁴⁵⁸ Art. 3 LOSSEC; Vid. **VEGA SERRANO, J.M.** *op. cit.*, 101.

⁴⁵⁹ Vid. **TAPIA HERMIDA, A.J.**, *ibídem*, 6.

⁴⁶⁰ Art. 3.1. LOSSEC

⁴⁶¹ Art. 3.3. LOSSEC

⁴⁶² El TS, en sentencia de 21 de julio de 2000, señala el doble fin de esta denominación: “La interpretación jurídicamente más adecuada del artículo 28 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito debe tender a preservar –en pro de los intereses no sólo de tales entidades sino, especialmente, de los ciudadanos que se ven compelidos a utilizar sus servicios en las circunstancias actuales y a depositar en ellas su confianza– la distinción neta entre las entidades financieras, sujetas a unos condicionamientos más estrictos, y el resto de empresas mercantiles. Entre los instrumentos que el legislador ha querido emplear a estos efectos se encuentra la reserva de denominación, de modo que el uso de las expresiones comúnmente asignadas a las entidades de crédito (esto es, lo que la ley entiende como “denominaciones genéricas de éstas”) no está permitido para el resto de las empresas mercantiles”.

⁴⁶³ Vid. **TAPIA HERMIDA, A.J.**, *ibídem*, 7.

⁴⁶⁴ Art. 3.3. LOSSEC

c) La autorización bancaria es una autorización de funcionamiento: no se agota con su mero otorgamiento, sino que constituye el comienzo de la sujeción del ente autorizado al ordenamiento sectorial bancario⁴⁶⁵: implica un control de los requisitos legales, en el momento de su solicitud, pero también del programa operativo a desarrollar por la entidad en el ejercicio de su actividad.

d) El otorgamiento de la autorización bancaria es un acto reglado, si bien con gran peso de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados: en la decisión sobre el otorgamiento de la autorización bancaria juega un papel relevante la apreciación de la Administración de las circunstancias de cada caso sin que se limite a una aplicación automática de la normativa⁴⁶⁶.

2.1.3. El sistema bancario en la sombra

El Derecho positivo no desconoce la existencia del denominado “*sistema bancario en la sombra*”⁴⁶⁷, es decir, el “*sistema de intermediación crediticia conformado por entidades y actividades que están fuera del sistema bancario tradicional*”⁴⁶⁸ y que, por ello, queda al margen de las autorizaciones específicas bancarias a las que nos referimos en este capítulo, cuando no a toda forma de intervención pública.

La existencia de una porción del sector financiero cuyas actividades se desarrollan al margen de los controles aplicables a los bancos y que, sin embargo, desarrolla actividades análogas, es una fuente de ineficacia de la regulación. La intervención pública en la banca se construye sobre el “*presupuesto de una eficaz reserva de actividad y cuyo ejercicio se hace depender de la autorización para operar como entidad de crédito*”, de modo que si el ordenamiento permite, de manera directa o indirecta, el desarrollo de la actividad al margen

⁴⁶⁵ Vid. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., “*Sistema bancario y crediticio*”, *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, La Ley, Madrid, 1991, 152.

⁴⁶⁶ Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a A., «El nuevo modelo...», 53.

⁴⁶⁷ Vid. FINANCIAL STABILITY BOARD, *Global Shadow Banking Monitoring Report 2012*, 18 de noviembre de 2012.

⁴⁶⁸ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Libro verde el sistema bancario en la sombra*, 19 de marzo de 2012.

de los controles legalmente previstos para tal actividad, la regulación resultará infructuosa⁴⁶⁹.

Por ello, y siguiendo la tendencia internacional, el legislador español delimita el ámbito de aplicación subjetivo de la LOSSEC mediante una doble vía: por un lado, estableciendo una definición de las entidades expresamente sometidas a sus reglas – las que define como entidades de crédito –, pero por otro incluye en su ámbito a todos los sujetos que materialmente desarrollen lo que les define como entidad de crédito.

Así, aunque el ámbito de aplicación de la LOSSEC, con carácter general, abarca las empresas que llevan a cabo la actividad crediticia - ofrecer al público la realización de operaciones financieras de activo o de pasivo o la prestación de servicios financieros - de manera autorizada, la Ley reconoce expresamente la competencia de los poderes públicos para supervisar las actividades crediticias desarrolladas por sujetos no autorizados a los que se extiende, también, el régimen sancionador al que se someten las entidades debidamente autorizadas⁴⁷⁰.

A tal fin, se faculta al Ministerio de Economía y Competitividad, de oficio o a instancia del Banco de España o de cualquier otra autoridad para: (i) *solicitar de los mismos, por sí o a través del BdE, el suministro de cualquier información, contable o de otra naturaleza, relativa a sus actividades financieras, con el grado de detalle y con la periodicidad que se estimen convenientes; y (ii) realizar, por sí o a través del BdE, las inspecciones que se consideren necesarias a efectos de aclarar cualquier aspecto de las actividades financieras de dichas personas o entidades y su adecuación al ordenamiento jurídico o confirmar la veracidad de la información (...)*⁴⁷¹.

De esta manera, el ordenamiento prevé los instrumentos para que una vez que las autoridades identifiquen que una entidad no autorizada desarrolle las actividades incluidas en el ámbito de la autorización, puedan someterlas al mismo régimen de control, sin perjuicio de la incoación de las medidas sancionadoras

⁴⁶⁹ Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a A., «El nuevo modelo...», 61.

⁴⁷⁰ Disposición adicional Cuarta LOSSEC

⁴⁷¹ Disposición adicional Cuarta LOSSEC

derivadas de la infracción que específicamente se tipifica en la LOSSEC por tales conductas⁴⁷².

2.2. El procedimiento de autorización

El procedimiento de autorización es un buen ejemplo de la configuración de la administración crediticia en el ámbito de la UEM como administración mixta, cuyo funcionamiento depende de la actuación coordinada e integrada de los niveles europeo y nacional.

La transferencia al nivel europeo de los poderes de supervisión bancaria ha conllevado la introducción de importantes novedades en el procedimiento de autorización de las entidades de crédito en los Estados Miembros de la UE participantes en la Unión bancaria. El RMUS dispone un procedimiento de concesión de las autorizaciones bancarias complejo, en cuya tramitación participan las autoridades nacionales pero en el que la potestad para resolver corresponde al BCE⁴⁷³.

2.2.1. Inicio

El procedimiento de autorización se inicia a solicitud de la persona jurídica que pretenda constituirse como entidad de crédito en un Estado Miembro participante, que debe presentarse ante las autoridades nacionales competentes de dicho Estado⁴⁷⁴, condición que en nuestro país asume el Banco de España⁴⁷⁵.

⁴⁷² Art. 92 a) LOSSEC: “Constituyen infracciones muy graves: ejercer con carácter profesional la actividad de recepción de depósitos u otros fondos reembolsables del público, así como hacer uso de las denominaciones reservadas de las entidades de crédito u otras que puedan inducir a confusión con ellas, sin haber sido autorizada como entidad de crédito”.

⁴⁷³ Art. 14 RMUS

⁴⁷⁴ Art. 14.1 RMUS

⁴⁷⁵ Art. 6.1 LOSSEC

2.2.2. Tramitación

La solicitud se presenta ante el Banco de España, que debe proceder a su tramitación, verificando el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Derecho nacional a fin de (i) remitir al BCE una propuesta de resolución favorable a la autorización, la cual será notificada también a la interesada, si del análisis de la solicitud se deduce que reúne los requisitos exigibles, la autoridad nacional; o (ii) denegar por sí misma la solicitud si, por el contrario, la autoridad nacional considerase que no se dan los requisitos exigibles⁴⁷⁶.

2.2.3. Resolución

El BCE dispone de diez días hábiles, prorrogables una vez por un periodo de la misma duración en casos justificados, para adoptar la resolución final sobre la solicitud, ante la cual solamente podrá oponer objeciones basadas en el incumplimiento de condiciones exigidas por el Derecho de la UE. En caso de que transcurra el plazo señalado sin que se hubiere adoptado resolución expresa, se entiende que la propuesta de la autoridad nacional se confirma. Si, por el contrario, el BCE deniega la autorización, deberá motivar tal decisión por escrito⁴⁷⁷.

2.2.4. Notificación

La decisión final debe ser notificada al interesado por parte de la autoridad nacional competente⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Art. 14.2 RMUS

⁴⁷⁷ Art. 14.3 RMUS

⁴⁷⁸ Art. 14.4 RMUS

2.3. Reglas sustantivas para la autorización

Conforme al procedimiento anteriormente descrito, aunque la decisión final sobre la autorización de las nuevas entidades de crédito en los Estados Miembros de la UE participantes en el MUS, las reglas sustantivas que determinan la concesión o la denegación de la solicitud son tanto las del Derecho de la UE como la de la normativa nacional⁴⁷⁹.

En nuestro ordenamiento, estas reglas son las dispuestas en los artículos 6 y siguientes de la LOSSEC, y las del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Los requisitos que, en sentido positivo, debe reunir una persona jurídica que pretenda ser autorizada para desarrollar actividades bancarias son los siguientes: (i) revestir la forma de sociedad anónima constituida por el procedimiento de constitución simultánea y con duración indefinida; (ii) tener un capital social inicial no inferior a 18 millones de euros, desembolsado íntegramente en efectivo y representado por acciones nominativas; (iii) limitar estatutariamente el objeto social a las actividades propias de una entidad de crédito; (iv) que los accionistas titulares de participaciones significativas sean considerados idóneos; (v) no reservar a los fundadores ventaja o remuneración especial alguna; (vi) contar con un consejo de administración formado por al menos cinco miembros (los miembros del consejo de administración, los directores generales o asimilados y los responsables de las funciones de control interno y otros puestos clave tanto de la entidad como, en su caso, de la sociedad dominante, deberán cumplir los requisitos de idoneidad previstos en el mismo Real Decreto); (vii) contar con una adecuada organización administrativa y contable, así como con procedimientos de control interno adecuados que garanticen la gestión sana y prudente de la entidad. En especial, el consejo de administración deberá establecer normas de funcionamiento y procedimientos adecuados para facilitar que sus miembros puedan cumplir, en todo momento, sus obligaciones y asumir las responsabilidades que les correspondan de acuerdo con las normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, u otras disposiciones que sean de aplicación; (viii) tener su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección, en territorio nacional; y (ix) contar con procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación para prevenir e impedir la realización de

⁴⁷⁹ Art. 14.2 RMUS

operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo en las condiciones establecidas por la normativa correspondiente⁴⁸⁰.

Asimismo, la LOSSEC establece taxativamente los supuestos en los que el Banco de España debe denegar las solicitudes de autorización bancaria - los que podemos entender como requisitos negativos para el ejercicio de la actividad de crédito - y que se refieren a los requisitos de capital, la idoneidad de los miembros del órgano de administración y directivos, a los procedimientos previstos para cumplir con la normativa de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo y a la idoneidad de los accionistas, a saber⁴⁸¹: (i) cuando la entidad solicitante carezca del capital mínimo requerido, de una estructura organizativa adecuada, de una buena organización administrativa y contable o de procedimientos de control interno adecuados que garanticen la gestión sana y prudente de la entidad; (ii) cuando alguno de los miembros de su consejo de administración, director general o asimilado no reúna los requisitos de idoneidad exigidos; (iii) cuando alguno de los miembros del consejo de administración, director general o asimilado de su entidad dominante, siempre que ésta sea una sociedad financiera de cartera o una sociedad financiera mixta de cartera, de acuerdo con el artículo 4.1, puntos 20 y 21, respectivamente del Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio, no reúna los requisitos de idoneidad exigidos; (iv) cuando carezca de procedimientos internos adecuados de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo; (v) cuando incumpla alguno de los demás requisitos que reglamentariamente se exijan para adquirir la condición de entidad de crédito; (vi) si, atendiendo a la necesidad de garantizar una gestión sana y prudente de la entidad, no se consideran idóneos los accionistas que vayan a ostentar una participación significativa o, en defecto de accionistas con una participación significativa, si no se considera adecuada la idoneidad de cualquiera de los veinte mayores accionistas.

Adicionalmente, se establecen otros supuestos en los que la denegación se deja a la decisión discrecional – guiada por criterios técnicos, eso sí - del Banco de España y que están más relacionados con la efectividad de la supervisión de la actividad de la entidad: *(i) cuando, atendiendo a la situación financiera de la entidad de crédito o a su capacidad de gestión, se considere que el proyecto puede afectarle negativamente; (ii) cuando, vistas la localización y características del proyecto, no pueda asegurarse la efectiva supervisión del grupo,*

⁴⁸⁰ Art. 4 RDLOSSEC

⁴⁸¹ Art. 7.2 LOSSEC

*en base consolidada, por el Banco de España; (iii) cuando la actividad de la entidad dominada no quede sujeta a un efectivo control por parte de una autoridad supervisora nacional*⁴⁸².

A la vista de lo señalado, debemos concluir que la autorización bancaria, tal y como viene configurada por el Derecho positivo, es una potestad reglada, y que las excepciones a tal carácter reglado se limitan, taxativamente, a evitar el ejercicio de actividades materialmente crediticias al margen de la supervisión, quedando el margen de discrecionalidad administrativa circunscrito a aspectos estrictamente técnicos y directamente relacionados con la entidad solicitante de la autorización, sin que puedan influir en la decisión las condiciones de terceras entidades o del conjunto del sector.

2.4. Caducidad

Una vez obtenida la autorización, la entidad debe comenzar sus actividades en el plazo de 12 meses: la autorización viene sometida a un plazo de caducidad, de modo que transcurridos doce meses desde la fecha de notificación de la resolución, no hubieran dado comienzo las actividades autorizadas, el Banco de España debe declarar expresamente la caducidad de la autorización, dejándola sin efecto⁴⁸³.

2.5. La revocación de las autorizaciones

2.5.1. Presupuestos de aplicación

La revocación de la autorización – el acto por el que la autorización queda sin efecto - conlleva el cese inmediato de la actividad crediticia y la apertura del periodo de liquidación de la entidad, que se llevará a cabo conforme la normativa que le sea de aplicación en función de su naturaleza jurídica, con la única excepción de que la revocación sea debida a la apertura de la fase de liquidación en un procedimiento concursal, en cuyo caso la administración concursal podrá continuar realizando las actividades de la entidad de crédito que sean

⁴⁸² Art. 7.3 LOSSEC

⁴⁸³ Art. 10 LOSSEC

necesarias para su liquidación, en los términos previamente autorizados por el Banco de España⁴⁸⁴.

La Ley establece una lista de casos en los que procede la revocación de la autorización, con carácter exhaustivo: (i) *cuando se interrumpen de hecho las actividades específicas de su objeto social durante un período superior a seis meses*; (ii) *cuando se acredite que la autorización se obtuvo por medio de declaraciones falsas o por otro medio irregular*; (iii) *cuando se incumplan las condiciones que motivaron la autorización, salvo que se prevea otra consecuencia en la normativa de ordenación y disciplina*; (iv) *cuando se acredita la falta de cumplimiento de los requisitos prudenciales que se establecen en las partes tercera, cuarta y sexta del Reglamento (UE) 575/2013, de 26 de junio, o impuestas en virtud de los artículos 42 y 68.2.a) de la Ley, o comprometa la capacidad de reembolso de los fondos que le han confiado los depositantes o no ofrezca garantía de poder cumplir sus obligaciones con acreedores*; (v) *cuando se imponga la sanción de revocación*; (vi) *con carácter excepcional, cuando se adopte tal decisión basada en razones fundadas y acreditadas para considerar que la influencia ejercida por las personas que posean una participación significativa en una entidad de crédito pueda resultar en detrimento de la gestión sana y prudente de la misma, que dañe gravemente su situación financiera*⁴⁸⁵; (vii) *en el caso de que la entidad sea excluida del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito*; (viii) *cuando se dicte resolución judicial de apertura de la fase de liquidación en un procedimiento concursal*⁴⁸⁶.

2.5.2. Procedimiento

Al igual que ocurre en relación con el procedimiento de solicitud de la autorización, el RMUS configura un procedimiento complejo para la revocación de la autorización bancaria⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ Art. 8 LOSSEC

⁴⁸⁵ Art. 23 LOSSEC

⁴⁸⁶ Art. 8.1 LOSSEC

⁴⁸⁷ Art. 14.5 RMUS

2.5.2.1. Inicio

El procedimiento de revocación puede iniciarse por propia iniciativa del BCE, tras haber consultado a la autoridad nacional competente del Estado Miembro participante en el que esté establecida la entidad de crédito, o bien a propuesta de dicha autoridad nacional competente.⁴⁸⁸ En este segundo caso, la autoridad nacional presentará una propuesta debidamente motivada, sobre la cual debe basar su resolución el BCE⁴⁸⁹.

El RMUS prevé, asimismo, un régimen transitorio específico para el periodo previo a la asunción por parte de la JUR de las competencias en materia de resolución de entidades según el cual el BCE y las autoridades nacionales competentes acordarán un periodo en el que el primero no revocará la autorización, siempre que se justifique adecuadamente que dicha decisión tendría efectos perjudiciales para la adecuada aplicación de las medidas necesarias para la resolución o para el mantenimiento de la estabilidad financiera⁴⁹⁰.

El procedimiento previsto a tal efecto consiste en la notificación, por parte de las autoridades nacionales, de la justificación para la aplicación de dicha excepción, incluyendo una explicación detallada del perjuicio que podría causar la revocación. Una vez iniciado el procedimiento, el BCE debe garantizar que las autoridades nacionales decidan sobre las medidas correctoras necesarias, incluidas en su caso la de resolución, así como tenerlas en cuenta. El periodo acordado podrá ser ampliado por decisión del BCE, cuando considere que se han realizado suficientes progresos, o reducido, si el BCE determina en una decisión motivada que las autoridades nacionales no han aplicado las medidas necesarias para mantener la estabilidad financiera⁴⁹¹.

2.5.2.2. Resolución

Por analogía de las reglas sobre concesión de la autorización, la decisión final corresponde al BCE.

⁴⁸⁸ Art. 4.5 RMUS

⁴⁸⁹ Art. 14.5 RMUS

⁴⁹⁰ Art. 14.6 RMUS

⁴⁹¹ Art. 14.6 RMUS

2.5.2.3. Notificación

Por analogía de las reglas sobre concesión de la autorización, la decisión adoptada comunicada al interesado por parte de la autoridad nacional competente.

2.6. La renuncia a la autorización

La renuncia a la autorización por parte de las entidades autorizadas se sustancia mediante la tramitación de un procedimiento en el que participan tanto el Banco de España como el BCE⁴⁹². La solicitud se presenta ante el Banco de España, que la examina, debiendo aceptarla *salvo que existan razones fundadas para considerar que el cese de actividad puede ocasionar riesgos graves a la estabilidad financiera*⁴⁹³ y, en tal caso, proponer la revocación de la autorización ante el BCE.

La LOSSEC habilita al Banco de España para *fixar condiciones a dicha decisión en el plazo de tres meses desde la presentación de la correspondiente solicitud* cuando una entidad de crédito decida su disolución y correspondiente liquidación voluntaria, pudiendo en estos casos decidirse por parte del Ministro de Economía y Competitividad la intervención de la entidad *si tal medida resulta aconsejable por el número de afectados o por la situación patrimonial de la entidad*⁴⁹⁴.

2.7. Autorización de agentes de entidades de crédito

La Ley prevé que reglamentariamente se fijen los requisitos que deban reunir quienes actúen con carácter habitual como agentes en España de entidades de crédito, y las condiciones a que queda sometido el ejercicio de su actividad⁴⁹⁵.

2.8. Régimen de las sucursales de entidades españolas en el extranjero

⁴⁹² Art. 9 LOSSEC

⁴⁹³ Art. 8.1 c) LOSSEC

⁴⁹⁴ Art. 77 LOSSEC

⁴⁹⁵ Art. 14 LOSSEC

Desde la entrada en vigor de la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria (89/646/CEE), en 1993, el Derecho europeo ha reconocido la Autorización Bancaria Única, consistente en que las entidades autorizadas en cualquier Estado miembro pueden abrir sucursales y prestar servicios transfronterizos en el ámbito de la UE.

La LOSSEC dispone la necesidad de comunicar al Banco de España la apertura de sucursales y libre prestación de servicios en el extranjero por entidades de crédito españolas. Así, cuando una entidad de crédito española desee ejercer por primera vez, en régimen de libre prestación de servicios, algún tipo de actividad en el extranjero deberá comunicarlo previamente al Banco de España.⁴⁹⁶

Asimismo, cuando una entidad de crédito pretenda abrir una sucursal en el extranjero deberá solicitarlo previamente al Banco de España acompañando a la solicitud, la documentación establecida reglamentariamente⁴⁹⁷.

En los casos en los que los servicios vayan a prestarse en otro Estado Miembro de la Unión Europea, el Banco de España ha de trasladar tal información a la autoridad nacional supervisora de dicho Estado Miembro en el plazo máximo de un mes a contar desde la recepción de la comunicación⁴⁹⁸.

2.9. Régimen de las sucursales de Estados Miembros de la UE

La LOSSEC reconoce el derecho de las entidades de crédito autorizadas en otro Estado Miembro de la Unión Europea y de sus filiales a prestar los servicios bancarios que gozan de reconocimiento mutuo conforme al Derecho de la

⁴⁹⁶ Art. 11.2 LOSSEC

⁴⁹⁷ Art. 11.1 LOSSEC

⁴⁹⁸ Art. 11.2 LOSSEC

UE⁴⁹⁹ - el llamado “*pasaporte único bancario*” -, previendo que podrán realizar en España, bien mediante la apertura de una sucursal, bien en régimen de libre prestación de servicios en los términos siguientes⁵⁰⁰.

Para que este derecho resulte efectivamente reconocido, la LOSSEC dispone una serie de condiciones que deben cumplir las entidades extranjeras, tales como (i) que la matriz controle efectivamente la filial; (ii) que la entidad o entidades matrices posean como mínimo el 90% de los derechos de voto vinculados a la posesión de participaciones o acciones de la entidad financiera; (iii) que esté habilitada para desarrollar tales actividades en su Estado de origen; (iv) que, de hecho, realice tales actividades; y (v) que la entidad financiera esté incluida de forma efectiva en la supervisión consolidada a la que está sometida su entidad matriz o cada una de sus entidades matrices⁵⁰¹.

Complementariamente, en caso de que las autoridades del Estado de origen informen al Banco de España de que la entidad ha dejado de reunir los requisitos para el ejercicio de la actividad en su jurisdicción, las actividades de la

⁴⁹⁹ La LOSSEC recoge, en su anexo las actividades que son objeto de reconocimiento mutuo, a saber; (i) Recepción de depósitos o de otros fondos reembolsables; (ii) Préstamos, incluidos, en particular, el crédito al consumo, los contratos de crédito relativos a bienes inmuebles, la factorización con o sin recurso y la financiación de transacciones comerciales (incluido el forfacting); (iii) Arrendamiento financiero; (iv) Servicios de pago, tal como se definen en el artículo 1 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago; (v) Emisión y gestión de otros medios de pago, tales como tarjetas de crédito, cheques de viaje o cheques bancarios, cuando dicha actividad no esté recogida en el punto 4; (vi) concesión de garantías y suscripción de compromisos; (vii) Transacciones por cuenta propia o por cuenta de clientes que tengan por objeto cualquiera de los siguientes instrumentos: a) Instrumentos del mercado monetario (cheques, efectos, certificados de depósito, etcétera), b) Divisas, c) Futuros financieros y opciones, d) Instrumentos sobre divisas o sobre tipos de interés o e) Valores negociables; (viii) Participación en las emisiones de valores y prestación de los servicios correspondientes; (ix) Asesoramiento a empresas en materia de estructura del capital, de estrategia empresarial y de cuestiones afines, así como asesoramiento y servicios en el ámbito de las fusiones y de las adquisiciones de empresas; (x) Intermediación en los mercados interbancarios; (xi) Gestión o asesoramiento en la gestión de patrimonios; (xii) Custodia y administración de valores negociables; (xiii) Informes comerciales; (xiv) Alquiler de cajas fuertes; y (xv) Emisión de dinero electrónico.

⁵⁰⁰ Art. 12.1 LOSSEC

⁵⁰¹ Art. 12.4 LOSSEC

sucursal quedan sometidas a la normativa de ordenación y disciplina española⁵⁰².

La LOSSEC, por su parte, exige que la entidad o entidades matrices hayan demostrado, a juicio de la autoridad supervisora competente del Estado Miembro de origen, que efectúan una gestión sana y prudente de la entidad financiera y se hayan declarado, con el consentimiento de las autoridades competentes del Estado Miembro de origen, solidariamente garantes de los compromisos asumidos por la entidad financiera⁵⁰³.

El efecto del reconocimiento del derecho de establecimiento lleva consigo el sometimiento de la entidad extranjera, en el ejercicio de su actividad en España, a las disposiciones de ordenación y disciplina de las entidades de crédito que, en su caso, resulten aplicables así como cualesquiera otras dictadas por razones de interés general, ya sean éstas de ámbito estatal, autonómico o local.

2.10. Régimen de las sucursales de terceros Estados

La LOSSEC somete la apertura de sucursales y libre prestación de servicios en España por entidades de crédito de un Estado no miembro de la Unión Europea a autorización, conforme al procedimiento que se determine reglamentariamente, disponiendo, además, el valor negativo del silencio administrativo en dichos procedimientos.⁵⁰⁴ En los mismos términos, se somete a autorización la libre prestación de servicios sin sucursal abierta en España por entidades de crédito de un Estado no miembro de la Unión Europea⁵⁰⁵.

La autorización de una sucursal de una entidad de crédito de un Estado no miembro de la UE debe ser revocada en caso de que lo fuera la de la propia entidad de crédito en su país de origen.

⁵⁰² Art. 12.4 LOSSEC: “Si la autoridades competentes del Estado miembro de origen informasen al Banco de España de que la entidad financiera ha dejado de cumplir alguno de los requisitos previstos en este apartado, las actividades llevadas a cabo por dicha entidad quedarán sometidas a la normativa de ordenación y disciplina española”.

⁵⁰³ Art. 12.2 LOSSEC

⁵⁰⁴ Art. 13.1 LOSSEC

⁵⁰⁵ Art. 13.2 LOSSEC

Se establecen una serie de obligaciones de comunicación de los citados procedimientos: (i) el Banco de España notificará a la Comisión Europea, a la Autoridad Bancaria Europea y al Comité Bancario Europeo todas las autorizaciones de sucursales concedidas a las entidades de crédito que tengan su administración central en un Estado no miembro de la Unión Europea; (ii) el BdE comunicará la revocación de la autorización otorgada a una entidad de crédito o sucursal al Ministerio de Economía y Competitividad; (iii) en el caso de revocación de la autorización de una entidad de crédito española, el BdE lo comunicará inmediatamente a las autoridades competentes del Estado Miembro en el cual la entidad tenga una sucursal o ejerza la libre prestación de servicios; y (iv) En todos los casos referidos en este apartado, la revocación de la autorización será objeto de inscripción en todos los registros públicos correspondientes.

3. La autorización de adquisición de participaciones significativas

Consecuentemente con la consideración como relevante, desde el punto de vista de la regulación, del control sobre las condiciones del núcleo promotor de las entidades de crédito a la hora de autorizarlas, el legislador ha previsto el control sucesivo y posterior, por parte del supervisor, de los cambios en el accionariado de las entidades que pueda afectar al control de su administración.

El RMUS establece, con carácter general, la obligación de notificar a la autoridad nacional competente “toda notificación de adquisición de una participación cualificada en una entidad de crédito establecida en un Estado miembro participante o toda información relacionada con dicha adquisición”. Una vez notifica, la autoridad nacional debe evaluar la adquisición propuesta y transmitir al BCE, al menos diez días laborables antes de la expiración del correspondiente plazo de evaluación establecido en el Derecho aplicable de la Unión, la notificación y una propuesta de decisión de oponerse o no a la adquisición. El BCE decide si se opone o no a la adquisición basándose en los criterios de evaluación establecidos en el Derecho aplicable de la Unión⁵⁰⁶.

Esta evaluación se realiza por el Banco de España con la finalidad de garantizar una gestión sana y prudente de la entidad de crédito en la que se propone la adquisición, y atendiendo a la posible influencia del adquirente potencial sobre

⁵⁰⁶ Art. 15 RMUS

la misma, y consiste en el análisis de la idoneidad de éste y la solidez financiera de la adquisición propuesta conforme a los criterios, procedimiento y plazo que se determinen reglamentariamente.⁵⁰⁷

Una participación es considerada significativa cuando⁵⁰⁸: en una entidad de crédito española aquélla alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad; o bien, cuando, sin llegar al porcentaje señalado, permita ejercer una influencia notable en la entidad⁵⁰⁹.

La Ley establece la obligación de notificación previa al Banco de España, indicando la cuantía de la participación prevista e incluyendo toda la información que reglamentariamente se determine en relación con (i) toda operación consistente en adquirir, directa o indirectamente, una participación significativa en una entidad de crédito española, bien incrementar, directa o indirectamente, la participación en la misma de tal forma que, o el porcentaje de derechos de voto o de capital poseído resulte igual o superior al 20, 30 o 50 por ciento, o que, en virtud de la adquisición se pudiera llegar a controlar la entidad de crédito, por parte del adquirente potencial (individualmente o actuando de forma concertada); y (ii) con carácter inmediato y por escrito (también a la entidad de la que se hayan adquirido las acciones), toda adquisición directa o indirecta, de una participación en una entidad de crédito española de tal manera que el porcentaje de derechos de voto o de capital poseído resulte igual o superior al 5 por ciento, indicando la cuantía de la participación alcanzada, por parte del adquirente (individualmente o actuando de forma concertada)⁵¹⁰.

En los casos en que el Banco de España reciba varias propuestas de adquisición o incremento de participaciones significativas en una misma entidad de crédito tratará a todos los adquirentes potenciales de forma no discriminatoria.⁵¹¹

En el caso de reducción de participaciones, la Ley establece la obligación de notificarlo, con carácter previo al Banco de España, indicando la cuantía de su participación prevista. Análogamente, deberá notificar al Banco de España si

⁵⁰⁷ Art. 18 LOSSEC

⁵⁰⁸ Art. 16 LOSSEC

⁵⁰⁹ Art. 16 LOSSEC

⁵¹⁰ Art. 17 LOSSEC

⁵¹¹ Art. 17.2. LOSSEC

ha decidido reducir su participación significativa de tal manera que el porcentaje de derechos de voto o de capital poseído resulte inferior al 20, 30 o 50 por ciento o bien que suponga la pérdida del control de la entidad de crédito de toda persona física o jurídica que haya decidido dejar de tener, directa o indirectamente, una participación significativa en una entidad de crédito⁵¹².

Por otro lado, se establece la obligación de las entidades de crédito de comunicar al Banco de España, en cuanto tengan conocimiento de ello, las adquisiciones o cesiones de participaciones en su capital que traspasen alguno de los niveles señalados, sin perjuicio de su deber de informar al Banco de España, en la forma y con la periodicidad que reglamentariamente se establezca, sobre la composición de su accionariado o sobre las alteraciones que en el mismo se produzcan. Tal información comprenderá, necesariamente, la relativa a la participación de otras entidades financieras en su capital, cualquiera que fuera su cuantía.⁵¹³

En caso de que se produzca la adquisición de participaciones significativas sin la debida notificación o cuando se realicen sin haber transcurrido el plazo para su evaluación o con la oposición expresa del Banco de España, se producirán los siguientes efectos⁵¹⁴: (i) No se podrán ejercer los derechos políticos correspondientes a las participaciones adquiridas irregularmente. Si, no obstante, llegaran a ejercerse, los votos emitidos en contravención con lo anterior serán nulos y los acuerdos adoptados serán impugnables en vía judicial siempre que los votos correspondientes a las participaciones irregularmente adquiridas hubieran sido determinantes para su adopción, según lo previsto en el Capítulo IX del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, estando legitimado al efecto el Banco de España (ii) Si fuera preciso, se acordará la intervención de la entidad o la sustitución de sus administradores, según lo previsto en el Título III; (iii) Se impondrán las sanciones previstas en el Título IV. En caso de incumplimiento de la obligación de notificación en el caso de reducción de participaciones, se podrán aplicar sanciones.

4. Las modificaciones estructurales

⁵¹² Art. 21 LOSSEC

⁵¹³ Art. 22 LOSSEC

⁵¹⁴ Art. 20 LOSSEC

A diferencia de la competencia para resolver el procedimiento de autorización y de revocación de las actividades crediticias, que en la nueva normativa pasan del Ministerio de Economía y Competitividad al BdE, las operaciones de modificación estructural (*fusión, escisión o cesión global o parcial de activos y pasivos en las que intervenga un banco, o cualquier acuerdo que tenga efectos económicos o jurídicos análogos a los anteriores*) que afecten a las entidades de crédito quedan bajo la esfera competencial del Ministerio⁵¹⁵.

La Ley remite al desarrollo reglamentario la regulación del procedimiento a seguir, si bien deberá cumplir las siguientes determinaciones: (i) con carácter previo a la resolución deberá solicitarse informe al BdE, al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, a la CNMV y a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en los aspectos de su competencia; (ii) la solicitud deberá presentarse ante la Dirección General del Tesoro y Política Financiera; (iii) el plazo para resolver es de seis meses desde la recepción de la solicitud o desde el momento en que dicha documentación se complete, en su caso, sin que puedan superarse en ningún caso los doce meses desde la presentación de la solicitud; (iv) en caso de no recaer resolución expresa en los plazos indicados, se entenderá desestimada la solicitud.

Con fines prudenciales, la Ley habilita al Banco de España para impugnar – con base en la nulidad de tales decisiones – los acuerdos adoptados en los que se hayan ejercido derechos políticos correspondientes a participaciones adquiridas irregularmente⁵¹⁶ e, incluso, proceder a la intervención o la sustitución de las entidades afectadas por tal circunstancia⁵¹⁷, imponer sanciones e, incluso, con carácter excepcional, la revocación de la autorización, *cuando existan razones fundadas y acreditadas para considerar que la influencia ejercida por las personas que posean una participación significativa en una entidad de crédito pueda resultar en detrimento de la gestión sana y prudente de la misma, que dañe gravemente su situación financiera*⁵¹⁸.

⁵¹⁵ Art. 19 y Disposición adicional Décimosegunda LOSSEC

⁵¹⁶ Art. 20 1) LOSSEC

⁵¹⁷ Art. 20. B) LOSSEC

⁵¹⁸ Art. 23 LOSSEC

5. El Registro de entidades de crédito

Con carácter previo al inicio de operaciones, las entidades que pretendan desarrollar la actividad crediticia en España deberán inscribirse en el Registro de entidades de crédito del BdE, para lo cual el supervisor ha de comprobar el cumplimiento por parte de la entidad de todos los requisitos legales⁵¹⁹.

En concreto, deberán ingresar en tal registro las siguientes entidades: (i) Las entidades de crédito españolas, una vez autorizado el ejercicio de sus actividades y constituida e inscrita debidamente la entidad conforme a la normativa que le sea de aplicación; (ii) Las sucursales de entidades de crédito autorizadas en otro Estado Miembro de la UE que ejerzan su actividad en España; (iii) Las sucursales de entidades de crédito extranjeras no autorizadas en un Estado Miembro de la UE; y (iv) La libre prestación de servicios por entidades de crédito autorizadas en otro Estado Miembro de la UE y las de terceros países que hayan comunicado el ejercicio de actividades en régimen de libre prestación de servicios.

⁵¹⁹ Art. 15.4 LOSSEC: “Adicionalmente, el BdE se encargará de la inscripción y gestión de: a) El Registro de sociedades dominantes de entidades de crédito españolas cuando tales entidades sean sociedades financieras de cartera o sociedades financieras mixtas de cartera, de acuerdo con el artículo 4.1, puntos 20 y 21, respectivamente, del Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio; b) El Registro de agentes de entidades de crédito”.

CAPÍTULO V

Los instrumentos de preservación de la continuidad de la actividad de las entidades

1. La relevancia de la continuidad de la actividad de las entidades de crédito

Evitar que las dificultades del sector bancario se transmitan a la economía real y puedan desembocar en una crisis sistémica es la razón práctica a la que responde la regulación bancaria⁵²⁰. La estructura de sistema⁵²¹ del sector y su posición estratégica con respecto del conjunto de la economía determinan no ya la existencia de unas limitaciones de la libertad de empresa, sino gran parte de las concretas disposiciones normativas que vinculan su ejercicio y de las orientaciones que guían a la Administración al aplicarlas, así como de los instrumentos de intervención de los que dispone.

En este capítulo se aborda el régimen de los instrumentos regulatorios cuyo fin es preservar la continuidad de la actividad de las entidades de crédito, esto es, para asegurar que las funciones esenciales para el funcionamiento de la economía que desempeñan dichos operadores sean realizadas, de modo que no se ponga en riesgo la estabilidad financiera o, en su caso, se minimicen los daños, y ello con independencia de las dificultades que una entidad individual, un grupo de entidades, una parte del sector bancario o, incluso, el conjunto del sector pueda atravesar.

En concreto, se estudian dos instrumentos:

⁵²⁰ Vid. H.P. MINSKY, «La reforma de la banca en 1995: la derogación de la ley Glass Steagall, asuntos básicos», *Revista de Economía Institucional*, vol. 14, n.º 26, primer semestre/2012, 269-283.

⁵²¹ Vid. Diccionario de la lengua española (DRAE), Real Academia Española, 23.ª edición, octubre de 2014. Sistema es el “conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto”.

(i) el sistema de garantía de depósitos, que tiene por objetivo principal asegurar que los depositantes puedan recuperar los fondos depositados en las entidades de crédito, aún incluso en caso de que la entidad resulte insolvente, de modo que se eviten pánicos bancarios; y

(ii) el préstamo de última instancia, que tiene por objetivo cubrir las eventuales necesidades de fondos por parte de la entidad para restituir su liquidez o solvencia, de modo que se refuerce su capacidad de hacer frente a sus obligaciones ante clientes y acreedores, incidiendo, en este caso, en la confianza recíproca entre operadores en el sistema bancario en un sentido más amplio.

2. La garantía de depósitos

2.1. Concepto

La función principal de los sistemas de garantía de depósitos es asegurar que, en los casos de insolvencia de las entidades de crédito, los depósitos constituidos en las mismas - ya sean de dinero, valores u otros instrumentos financieros - puedan ser recuperados por sus titulares⁵²², sin perjuicio de que, adicionalmente, pueden desempeñar otras funciones tales como coadyuvar en las actuaciones de refuerzo de la solvencia y liquidez de las entidades en dificultades⁵²³.

Los sistemas de garantía de depósitos actúan como una segunda línea de seguridad ante la eventual falta de solvencia de las entidades – coadyuvando con la supervisión prudencial -, al menos, en lo que respecta a los clientes incluidos en su ámbito de protección, reforzándose la estabilidad, tanto de las entidades sujetas cuyos depósitos se encuentran garantizados, como del conjunto del sistema financiero, al reducirse el riesgo de que tengan lugar pánicos bancarios⁵²⁴.

⁵²² Vid. STJUE, Pleno, de 12 de octubre de 2004, c-222/02.

⁵²³ Vid. DE ÁGUILA QUESADA, J.; CORTÉS GARCÍA, F.J.; FERNÁNDEZ RUIZ, I.; GARCÍA MORENO, F.J., *op. cit.*, 37; Vid. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “El Fondo de Garantía...”; AYADI, R. y LASTRA, R., «Proposals for reforming deposit guarantee schemes in Europe», *Journal of Banking Regulation*, vol. 11, 3, 210-222, 3, 210-222.; MACDONALD, R., *Deposit Insurance*, Handbooks in Central Banking, nº 9, Centre for Central Banking Studies, Banco de Inglaterra, Londres, 1996.

⁵²⁴ Vid. ZUNZUNEGUI, F., La regulación jurídica internacional del mercado financiero, Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales, Vol.2, 2009, 63-90.

A la vista de sus funciones, no resulta sorprendente que las principales modificaciones de configuración hayan venido históricamente vinculadas a episodios de crisis bancarias: la *Federal Deposit Insurance Corporation*, la entidad encargada de la garantía de depósitos en Estados Unidos de América, fue creada por la *Banking Act* en 1933, en el contexto de las reformas que siguió a la Crisis de 1929, o que, en nuestro país, también en el contexto de una profunda crisis económica y bancaria, se crearan los primeros fondos de garantía de depósitos en 1977, mediante el Real Decreto 3048/1977, de 11 de noviembre⁵²⁵.

Análogamente, en el contexto de la actual crisis financiera - que ha tenido un fuerte componente sistémico - el refuerzo del régimen de la garantía de depósitos y el incremento de la cuantía garantizada ha sido una medida adoptada de manera generalizada y coordinada⁵²⁶ si bien sin que se haya alcanzado una homogeneización completa de dicho régimen a nivel europeo.

La aspiración de incluir en el catálogo de instrumentos regulatorios un régimen único de garantía de depósitos como elemento facilitador de la integración financiera a nivel comunitario y el desarrollo del Mercado Interior ha chocado históricamente, sin embargo, con fuertes resistencias derivadas de las implicaciones que para los intereses de los depositantes de cada país tenía el compartir los riesgos de sistemas bancarios cuya regulación estaba tradicionalmente fragmentada⁵²⁷ y del coste político que para los gobiernos nacionales conlleva avanzar en esta dirección.

En este sentido, cabe señalar que incluso en el actual contexto de reforma global de la regulación bancaria y la instauración de la Unión bancaria y la extensión del Código Bancario Único, no se ha conseguido establecer un régimen común completo en esta materia, limitándose los avances logrados a una mayor armonización en aspectos puntuales.

⁵²⁵ Vid. MARTÍNEZ MULERO, V., «La relevancia del factor riesgo en la regulación del Fondo de Garantía de Depósitos de entidades de crédito», *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 31, Nº 125, 2012, 241-262.

⁵²⁶ Vid. Fernández de Lis, S.; Manzano, D.; Ontiveros, E. y Valero, F.J., *op. cit.*, 16.

⁵²⁷ Vid. CARRASCO MORALES, A., «Notas sobre los intentos armonizadores del seguro de depósitos bancarios en la Comunidad Europea», *Información Comercial Española*, nº 703, 1992.

La Directiva 94/19/CE relativa a los sistemas de garantía de depósitos había establecido, como uno de los requisitos para que las entidades pudieran desarrollar actividades crediticias, la obligación de estar adheridas a un sistema de garantía de depósitos conforme a sus determinaciones. Esta Directiva parte de dos principios fundamentales⁵²⁸: (i) La garantía del país de origen, de modo que los sistemas de garantía de depósitos instaurados en un Estado Miembro cubrirán a los depositantes de sucursales creadas por entidades de crédito en otros Estados Miembros; y (ii) la prohibición de exportación del régimen más favorable, que impide que el nivel de cobertura exceda del máximo que ofrezca el sistema de garantía del Estado Miembro de acogida.

Sin alejarse de los principios señalados, el contenido de esta Directiva experimentó novedades en el contexto de la reciente reforma regulatoria bancaria europea: el 16 de abril de 2014 se aprobaba la Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los sistemas de garantía de depósitos que incrementa la cuantía mínima garantizada por los fondos de garantía a 100.000 Euros y la obligación de que los fondos estén dotados con un mínimo del 0,8% de los depósitos garantizados.

No obstante, recientemente, los máximos mandatarios de las Instituciones de la UE han vuelto a poner de manifiesto la conveniencia de poner en marcha un sistema de garantía de depósitos a nivel europeo, a fin de mejorar la capacidad de los sistemas bancarios de responder ante eventuales episodios de crisis, proponiendo, como solución pragmática, la configuración de dicho sistema como una garantía de los actuales sistemas nacionales⁵²⁹.

2.2. Función económica

⁵²⁸ Vid. MÉNDEZ ÁLVAREZ-CEDRÓN J. M^a, “Estructura de gobierno del fondo de reestructuración ordenada bancaria y los fondos de garantía de depósito”, conferencia pronunciada en las XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado, Ministerio de Justicia, 25, 26 y 27 de noviembre de 2009.

⁵²⁹ Vid. JUNCKER, J.C., TUSK, D., DIJSSELBLOEM, J., DRAGHI, M. Y SCHULZ, M., *op. cit.*, 13.

La protección de los depositantes, en general, y la garantía de depósitos, de manera específica, coadyuvan con el objetivo de que la actividad bancaria se desarrolle en un contexto de mercado activo⁵³⁰, al reforzar la confianza recíproca entre los diferentes sujetos que participan en el sistema financiero.

Estos instrumentos actúan como elementos de compensación de la desventaja que, *a priori*, tienen los clientes en relación con los intermediarios bancarios, sobre todo en términos de información, incrementando la confianza del público en el funcionamiento del sistema y en la garantía de sus posiciones, y, consecuentemente, de los operadores del sector entre sí, así como elementos de reducción del riesgo sistémico del sector bancario, al actuar como cortafuegos ante eventuales pánicos bancarios.

Atendiendo a las disposiciones del Derecho positivo, la regulación de las funciones encomendadas por el ordenamiento al FGD ha experimentado variaciones durante la actual reforma, vinculadas a las prioridades tomadas en cuenta en cada etapa de la misma: En un primer momento⁵³¹, se le atribuye una doble función: garantizar los depósitos en entidades de crédito hasta el límite previsto⁵³², por un lado, y la realización de actuaciones que refuercen la solvencia y funcionamiento de una entidad en dificultades, por otro, siempre en defensa de los intereses de los depositantes, del propio Fondo y del conjunto del sistema integrado por las entidades de crédito adheridas al mismo⁵³³.

Sin embargo, el Real Decreto Ley 24/2012 modificó esta disposición en el sentido de eliminar de las funciones del Fondo su participación en las actuaciones de refuerzo de la solvencia y el funcionamiento de las entidades, función que queda atribuida con carácter exclusivo al FROB, regla que ha sido derogada por la LRR, que prevé la participación del FGD en la resolución de las entidades de crédito, para lo cual, se le faculta para “*ejecutar cualquier medida de apoyo financiero de las previstas en el apartado siguiente que facilite la resolución de la entidad*”⁵³⁴.

⁵³⁰ Vid. SALAS FUMÁS, V., «Gobierno de los Bancos...», 10.

⁵³¹ Redacción original del Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.

⁵³² Art. 8 RDLFGD

⁵³³ Art. 2.1 RDLFGD

⁵³⁴ Art. 11 LRR

2.3. **Ámbito de aplicación**

El régimen de garantía de depósitos en España viene regulado por el Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, que atribuye al mismo, con carácter exclusivo, tal función.

La adhesión al FGD es obligatoria para todas las entidades de crédito españolas excepto para el Instituto de Crédito Oficial⁵³⁵. Por lo que respecta a las sucursales de entidades de crédito de Estados no miembros de la Unión Europea que operen en España deben adherirse, en principio, al FGD, si bien podrá disponerse su exención de dicha obligación cuando ofrezcan un nivel de protección a los depositantes igual o superior al establecido en el RDLFGD⁵³⁶.

2.4. **Contenido jurídico**

2.4.1. *Garantía de los fondos*

El Fondo de Garantía de Depósitos garantiza tanto los depósitos como los valores u otros instrumentos financieros confiados a una entidad de crédito, dentro del importe máximo de 100.000 Euros, configurándolas como dos garantías diversas y compatibles entre sí⁵³⁷.

Por lo que se refiere a los depósitos, la garantía resulta de aplicación cuando (i) la entidad haya sido declarada o se tenga judicialmente por solicitada la declaración en concurso de acreedores; o (ii) habiéndose producido impago de depósitos y siempre y cuando no se haya acordado la apertura de un proceso de resolución de la entidad, el Banco de España determine - a la mayor brevedad posible y, en cualquier caso, deberá resolver dentro del plazo máximo que se determine reglamentariamente, tras haber comprobado que la entidad no ha logrado restituir los depósitos vencidos y exigibles - que la entidad se encuentra en la imposibilidad de restituirlos inmediatamente por razones directamente relacionadas con su situación financiera⁵³⁸.

⁵³⁵ Art. 5.1 RDLFGD

⁵³⁶ Art. 5.2. RDLFGD

⁵³⁷ Art. 10.2 RDLFGD

⁵³⁸ Art. 8.2 RDLFGD

Por lo que respecta a los valores u otros instrumentos financieros confiados a una entidad de crédito, los supuestos para que la garantía actúa son los siguientes: (i) Que la entidad de crédito haya sido declarada o se tenga judicialmente por solicitada la declaración de concurso de acreedores, y esas situaciones conlleven la suspensión de la restitución de los valores o instrumentos financieros; no obstante, no procederá el pago de esos importes si, dentro del plazo previsto reglamentariamente para iniciar su desembolso, se levantara el concurso mencionado; o (ii) que, habiéndose producido la no restitución de los valores o instrumentos financieros, el Banco de España determine que la entidad de crédito se encuentra en la imposibilidad de restituirlos en el futuro inmediato por razones directamente relacionadas con su situación financiera, determinación que el Banco de España ha de adoptar a la mayor brevedad posible y, en cualquier caso, deberá resolver sobre la procedencia de la indemnización dentro del plazo máximo que se determine reglamentariamente⁵³⁹.

Adicionalmente, el Fondo indemniza a los inversores que hayan confiado a una entidad de crédito adherida a ellos recursos dinerarios, valores u otros instrumentos financieros, para su depósito y administración o para la realización de algún servicio de inversión de los contemplados en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en los supuestos anteriormente mencionados⁵⁴⁰.

2.4.2. Apoyo a la resolución de entidades

Conforme a la nueva redacción del artículo 11 de la Ley del FGD, introducida por la LRR, el FGD vuelve a desempeñar funciones relacionadas con el apoyo a la resolución de entidades. En este sentido, se faculta al FGD para “*ejecutar cualquier medida de apoyo financiero de las previstas en el apartado siguiente que facilite la resolución de la entidad*”, entre las que se señalan el otorgamiento de garantías, la concesión de préstamos o créditos y la adquisición de activos o pasivos, pudiendo mantener su gestión o encomendarla a un tercero, con dos condiciones: (i) la medida debe ejecutarse en el marco de un plan de

⁵³⁹ Art. 8.2 RDLFGD

⁵⁴⁰ Art. 9 RDLFGD

resolución aprobado , y (ii) el FGD “*no podrá asumir un coste financiero superior al desembolso que hubiese tenido que realizar de optar, en el momento de apertura del proceso de resolución, por realizar el pago de los importes garantizados en caso de liquidación de la entidad*”⁵⁴¹.

La LRR, por su parte, dispone, en relación con las medidas de resolución acordadas por el FROB que afecten a las entidades afiliadas, la obligación del FGD de asumir los siguientes costes: (i) cuando se aplique el instrumento de recapitalización interna, el importe en el que se tendrían que amortizar los depósitos cubiertos para absorber las pérdidas de la entidad en caso de que los depósitos garantizados se hubieran incluido en el ámbito de aplicación del instrumento de recapitalización interna y se hubieran amortizado en el mismo grado que los créditos de los acreedores con el mismo rango en la jerarquía de acreedores de acuerdo con la legislación concursal; y (ii) cuando se apliquen uno o varios instrumentos de resolución distintos de los de recapitalización interna, el importe de las pérdidas que habrían sufrido los depositantes garantizados, en caso de que hubieran sufrido pérdidas en proporción a las sufridas por los acreedores con el mismo rango en la jerarquía de acreedores de acuerdo con la legislación concursal⁵⁴².

En relación con esta función, debe tenerse en cuenta, no obstante, que dado el carácter privilegiado que atribuye la DRRB – y su norma de trasposición al ordenamiento español, la LRR – el ámbito de la actuación del FGD en la resolución puede verse limitado de hecho⁵⁴³.

2.5. Cuantía

El Fondo garantiza los depósitos en dinero y en valores u otros instrumentos financieros constituidos en las entidades de crédito, con el límite de 100.000 euros para los depósitos en dinero o, en el caso de depósitos nominados en otra divisa, su equivalente aplicando los tipos de cambio correspondientes; así como para los inversores que hayan confiado a una entidad de crédito valores u otros instrumentos financieros⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ Art. 11.1 RDLFGD

⁵⁴² Art. 53.7 LRR

⁵⁴³ Vid. ABASCAL, M.; FERNÁNDEZ DE LIS, S., Y PARDO, J.C., *El Mecanismo Único de Resolución en el contexto de la Unión bancaria*, en Fernández Méndez de Andés, F., *Anuario del Euro 2014*, Fundación de Estudios Financieros Madrid, 2014, 185-209, 205.

⁵⁴⁴ Art. 10 RDLFGD.

2.6. Efectos de la aplicación de la garantía

En caso de aplicación de la garantía, el Fondo de Garantía de Depósitos queda subrogado en los derechos del acreedor o inversor correspondientes al importe pagado, siendo suficiente título aquel en que conste dicho pago.

Por lo que respecta a los valores u otros instrumentos financieros confiados a la entidad fuesen restituidos por ésta con posterioridad al pago de la garantía, *el Fondo podrá resarcirse del importe satisfecho, total o parcialmente, si el valor de los que haya de restituir fuese mayor que la diferencia entre el de los que fueron confiados a la entidad y el importe pagado al inversor, estando facultado, a tal fin, a enajenarlo en la cuantía que resulte procedente, según el procedimiento y criterio de atribución y valoración que reglamentariamente se establezca*⁵⁴⁵.

2.7. El Fondo de Garantía de Depósitos

2.7.1. Creación y régimen jurídico

El Real-Decreto-Ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito fusiona los antiguos Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorro, Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios y el Fondo de Garantía de Depósitos en Cooperativas de Crédito⁵⁴⁶.

De esta forma, el ordenamiento jurídico se adapta a la realidad del sector, en la que las entidades desarrollan actividades cualitativamente análogas con independencia de su naturaleza, circunstancia que venía siendo reclamada durante los años precedentes⁵⁴⁷: todas las entidades de crédito españolas

⁵⁴⁵ Art. 8.2 RDLFGD

⁵⁴⁶ Art. 2.2. RDLFGD

⁵⁴⁷ Vid. MÉNDEZ ÁLVAREZ-CEDRÓN, J.M^a y HERNÁNDEZ CRISTÓBAL, F., «La insuficiente armonización de los fondos de garantía de depósitos en la UE», *Papeles de la Fundación de Estudios Financieros*, Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos, Madrid, 2008, 135-152.

pertenecerán a este fondo con carácter obligatorio. Quedan excluidos de su cobertura los Establecimientos Financieros de Crédito y el Instituto de Crédito Oficial, mientras que el régimen de adhesión de las sucursales de entidades de crédito extranjeras operantes en España habrá de ser determinado reglamentariamente⁵⁴⁸.

El Fondo dispone de personalidad jurídica propia, con plena capacidad para el desarrollo de sus fines, en régimen de derecho privado y sin sujeción a las normas reguladoras de los organismos públicos y las sociedades mercantiles estatales y se le atribuye, asimismo, un régimen fiscal particular eximiéndole del Impuesto de Sociedades y de cualesquiera impuestos indirectos⁵⁴⁹.

2.7.2. *Patrimonio y dotación*

El nivel objetivo mínimo que deberán alcanzar los recursos del Fondo de Garantía de Depósitos es de 0,8 por 100 de los depósitos cubiertos, si bien se prevé la posibilidad de que el Fondo solicite la reducción de este nivel mínimo hasta el 0,5 por cien, atendiendo a circunstancias tales como (i) *la escasa probabilidad de que una parte significativa de los recursos del compartimento de garantía de depósitos se utilicen para medidas de protección de los depositantes distintas de procedimientos de resolución*; o (ii) *la probabilidad de que las entidades de crédito se vean sujetas a procedimientos de resolución en caso de quiebra debido al alto grado de concentración del sector bancario y al gran volumen de los activos de las principales entidades*⁵⁵⁰.

El FGD se financia mediante las aportaciones de las entidades adheridas al mismo. En concreto, su patrimonio procede de las siguientes fuentes⁵⁵¹: (i) la integración de los fondos de los que procede en cuyos derechos y obligaciones se subroga y de los siguientes recursos: (ii) aportaciones anuales de las entidades de crédito integradas en él, cuyo importe será determinado reglamentariamente en función de la tipología de cada entidad no pudiendo superar el 3 por mil de los depósitos a los que se extiende su garantía, en función de la tipología de las entidades de crédito, y que se suspenderán cuando el fondo patrimonial no comprometido en operaciones propias del objeto del Fondo iguale o supere

⁵⁴⁸ Art. 5 RDLFGD

⁵⁴⁹ Art. 3 RDLFGD

⁵⁵⁰ Art. 6.4 RDLFGD

⁵⁵¹ Art. 6.1 RDLFGD

el 1 % de los depósitos de las entidades adscritas a él; (iii) las derramas que realice el Fondo entre las entidades adheridas al mismo, distribuidas según la base de cálculo de las aportaciones, que se registrarán como patrimonio una vez sean acordadas; y (iv) los recursos captados en los mercados de valores, préstamos o cualesquiera otras operaciones de endeudamiento. Todo ello, sin perjuicio de que el Fondo realizará las actuaciones necesarias para restaurar su suficiencia cuando su patrimonio resulte insuficiente para el desarrollo de sus funciones⁵⁵².

En el caso de que alguna de las entidades de crédito no realice debidamente sus aportaciones al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito o incumpla cualquiera de las obligaciones que le correspondan frente al mismo, podrá ser excluida del Fondo, una vez que hayan fracasado las medidas que se adopten para asegurar su cumplimiento. Será competente para acordar la exclusión el titular del Ministerio de Economía y Hacienda, a propuesta del BdE y previo informe de la Comisión Gestora del Fondo⁵⁵³.

2.7.3. Organización del Fondo de Garantía de Depósitos

La responsabilidad sobre la gestión y administración del Fondo es atribuida a una Comisión Gestora⁵⁵⁴ integrada por doce miembros elegidos para un plazo de 4 años renovables, seis designados por el BdE (entre ellos el Subgobernador, que además asume la presidencia) y seis por las asociaciones representativas de las entidades de crédito adheridas (tres por las asociaciones representativas de los bancos, uno por las de cajas de ahorros y uno por las de cooperativas de crédito), que habrán de cumplir los requisitos de reconocida honorabilidad comercial y profesional y poseer conocimientos y experiencia adecuados para el ejercicio de sus funciones en los mismos términos exigidos para la creación de bancos⁵⁵⁵.

⁵⁵² Art. 6.2 RDLFGD

⁵⁵³ Art. 5.3 RDLFGD

⁵⁵⁴ Art. 7 RDLFGD

⁵⁵⁵ Art. 4 RDLOSSEC

3. El préstamo de última instancia en el contexto de la UEM

El préstamo de última instancia es el mecanismo mediante el cual una institución, habitualmente el banco central, provee de dinero a las entidades de crédito en situaciones de emergencia⁵⁵⁶.

Se trata de un mecanismo cuyas funciones, naturaleza y efectos presenta una indudable proximidad con la política monetaria, con la que presenta muy relevantes semejanzas, pero que conceptualmente queda al margen de ésta, y ello en razón del objetivo que se pretende mediante su implementación, que no es otro que mantener la estabilidad, directamente de la institución beneficiaria, e indirectamente del conjunto del sistema bancario, objetivos ambos que son propios de la regulación bancaria frente al tradicional enfoque de la política monetaria más centrado en objetivos macroeconómicos como la estabilidad de precios o el crecimiento económico.

Tradicionalmente se han señalado dos funciones básicas en las que se puede descomponer el préstamo de última instancia: (i) la gestión de crisis, amortiguando las tendencias favorecedoras de la aparición de pánicos bancarios propias de la actividad bancaria; y (ii) la generación de liquidez conforme a las necesidades del mercado⁵⁵⁷.

Frente a la concepción clásica del prestamista de última instancia como solución estrictamente de cierre del sistema ante situaciones límite de falta de liquidez (excluyéndose a las entidades no solventes de la posibilidad de acceder al préstamo, la obligación que la provisión de fondos se haga a un tipo de interés superior al de mercado, exigencia de garantías suficientes, y anuncio público de la aplicación de la provisión de liquidez)⁵⁵⁸, como señala LASTRA, la evolución de la institución ha llevado a que (i) la necesidad del préstamo de última instancia no se limita a la provisión de liquidez, sino que se extiende a la provisión de solvencia a las entidades; y (ii) el préstamo de última instancia

⁵⁵⁶ Vid. **BORDO, M.**, «*The Lender of Last Resort: Alternative Views and Historical Experience*», *Economic Review*, Federal Reserve Bank of Richmond, 1990.

⁵⁵⁷ Vid. **FREIXAS, X.**, El prestamista de última instancia en el entorno financiero actual, Els Opuscles del CREI, nº 4, Centre de Recerca en Economia Internacional, Universitat Pompeu Fabra, 1999, 5.

⁵⁵⁸ Vid. **FREIXAS, X.**, *ibídem*, 10.

no es utilizado, en la práctica, como una operación puntual, sino más bien como el inicio de una larga cadena de intervenciones públicas, principalmente vía inyección de capital público, a fin de estabilizar la situación de la entidad o entidades afectadas por la situación de emergencia e, indirectamente, del conjunto del sistema⁵⁵⁹.

Esta lógica informa el sistema de préstamo de última instancia dual en el contexto de la reforma regulatoria en la UE, sobre todo orientada por la necesidad de contar con un sistema de préstamo de última instancia en la zona Euro⁵⁶⁰: por un lado, la provisión de liquidez a los bancos por parte de los bancos centrales nacionales, al margen de las tareas del BCE pero sometido a su control; y por otro, la provisión de solvencia en caso de insuficiencia de los fondos de resolución, que se atribuye a los Estados y, en última instancia, al MEDE al preverse en su régimen la posibilidad, incluso, de recapitalización directa de entidades.

3.1. La provisión urgente de liquidez por parte del Banco Central

3.1.1. Contenido

Bajo la denominación de provisión urgente de liquidez nos referimos a un conjunto de operaciones, al margen de la política monetaria, por las que el banco central nacional provee de liquidez, mediante la inyección de dinero o de cualquier otra asistencia que sea necesaria que implique el incremento del dinero a

⁵⁵⁹ Vid. **LASTRA, R.**, «Lender of Last Resort, an International Perspective», *International and Comparative Law Quarterly*, 48, 1999, 340-361.

⁵⁶⁰ Vid. **DE LA DEHESA, G.**, *Cambios institucionales necesarios en el área Euro*, en Fernández Méndez de Andrés, F. (dir.), *La Crisis en Europa: ¿Un problema de deuda soberana o una crisis del Euro?*, Papeles de la Fundación, nº 44, Fundación de Estudios Financieros, 2012: “En primer lugar, permitiendo que el BCE sea el prestamista de última instancia del área euro y que pueda actuar como cualquier otro banco central, prestando a los bancos del área cuando lo necesiten a cambio de un colateral elegible, comprando deuda soberana en el mercado secundario cuando lo considere necesario, inyectando liquidez al sistema cuando lo considere conveniente y pudiendo incluso prestar al Tesoro Europeo una vez este sea finalmente creado. Esta última decisión de crear un Tesoro Europeo, como veremos más adelante, necesitará modificar el Tratado”; **FERNÁNDEZ MÉNDEZ DE ANDÉS, F.**, y **NAVARRETE ROJAS, F.**, “Un Euro con futuro. Un Mecanismo Europeo de Garantía de Depósitos y Resolución Bancaria para la moneda única europea”, *Papeles FAES*, Septiembre, 2011.

disposición de las entidades de crédito cuando excepcionalmente atraviesen por dificultades⁵⁶¹.

3.1.2. *Base legal*

La base legal de la provisión urgente de liquidez por parte de los bancos centrales nacionales es el artículo 14.4 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, que les habilita para ejercer funciones distintas de las especificadas por dicha norma bajo su responsabilidad y sin que se consideren parte de las funciones del Eurosistema. Previéndose, eso sí, que el Consejo de Gobierno del BCE pueda oponerse a la adopción de tales medidas por mayoría de dos tercios de los votos emitidos.

En este sentido, debe recordarse la vinculación de estas medidas por una de las reglas sobre las que se sostiene el funcionamiento del SEBC: la Prohibición de la financiación monetaria, establecida en el artículo 123 TFUE y desarrollada por el Reglamento (CE) 3603/93, consistente en la inadmisibilidad de la financiación, por parte del Banco Central, de las obligaciones del sector público frente a terceros⁵⁶².

3.1.3. *Requisitos de aplicación*

La entidad o el grupo que reciba la asistencia ha de ser solvente, de modo que las dificultades por las que atraviere y que determinen la solicitud debe tener carácter circunstancial. En este sentido, en caso de que dicho requisito no fuera exigido y se aportara la asistencia a entidades insolventes o con problemas de

⁵⁶¹ Vid. BCE, Procedimientos de provisión urgente de liquidez (procedimientos relativos a la actuación del Consejo de Gobierno de conformidad con el artículo 14.4 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo en lo que respecta a la provisión urgente de liquidez a las entidades de crédito),

⁵⁶² Vid. VÁZQUEZ LEPINETTE, T., «La Ley 9/2012, de reestructuración y resolución de las entidades de crédito como derecho de excepción», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 30/2013; NITZE, K., *Finanzhilfen für Euro-Staaten in der Krise*, Duncker & Humblot, 2014.

liquidez no transitorios este mecanismo estaría sobrepasando su ámbito de actuación e *invadiendo* el de la resolución⁵⁶³.

Además, la provisión de liquidez debe aplicarse a un tipo de interés que incluya una penalización para la entidad beneficiaria, venir respaldada por activos suficientes utilizados como colateral y ser adoptada por el banco central sin que medie contrapartida alguna por parte del Estado⁵⁶⁴.

En principio, no se establece un límite máximo de provisión de liquidez ni por banco central ni por entidad beneficiaria, si bien cuando el volumen de la operación exceda de EUR 500 millones el banco central nacional deberá informar con carácter previo al BCE de la misma. Igualmente, si el volumen exceda de EUR 2.000 millones, el Consejo de Gobierno tendrá que evaluar si la asistencia puede afectar el funcionamiento del Eurosistema, pudiendo establecer un límite a su importe al periodo de ejecución⁵⁶⁵.

3.1.4. Procedimiento

La provisión de liquidez se efectúa por parte del Banco Central nacional, estableciéndose un control *ex post* por parte del BCE.

El banco central que provea la asistencia debe informar al BCE en el plazo máximo de 2 días hábiles desde que se haya efectuado la operación, incluyendo los siguientes datos: (i) el beneficiario de la operación; (ii) la fecha de valor y de vencimiento de la asistencia; (iii) el volumen de los recursos provistos; (iv) la divisa en que se ha efectuado la operación; (v) el colateral o las garantías contra las que se ha prestado la asistencia, su valoración, los ajustes de valoración, descuentos y las condiciones relevantes del contrato; (vi) la tasa de interés aplicada; (vii) la razón por la que se ha efectuado la operación; (viii) la valora-

⁵⁶³ Vid. URÍA FERNÁNDEZ, F., «El nuevo régimen europeo de resolución bancaria», Revista de derecho bancario bursátil, Año nº 34, Nº 138, 2015, 7.

⁵⁶⁴ Vid. LAPRÉVOTE, F. CH. y PARON, M., «The Commission's Decisional Practice on State Aid to Banks : An Update», European State Aid Law Quarterly, 1/2015, 97.

⁵⁶⁵ BCE, Procedimientos de provisión urgente de liquidez (procedimientos relativos a la actuación del Consejo de Gobierno de conformidad con el artículo 14.4 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo en lo que respecta a la provisión urgente de liquidez a las entidades de crédito),

ción del supervisor prudencial sobre la situación patrimonial de la entidad beneficiaria que acredite su situación de solvencia; (ix) en su caso, la valoración de los efectos trasfronterizos de la operación⁵⁶⁶.

La información facilitada debe ser actualizada a diario, cuando experimente cambios relevantes. Además, el Consejo de gobierno del BCE puede solicitar que se amplíe la información cuando sea necesario.

3.2. La recapitalización por parte del MEDE

El Tratado del MEDE prevé la posibilidad de que se provea asistencia para la recapitalización de entidades financieras de cualquier Estado Miembro, ya sea directa o indirectamente,⁵⁶⁷ con el objetivo de solventar situaciones de necesidad circunscritas al ámbito del sector financiero, ajenas a cuestiones estructurales o de política fiscal y al margen de programas de ajuste macroeconómico⁵⁶⁸, y ello sin perjuicio de que un Estado pueda utilizar fondos provistos por el MEDE en el marco de uno de estos programas para la recapitalización de entidades⁵⁶⁹.

3.2.1. Recapitalización indirecta

La primera de las opciones de recapitalización por parte del MEDE es la asistencia mediante el préstamo al Estado de origen de la entidad beneficiaria, consistente en la provisión por parte del primero de los fondos necesarios para recapitalizar la entidad o entidades en cuestión, mediante cualquiera de los instrumentos previstos en el Derecho de la UE y con el objetivo de restablecer la

⁵⁶⁶ BCE, Procedimientos de provisión urgente de liquidez (procedimientos relativos a la actuación del Consejo de Gobierno de conformidad con el artículo 14.4 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo en lo que respecta a la provisión urgente de liquidez a las entidades de crédito),

⁵⁶⁷ Art. 15 Tratado MEDE

⁵⁶⁸ Art. 1.3. Guideline on Financial Assistance for the Recapitalisation of Financial Institutions, MEDE.

⁵⁶⁹ Art. 1.4. Guideline on Financial Assistance for the Recapitalisation of Financial Institutions, MEDE.

situación patrimonial de la entidad y garantizar la estabilidad del sistema financiero, evitando contagios⁵⁷⁰.

La recapitalización indirecta puede llevarse a término cuando la entidad beneficiaria reúna los siguientes requisitos: (i) debe quedar acreditada la inexistencia de alternativas diferentes para la recapitalización, tanto por parte de la entidad como del Estado; (ii) La entidad debe tener importancia sistémica, poniendo en riesgo la estabilidad del sistema financiero, bien del Estado o del conjunto de la UE, la situación; (iii) El Estado debe acreditar su capacidad para devolver el préstamo, incluso en el supuesto de que no resultare posible recuperar el capital inyectado a la entidad y la existencia de un cuadro macroeconómico y fiscal saneado.

El procedimiento se inicia mediante la solicitud del Estado afectado al Presidente del Consejo de gobernadores, en la que se incluirá: (i) la identificación de la entidad concernida; (ii) el importe de la asistencia requerida; (iii) el tipo de títulos a emplear en la recapitalización; (iv) el resultado del último test de stress realizado a la institución; (v) el resto de información que se considere relevante.

Recibida la solicitud, el Consejo de Gobernadores solicitará a la Comisión, el BCE y la ABE la valoración del cumplimiento de los requisitos señalados anteriormente para poder proceder a la recapitalización.⁵⁷¹ En base a estos análisis, el Director hará una propuesta sobre la admisión o no de la solicitud, que deberá ser decidida por el Consejo de Gobernadores⁵⁷².

En caso de que sea admitida la solicitud y concedido el préstamo, el Estado afectado deberá comunicarlo a la Comisión, a fin de evaluar su adecuación con el régimen de ayudas de Estado⁵⁷³.

⁵⁷⁰ Art. 2.2. Guideline on Financial Assistance for the Recapitalisation of Financial Institutions, MEDE.

⁵⁷¹ Art. 4.2. Guideline on Financial Assistance for the Recapitalisation of Financial Institutions, MEDE.

⁵⁷² Art. 4.3. Guideline on Financial Assistance for the Recapitalisation of Financial Institutions, MEDE.

⁵⁷³ Art. 4.4. Guideline on Financial Assistance for the Recapitalisation of Financial Institutions, MEDE.

En caso de que sea compatible, se procederá a la negociación y firma del Memorando de Entendimiento entre el Estado y el MEDE (pudiendo firmarlo la Comisión en representación de éste) en el que se regula la condicionalidad de la ayuda (relativa a la entidad en cuestión, el sistema financiero u otras políticas de tipo horizontal)⁵⁷⁴.

La Comisión realizará un seguimiento del cumplimiento del régimen de ayudas de Estado, por sí mismo, y del resto de condiciones impuestas, en colaboración con el BCE y la ABE. Adicionalmente, se realizará un seguimiento por el FMI⁵⁷⁵.

La recapitalización podrá efectuarse en uno o varios tramos, pudiendo implicar cada uno de ellos varios desembolsos⁵⁷⁶.

3.2.2. Recapitalización directa

Por Resolución del Consejo de Gobernadores de 8 de diciembre de 2014 (SG/BoG/2014/05/04), se ha aprobado la posibilidad de proceder a la recapitalización directa de entidades establecidas en alguno de los Estados Miembros por parte del MEDE, en base al artículo 15 del Tratado, con el objetivo de restablecer la situación patrimonial de la entidad y garantizar la estabilidad del sistema financiero, evitando contagios y, en especial, con el fin de evitar la afección de la capacidad de financiación del Estado debido a la situación del sistema financiero⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ Art. 4.5. Guideline on Financial Assistance for the Recapitalisation of Financial Institutions, MEDE.

⁵⁷⁵ Art. 5 Guideline on Financial Assistance for the Recapitalisation of Financial Institutions, MEDE.

⁵⁷⁶ Art. 6.1. Guideline on Financial Assistance for the Recapitalisation of Financial Institutions, MEDE.

⁵⁷⁷ Los máximos mandatarios de la Instituciones e la UE ha señalado la necesidad de revisar la eficacia de este procedimiento entre las tareas pendientes para la consecución plena de la UB. *Vid.* JUNCKER, J.C., TUSK, D., DIJSSELBLOEM, J., DRAGHI, M. Y SCHULZ, M., *op. cit.*, 13.

Los requisitos que deben cumplir las entidades beneficiarias son: (i) encontrarse, efectiva o potencialmente, en situación de incumplimiento de los requisitos de capital fijados por el BCE, siendo incapaz de conseguir recursos suficientes, incluido vía *bail-in*; (ii) tener relevancia sistémica⁵⁷⁸. Se prohíbe que el dinero de la asistencia se destine a la liquidación de entidades⁵⁷⁹.

Adicionalmente, se exige el cumplimiento de los siguientes requisitos por parte del Estado afectado: (i) ser incapaz de proveer la asistencia financiera necesaria a la entidad sin incurrir en graves perturbaciones para su economía; (ii) resultar necesaria la asistencia financiera para garantizar la estabilidad de su sistema financiero o del de la UEM⁵⁸⁰.

La solicitud de la asistencia debe realizarse por el Estado Miembro, en los mismos términos que los señalados para la recapitalización indirecta⁵⁸¹ y encomendar a la Comisión, el BCE y la ABE la valoración de la concurrencia de requisitos para prestar la asistencia tramitándose de igual manera: en base a dicha valoración el Director elevará una propuesta sobre la admisibilidad o no de la solicitud al Consejo de gobernadores, que es el órgano que adopta la decisión. Una vez presentada la solicitud, el MEDE requerirá al BCE para que asuma directamente la supervisión de la entidad afectada, en el caso de que no la hubiera asumido con anterioridad⁵⁸².

En caso de que se decida la concesión de la ayuda, ésta deberá ser notificada a la Comisión a efectos del control sobre Ayudas de Estado⁵⁸³ y se procederá a la elaboración, por el MEDE, en colaboración con el Estado Miembro y la entidad y siendo consultado el BCE, de un plan de reestructuración que garantice

⁵⁷⁸ Art. 3.1. Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions, MEDE

⁵⁷⁹ Art. 2.3. Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions, MEDE

⁵⁸⁰ Art. 3.2. Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions, MEDE

⁵⁸¹ Art. 4.1. Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions, MEDE

⁵⁸² Art. 4.2. Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions, MEDE

⁵⁸³ Art. 4.4. Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions, MEDE

la viabilidad de la entidad, que deberá ser aprobado por el Consejo de Dirección y remitido a la Comisión⁵⁸⁴.

El Director es responsable de realizar una *due diligence*, test de *stress* y valoración completa de la situación patrimonial de la entidad a fin de determinar sus necesidades exactas de capital⁵⁸⁵.

El MEDE encomendará (i) a la Comisión, en colaboración con el BCE, el Director y, en su caso, el FMI, la negociación con el Estado de un Memorandum de Entendimiento en el que se regule la condicionalidad de la asistencia; (ii) al Director, en colaboración con la Comisión, el BCE y el Estado afectado, el establecimiento de condiciones específicas a la entidad, tales como la imposición de límites en las remuneraciones de sus administradores y directivos, que deberán ser incluidas en la propuesta al Consejo de gobernadores de Decisión sobre el acuerdo con la entidad; (iii) al Director, en colaboración con la Comisión, el BCE y el Estado afectado, la elaboración de la propuesta de acuerdo de asistencia financiera a ser adoptada por el Consejo de gobernadores, en la que se detalle el importe de la ayuda, sus condiciones y los instrumentos a aplicar. Tanto la propuesta de acuerdo con la entidad como la de Decisión de concesión de la misma deben ser remitidas en paralelo al Consejo de Gobernadores⁵⁸⁶.

Una vez que la Comisión haya dado el visto bueno a la ayuda en relación con el régimen de control de ayudas de Estado, el Consejo de Dirección podrá aprobar la firma de la asistencia y del acuerdo con la entidad, y proceder a desembolsar el primer tramo de la ayuda⁵⁸⁷.

⁵⁸⁴ Art. 4.5. Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions, MEDE

⁵⁸⁵ Art. 7 Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions, MEDE

⁵⁸⁶ Art. 4.8. Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions, MEDE

⁵⁸⁷ Art. 4.10 Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions, MEDE

La asistencia puede ser provista en uno o varios tramos, y cada uno de ellos componerse de varios desembolsos. Se hará en los términos contenidos en el acuerdo con la entidad⁵⁸⁸.

Una vez concedida la asistencia, la actividad de la entidad queda sometida a una pluralidad de controles y labores de seguimiento, a saber: por la Comisión, en relación con el régimen de ayudas de Estado, pudiendo la Comisión nombrar un delegado que asista a las reuniones de los órganos de dirección y administración de la entidad⁵⁸⁹; (ii) por el MEDE, en colaboración con la Comisión y el BCE, para el control de las condiciones específicas impuestas a la entidad, previéndose que el MEDE nombre un delegado que podrá asistir a las reuniones de los órganos de administración y dirección de la misma⁵⁹⁰; (iii) por la Comisión, en colaboración con el BCE, el MEDE y, en su caso, con el FMI, para el control del cumplimiento del resto de condiciones.⁵⁹¹ Adicionalmente, se podrá decidir la imposición de un control adicional por el FMI.⁵⁹² El MEDE, la Comisión Europea y el BCE podrán realizar inspecciones in situ en la entidad afectada⁵⁹³.

Como regla general, el Estado afectado deberá participar en la recapitalización en la misma medida que el MEDE, si bien, en caso de que la situación de las finanzas públicas no se lo permita sin causar un grave riesgo para la estabilidad financiera, el MEDE podrá asumir sus contribuciones, adoptando estas la naturaleza de préstamos a largo plazo al Estado⁵⁹⁴.

⁵⁸⁸ Art. 6 Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions, MEDE

⁵⁸⁹ Art. 5.1. Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions, MEDE

⁵⁹⁰ Art. 5.2. Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions, MEDE

⁵⁹¹ Art. 5.3. Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions, MEDE

⁵⁹² Art. 5.5. Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions, MEDE

⁵⁹³ Art. 5.4. Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions, MEDE

⁵⁹⁴ Art. 9 Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions, MEDE

Durante la recapitalización el MEDE podrá adoptar decisiones sobre el modelo de negocio, el gobierno corporativo de la entidad o su política de riesgos⁵⁹⁵.

La recapitalización termina por el pago por parte de la entidad del dinero prestado y sus intereses, por Acuerdo del Consejo de Dirección. En cualquier momento, a propuesta del Director, el Consejo de Gobernadores podrá decidir la salida del MEDE de la entidad beneficiaria, procediendo a la venta de los instrumentos de capital adquiridos de una vez o en varios tramos. En estos casos, el Estado será informado por el MEDE por vía confidencial. El Estado no podrá desprenderse de los instrumentos de capital de la entidad que posea en tanto que el MEDE siga presente en el capital sin la previa autorización del Consejo de Gobernadores⁵⁹⁶.

3.3. El Bail-out por parte de los Estados: Los instrumentos gubernamentales de estabilización financiera

La DRRB no excluye la posibilidad de que en casos de extraordinario riesgo sistémico, con carácter excepcional, se rompa la prohibición de asunción por parte de los poderes públicos de las deudas procedentes de la resolución, eso sí, sometido al régimen de ayudas de Estado y con el requisito mínimo de que los accionistas y acreedores de la entidad hayan asumido el equivalente del 8% de las deudas.

Esta medida se articula mediante lo que la Directiva denomina instrumentos gubernamentales de estabilización financiera⁵⁹⁷, que consisten en la concesión de ayudas financieras públicas extraordinarias a los efectos de participar en la resolución de una entidad o de intervenir directamente para evitar su liquidación, a fin de cumplir los objetivos fijados para la resolución, en relación con el Estado Miembro o con la Unión en su conjunto.

Para que se pueda aplicar esta medida debe verificarse el cumplimiento de una de las siguientes condiciones:

⁵⁹⁵ Art. 11 Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions, MEDE

⁵⁹⁶ Art. 12 Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions, MEDE

⁵⁹⁷ Art. 56 DRRB

(iii) que el ministerio competente o el gobierno y la autoridad de resolución, previa consulta al banco central y a la autoridad competente, determinen que la aplicación de otros instrumentos de resolución no sería suficiente para evitar efectos adversos importantes en la estabilidad financiera;

(iv) que el ministerio competente o el gobierno y la autoridad de resolución determinen que la aplicación de otras medidas de resolución no sería suficiente para proteger el interés público, cuando la entidad haya recibido previamente ayudas extraordinarias en forma de liquidez del banco central;

(v) por lo que respecta al instrumento de capital público temporal, el ministerio competente o el gobierno, tras consultar con la autoridad competente y la autoridad de resolución, determinará que la aplicación de los instrumentos de resolución no sería suficiente para proteger el interés público, cuando la entidad haya recibido previamente ayuda en forma de capital a través del instrumento de apoyo al capital.

La Directiva exige que esta medida se utilice como último recurso, que se aplique de conformidad con el régimen de las ayudas de Estado y que se lleve a cabo bajo la dirección del ministerio competente o del gobierno en estrecha cooperación con la autoridad de resolución.

Los instrumentos de estabilización financiera podrán aplicarse en dos modalidades diferentes: a) un instrumento público de apoyo al capital; b) un instrumento de capital público temporal.

3.3.1. Instrumento público de apoyo al capital

Consiste en la inyección directa de fondos, por parte del Estado y de conformidad con el Derecho de sociedades nacional, a cambio de instrumentos de capital ordinario de nivel 1 o de otros instrumentos de capital o de nivel 1 o nivel 2.⁵⁹⁸ En estos casos el Estado pasa a ser accionista de la entidad, si bien, la Directiva exige que (i) Los Estados Miembros, en la medida en que su participación de capital lo permita, garantizarán que dichas entidades o sociedades sujetas al instrumento público de apoyo al capital conforme al presente artículo

⁵⁹⁸ Art. 57.1 DRRB

se gestionen de forma comercial y profesional⁵⁹⁹; y (ii) velarán por que su participación en la entidad se transmita al sector privado en cuanto lo permitan las circunstancias comerciales y financieras⁶⁰⁰.

3.3.2. Instrumento de capital público temporal

Conforme a este instrumento, los Estados Miembros podrán asumir el capital público temporal de una entidad.⁶⁰¹ Con este fin, el Estado Miembro podrá realizar una o más órdenes de transmisión de participaciones en las que el destinatario sea: a) un mandatario del Estado Miembro, o b) una sociedad que sea propiedad enteramente del Estado Miembro⁶⁰², con la condición de que las entidades se gestionen de forma comercial y profesional y se transmita al sector privado en cuanto lo permitan las circunstancias comerciales y financieras⁶⁰³.

⁵⁹⁹ Art. 57.2 DRRB

⁶⁰⁰ Art. 57.3 DRRB

⁶⁰¹ Art. 58.1 DRRB

⁶⁰² Art. 58.2 DRRB

⁶⁰³ Art. 58.3 DRRB

Parte III

Los mecanismos de la Unión bancaria

CAPÍTULO VI

La nueva arquitectura financiera

1. La nueva distribución de las competencias regulatorias

1.1. La arquitectura financiera

Para ejercitar las potestades atribuidas por el ordenamiento jurídico, la Administración reguladora necesita disponer de una estructura (medios financieros, materiales y personales), de unos adecuados mecanismos de adopción y ejecución de sus decisiones y actos⁶⁰⁴ y de unas reglas de relación entre sí y con el resto del ordenamiento⁶⁰⁵: es la denominada arquitectura de la regulación financiera⁶⁰⁶.

La necesidad de adaptar la arquitectura de la regulación a la realidad cada vez más integrada – tanto entre subsectores como en sentido geográfico – de las actividades financieras ha determinado que se hayan adoptado relevantes medidas en relación con la estructura organizativa de los poderes públicos a fin de ordenar estas actividades a nivel global y, de modo especial, en el contexto europeo al cristalizar en la puesta en marcha de la Unión bancaria.

Las principales novedades introducidas en la arquitectura regulatoria mundial a raíz de la crisis financiera han sido la transformación del Financial Stability

⁶⁰⁴ Vid. **LASTRA, R.**, «*The Governance Structure for Financial Regulation and Supervision in Europe*», *The Columbia Journal of European Law*, vol. 10, 2003, 49-68: “Governance has to do on the one hand with the allocation of power and on the other hand with the exercise of power”.

⁶⁰⁵ Vid. **GARICANO, L., LASTRA, R.M.**, *Towards a New Architecture for Financial Stability*, en Cottier, T.; Jackson, J.; Lastra, R.M. (ed.), *International Law in Financial Regulation and Monetary Affairs*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

⁶⁰⁶ Vid. **CARUANA LACORTE, J.**, «*Regulación e innovación...*», 20.; Vid. Wymeersch, E., *Europe's New Financial Regulatory Bodies*, *Journal of Corporate Law Studies*, October 2011, 443-462.

Forum en el FSB, dotándolo de un nuevo marco jurídico y funciones y la atribución de poderes de supervisión del FMI⁶⁰⁷. En el ámbito europeo, por su parte, se ha producido una notable transferencia de poderes de regulación y supervisión sobre el sector bancario sin precedentes en ningún otro sector económico en el contexto de la construcción europea. A nivel nacional, se ha producido un proceso de centralización del poder en torno a las instituciones de ámbito nacional provocado por el cambio en la estructura del sector (bancaización de las cajas de ahorros).

Si bien la estabilidad financiera es el hilo conductor común de la regulación bancaria en la práctica totalidad de los países de nuestro entorno jurídico-político, la estructura organizativa y régimen jurídico presenta una amplia variedad, tanto a nivel nacional como internacional⁶⁰⁸. Muestra de ello es que, siquiera una superficial aproximación a la regulación financiera, revela la participación de un amplio elenco de organismos en la regulación del sistema financiero: foros de cooperación intergubernamental, instituciones financieras internacionales, comités de coordinación entre reguladores nacionales, foros de colaboración entre el sector público y privado, o agencias reguladoras, entre otras⁶⁰⁹.

La relación entre la regulación del sector bancario y la del conjunto de las actividades financieras - la política financiera es el “*conjunto de intervenciones públicas en el sector financiero, estando la regulación englobada en el mismo y, a su vez, situando la regulación bancaria como una subespecie de la Regulación del sistema financiero*”⁶¹⁰ - y, más concretamente, en cómo se articula se manifiesta mediante una amplísima variedad de enfoques en los diferentes

⁶⁰⁷ Vid. **BLACK, J.**, *Restructuring Global and EU Financial Regulation*, en Wymeerch, E.; Hopt, K.; y Ferrarini, G. (edit.), *Financial Regulation and Supervision, a post-crisis analysis*, Oxford University Press, 2014, 19.

⁶⁰⁸ Vid. **BUSCH, A.**, *Banking Regulation and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

⁶⁰⁹ Vid. **IGLESIAS-RODRÍGUEZ, P.**, *The Accountability of Financial Regulators. A European and International Perspective*, Wolters Kluwer, 2014.

⁶¹⁰ Vid. **NACIONES UNIDAS**, *Report of the Commission of Experts of the President of the United Nations General Assembly on Reforms of the International Monetary and Financial System*, septiembre de 2009.

ordenamientos jurídicos. Siguiendo a la doctrina más autorizada podemos clasificar los diferentes enfoques de estructuración de esta materia en las cuatro categorías siguientes⁶¹¹:

a) *El enfoque sectorial o de tres pilares*

El enfoque sectorial consiste en la atribución de la supervisión de los operadores a órganos diferenciados en función de la actividad principal de cada entidad regulada, contando con organismos dedicados específicamente al sector bancario, al de seguros o a los mercados de valores.

Esta opción presenta dos grandes ventajas: (i) la especialización del regulador, que presenta un más especializado conocimiento de cada sector y (ii) desde el punto de vista de las entidades sujetas a su autoridad, una mayor seguridad jurídica, en tanto que solo están sometidas a la vigilancia de un único organismo.

Precisamente en esta cercanía entre sujetos regulados, sin embargo, residen sus desventajas, en tanto que facilite la aparición de episodios de captura del regulador. Otras limitaciones de este enfoque están vinculadas a la falta de adaptación del modelo a la realidad cambiante del sector financiero: al condicionarse la competencia del órgano regulador a la actividad principal de las entidades y, en consecuencia, sus prácticas y personal que va a llevar a cabo esta función, se les presenta a éstas una clara oportunidad de arbitraje regulatorio, pudiendo “elegir” quién las va a regular.

b) *El enfoque funcional*

De acuerdo con este enfoque, cada regulador se ocupa de una actividad, con independencia de la naturaleza de la entidad que la lleve a cabo. De esta manera se reduce la posibilidad de arbitraje regulatorio, pues son las actividades – materialmente consideradas – y no la calificación de la entidad las que determinan

⁶¹¹ Para un análisis más detallado de los diferentes modelos *Vid. WYMEERSCH, E.*, «*The Structure of Financial Supervision in Europe: About Single Financial Supervisors, Twin Peaks and Multiple Financial Supervisors*», *European Business Organization Law Review*, n° 8, 2007, 237-306, en el que se hace un análisis comparativo de los modelos de regulación y supervisión financiera en los Estados de la UE.

la sujeción a uno u otro organismo regulador. Sin embargo, tal decisión es que las entidades en este modelo quedan sujetas a la autoridad de una pluralidad de organismos, lo que puede reducir el grado de seguridad jurídica y, en cualquier caso, implicar un incremento de los costes regulatorios.

La principal ventaja de este enfoque, sin embargo, puede convertirse en una debilidad del modelo: aplicado en su forma más estricta, presenta la carencia de un órgano que regula el Sistema Financiero en su conjunto, obteniendo información sobre la totalidad de las entidades y actividades y analizándola y tomando decisiones de acuerdo con los objetivos globales del sistema.

Desde el punto de vista práctico, la principal debilidad de este enfoque reside en la dificultad de identificar, clasificar y distribuir las actividades objeto de la regulación, más si cabe si consideramos la tendencia a la innovación experimentada por el sector financiero en los últimos años. Por otro lado, este modelo tampoco evita otras debilidades del institucional, como la potencial aparición de conflictos entre reguladores o la inexistencia de un órgano encargado del conjunto del Sistema. Puede criticarse este modelo de regulación por objetivos no resuelve el problema de que un organismos esté habilitado para tener conocimiento y tomar decisiones sobre el conjunto del Sistema, y que podrían aparecer duplicidades de tareas o conflictos entre reguladores.

c) *El enfoque twin peaks*

Es una variante del enfoque funcional que consiste en el reparto de funciones entre dos organismos reguladores, de modo que se atribuye al banco central la supervisión prudencial de todos los intermediarios financieros, bancarios o no, es decir, su actividad interna y su solvencia, mientras que otro regulador se ocupa de la vigilancia de la prestación de servicios financieros y las actividades desarrolladas en los mercados de valores⁶¹².

⁶¹² Este modelo fue propuesto por **TAYLOR, M.**, “Twin Peaks”: A Regulatory Structure for the New Century, Centre for the Study of Financial Innovation, Londres, 1995.

El modelo Twin Peaks fue el que más en boga estaba durante los primeros años tras el estallido de la crisis financiera, cuando se comenzaba a plantear la reforma regulatoria, tanto a nivel nacional⁶¹³ como en los países de nuestro entorno⁶¹⁴, si bien, como expondremos más adelante, en el ámbito de la Unión bancaria se ha optado, finalmente, por un modelo de tipo sectorial, con matices del modelo funcional.

d) *El enfoque integrado*

Al discutir los pros y contras de los enfoques anteriores, identificamos una desventaja común: las dificultades para coordinar sus acciones evitando duplicidades, para poner en común la información de la que disponen, para hacer compatibles sus diferentes estructuras materiales y humanas y sus procedimientos y formas de actuación y, en ocasiones, la posible aparición de conflictos entre ellos.

⁶¹³ El entonces Vicepresidente económico del Gobierno, Sr. Solbes Mira, en su primera comparecencia de la IX Legislatura ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados, en la que presentaba las líneas generales de la política de su departamento para la legislatura, señalaba la reforma de supervisión financiera como uno de los objetivos, guiado precisamente por un esquema cercano al enfoque “twin peaks”, *Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, sesión núm. 2 celebrada el jueves, 8 de mayo de 2008, Año 2008 IX Legislatura Núm. 26: “Se reformará el esquema de supervisión financiera, separando la supervisión de la solvencia de la de los comportamientos y prácticas en los mercados. Quiero detenerme algo más sobre este punto. El papel central que el sistema financiero ocupa dentro de la actividad económica general, su contribución a la estabilidad y el crecimiento económico, a la atención de las necesidades sociales y a la financiación adecuada de las iniciativas empresariales exige contar con mecanismos eficaces de supervisión financiera. En este sentido, se llevará a cabo una reordenación de las competencias en materia de supervisión e inspección sobre el sistema financiero que mejore su eficacia en la vigilancia de la solvencia y competitividad de los intermediarios financieros y de la transparencia de los mercados en los que actúan, en el marco de la política comunitaria de estabilidad e integración financiera”.*

⁶¹⁴ En el informe de la Inspection Générale des Finances de enero de 2009 se proponía para Francia la implantación de un sistema que seguía este modelo, *Vid. INSPECTION GENERALE DES FINANCES, De la mission de reflexion et de propositions sur l’organisation et le fonctionnement de la supervision des activites financieres en France, Ministère de l’économie, de l’industrie et de l’emploi, 2009.*

Como respuesta a estos problemas, surgió el conocido como modelo de regulador único o de regulación y supervisión integrada⁶¹⁵. La característica esencial del modelo integrado es que una única autoridad es la encargada de velar por la estabilidad del Sistema Financiero y las entidades que lo forman ocupándose de la supervisión prudencial de las mismas. Este modelo se ha extendido con rapidez, y en apenas tres décadas se ha ido implantando en numerosos países⁶¹⁶.

Con esta solución disminuyen, evidentemente, los posibles conflictos entre reguladores, si bien, no se evitan los que afectan a materias que, sin ser propiamente de regulación del sistema financiero, están íntimamente relacionadas con ella, como, por ejemplo, la política monetaria. Al mismo tiempo, al existir un solo regulador desaparece la posibilidad de que las entidades puedan buscar el arbitraje regulatorio, al menos en relación con la autoridad que la lleva a cabo, así como el problema de la coordinación y cooperación entre distintos organismos, el regulador único dispondrá de toda la información posible, la analizará desde una perspectiva global y tendrá autoridad plena para poder tomar decisiones sobre el conjunto del sistema.

Las principales críticas que se hacen a este modelo están relacionadas con la potencial falta de especialización del regulador en relación con los subsectores financieros y en el peligro de que se centre en algún objetivo concreto dejando el resto desatendidos parcialmente, además de que no resulta sencilla su puesta en marcha debido a la importante ruptura que supone en relación con los modelos tradicionales al afectar a organismos y a dinámicas muy asentadas en la tradición administrativa de los Estados.

⁶¹⁵ Vid. ČIHÁK, M., y PODPIERA, R., *Is One Watchdog Better Than Three? International Experience with Integrated Financial Sector Supervision*, IMF Working Papers, Fondo Monetario Internacional, Washington D.C., 2006, donde se analiza la experiencia de supervisión integrada en los países donde se ha aplicado este modelo.

⁶¹⁶ Prueba del éxito del modelo integrado es el número de países donde se ha implantado, de acuerdo con MARTÍNEZ PARERA, M., «Organización de la supervisión financiera: ¿hacia un modelo twin peaks?», *Economistas*, nº 120, 2009, 20-27, entre 1980 y 2007, año del comienzo de la crisis financiera, se pasó de un país con modelo integrado a 32, 12 de los cuales eran miembros de la UE, lo que nos da idea de que no solamente se había incrementado el número de países que habían optado por este modelo, sino que además esta preferencia se había entre algunos de los países con sistemas financieros más desarrollados.

1.2. La supervisión financiera en el plano internacional: el debate sobre la regulación financiera global

Acaso la más evidente lección de la crisis financiera está relacionada con la insuficiencia de la tradicional regulación bancaria de base estatal⁶¹⁷ y la consiguiente necesidad de coordinar la regulación a nivel global a fin de mejorar su eficacia⁶¹⁸. Se trata de una cuestión que, si bien ya se había puesto de manifiesto en los años anteriores, pero los episodios recientes han determinado que la reforma bancaria haya sido guiada en una sustancial medida, tanto a nivel político como técnico, por las instancias internacionales⁶¹⁹, produciéndose un

⁶¹⁷ Vid. DAVIS, H. Y GREEN, D., *Global Financial Regulation: The Essential Guide*, Polity Press, 2008.

⁶¹⁸ El debate sobre el desarrollo de una regulación financiera mundial debe enmarcarse en una discusión más amplia como es la del desarrollo de un *Derecho Administrativo Global* vinculado a un nuevo modelo de gobernanza de las relaciones de interdependencia económica de ámbito supranacional. Cuestiones como los flujos migratorios, la sanidad, las telecomunicaciones, la protección medioambiental, el comercio, la persecución de determinados delitos y, por supuesto, los sistemas financieros, trascienden a los Estados y su regulación, si se pretende que sea efectiva, ha de llevarse a cabo con medios que superen los instrumentos habituales del Derecho nacional e internacional. Por ello, se hace necesario el desarrollo de mecanismos globales de ordenación de la actividad de los poderes públicos y privados que participan en los mercados mundiales, al fin y al cabo el Derecho Público se funda en el control de la actividad de esos poderes y sólo se justifica si es capaz de dirigirlos hacia la satisfacción del interés general. No son útiles ya los modelos basados exclusivamente en el acuerdo entre Estados. La realidad ha desbordado el Derecho Internacional como sustrato de la regulación en importantes ámbitos. Los instrumentos tradicionales de regulación basados en el Derecho de base estatal, complementados por acuerdos entre Estados de manera puntual, se ven superados por la necesidad de desarrollar sistemas de regulación transnacionales, basados en una cooperación regulatoria de ámbito general y no necesariamente basados en tratados internacionales, dando lugar a instrumentos jurídicos novedosos, en ocasiones menos formales. Es lo que la doctrina ha calificado como desplazamiento de las decisiones regulatorias del nivel nacional al nivel global. Vid. Kinsbury, B., N. Kirsch, y R. Stewart. *El surgimiento del Derecho Administrativo Global*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2010.

⁶¹⁹ Vid. ZUNZUNEGUI, F., "La regulación jurídica internacional...", 13.

claro salto cualitativo en esta orientación con respecto de experiencias anteriores⁶²⁰.

En este sentido, como señalan GARICANO Y LASTRA, la crisis ha puesto de manifiesto la necesidad de desarrollar una supervisión financiera a nivel internacional que tienda a una organización de tipo jerárquico, frente a la tradicional estructura de cooperación entre reguladores y supervisores de ámbito nacional que caracterizaba la regulación en los años precedentes⁶²¹.

Sin haberse alcanzado plenamente tal objetivo, la reforma se ha traducido en un proceso de globalización del ejercicio del poder público que, sin embargo, trasciende al ámbito de la regulación bancaria, pues tiene un evidente significado constitucional al implicar la atribución, de modo más o menos directo, de poderes jurídicos que, hasta el momento habían sido considerados como manifestaciones del poder soberano de los Estados, no ya a organizaciones internacionales, sino, incluso, a redes formales o informales de reguladores o a foros de cooperación técnica de naturaleza jurídico-privada⁶²².

1.2.1. El papel del FMI en la supervisión de los sistemas financieros

En relación con la necesidad de contar con una estructura de supervisión a nivel internacional y que parte de la doctrina ha identificado al FMI como un organismo especialmente indicado para que se le encomendaran tales responsabilidades⁶²³.

En esta línea, desde septiembre de 2010, con base en el artículo IV de su Estatuto, el FMI supervisa, con carácter obligatorio, la estabilidad de las economías

⁶²⁰ Vid. BRESCIA MORRA, C., *Le linee evolutive della disciplina dei controlli pubblici sulla finanza dopo la crisi recente*, en Capriglione, F. (dir.), *L'ordinamento finanziario italiano*, 2ª edición, Ed. CEDAM, Milán, 2010, 369 y ss.

⁶²¹ Vid. GARICANO, L., LASTRA, R.M., *Towards a New Architecture...*, 7.

⁶²² Vid. DARNACULETA I GARDELLA, M^a M. y SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a A., «Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera», *Revista de administración pública*, nº 183, 2010, 139-177.

⁶²³ Vid. LASTRA, R.M., «The role of the IMF as a global financial authority», *European Yearbook of International Economic Law (EYIEL)*, vol. 2, 2011.

de los 25 países considerados como de importancia sistémica⁶²⁴ con base en una interpretación extensiva de la competencia de la institución, desde su papel original como supervisor de un código internacional de conducta a supervisor de las políticas macro económicas y de otras cuestiones como la política estructural o financiera de los Estados⁶²⁵, lo cual es un relevante cambio, toda vez que hasta ahora la labor del FMI en relación con los sistemas financieros nacionales se había limitado a la asistencia técnica, sin disponer de poderes ejecutivos⁶²⁶.

1.2.2. La cooperación política y técnica de alto nivel: el G20 y el FSB

Desde el comienzo de la Crisis el G-20 se ha erigido en el foro de impulso político que a nivel global ha liderado las reformas del sector, incluidas las de tipo regulatorio, sirviéndose del FSB como foro de cooperación técnica de alto nivel⁶²⁷.

El *Plan de Acción de Washington*, adoptado por el G-20 en la Cumbre celebrada en la capital estadounidense en noviembre de 2008, ha servido de guía a las de las reformas en materia de regulación financiera a nivel internacional. Este programa está basado en los siguientes principios: (i) fortalecer la *transparencia* y la rendición de cuentas por parte de las empresas de servicios financieros; (ii) mejorar la regulación, la supervisión prudencial y la gestión del riesgo; y (iii) promover la integridad de los mercados y, con carácter específico

⁶²⁴ Vid. FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, Public Information Notice (PIN) No. 10/135, septiembre de 2010.

⁶²⁵ Vid. LASTRA, R.M., *ibídem*.

⁶²⁶ Vid. BLACK, J., *op. cit.*, 29.

⁶²⁷ Vid. G20, Declaration of the Summit on Financial Markets and the World Economy, Noviembre de 2008. El punto 1 de la Declaración de los jefes de Estado y de Gobierno del Grupo de los 20 muestra con claridad la determinación para liderar el proceso de reformas necesarias para facilitar la salida de la crisis económica y financiera: “*We, the Leaders of the Group of Twenty, held an initial meeting in Washington on November 15, 2008, amid serious challenges to the world economy and financial markets. We are determined to enhance our cooperation and work together to restore global growth and achieve needed reforms in the world's financial systems*”.

en relación con la dimensión supranacional, fomentar la cooperación internacional y reformar las Instituciones Financieras Internacionales⁶²⁸.

El FSB fue instituido en 2008⁶²⁹, sustituyendo al Financial Stability Forum (FSF)⁶³⁰, con el objetivo de ampliar su ámbito de acción, como instrumento de gestión a nivel de cooperación política internacional en la respuesta a la crisis financiera⁶³¹. Está formado tanto por autoridades reguladoras nacionales como instituciones financieras internacionales y otros organismos competentes en la materia, incluidos bancos centrales⁶³². La sede de su secretaría se encuentra en Basilea, en el Banco de Pagos Internacionales de Basilea⁶³³.

Su objetivo es “*coordinar a nivel internacional el trabajo de las autoridades financieras nacionales y los organismos reguladores internacionales para desarrollar y promover la aplicación de políticas de regulación y supervisión financiera efectivas*” y “*afrontar las vulnerabilidades del sistema financiero global*”⁶³⁴.

⁶²⁸ Vid. **G20**, Declaration of the Summit on Financial Markets and the World Economy, Noviembre de 2008, punto 9.

⁶²⁹ Vid. **G20**, Declaration Summit on Financial markets and the World Economy, 15 de noviembre de 2008.

⁶³⁰ El FSF había sido creado en febrero de 1999, por acuerdo del G7 con el objetivo de contar con un Grupo de Alto Nivel en el que participaran autoridades nacionales, reguladores y supervisores y bancos centrales, capaz de asesorar a los gobiernos en materia de estabilidad financiera.

⁶³¹ Vid. **DAVIS, H.** y **GREEN, D.**, *Global Financial Regulation: The Essential Guide*, Polity Press, 2008, 113-118.

⁶³² Son miembros del FSB los siguientes países: Alemania, Arabia Saudí, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, China, Corea, España, Estados Unidos, Francia, Hong Kong, India, Indonesia, Italia, Japón, México, Países Bajos, Reino Unido, Rusia, Singapur, Sudáfrica, Suiza y Turquía; Adicionalmente, forman parte del FSB diversas organizaciones internacionales (BCE, Banco de Pagos Internacionales, Banco Mundial, Comisión Europea, FMI y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) y entidades reguladoras globales.

⁶³³ Art. 4 Charter of the Financial Stability Board

⁶³⁴ Art. 1 Charter of the Financial Stability Board

Más allá de su rol como foro de cooperación y de comunicación entre los ministros de Finanzas y los gobernadores de los bancos centrales de las principales economías a nivel mundial⁶³⁵, así como de las principales organizaciones internacionales con competencias en la materia, el FSB ha asumido, en los últimos años, funciones reguladoras, que se traducen en la elaboración de estándares y en el seguimiento, evaluación y garantía del cumplimiento⁶³⁶.

Los cometidos del FSB son (i) valorar las vulnerabilidades del sistema financiero, identificar y supervisar las acciones necesarias para enfrentarlas; (ii) promover la coordinación y el intercambio de información entre las autoridades responsables de la estabilidad financiera; (iii) seguir los desarrollos de los mercados y asesorar sobre sus implicaciones regulatorias; (iv) analizar y asesorar las prácticas adecuadas para cumplir con los estándares regulatorios; (v) emprender revisiones estratégicas conjuntas de las políticas que desarrollan los organismos emisores de estándares, para asegurar que sus iniciativas son oportunas, que están coordinadas y que abordan las cuestiones prioritarias; (vi) elaborar directrices para la organización de colegios supervisores, y apoyar su establecimiento; (vii) gestionar planes de contingencia para casos de crisis transfronterizas, en particular por lo que afecta a entidades sistémicas; y (viii) colaborar con el FMI en la realización de ejercicios de alerta temprana⁶³⁷.

1.2.3. La cooperación técnica multilateral entre supervisores: el Comité de Supervisión Bancaria

El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea⁶³⁸ fue creado en 1974 en el marco del Banco de Pagos Internacionales de Basilea⁶³⁹. Su función principal

⁶³⁵ El BdE y el Ministerio de Economía y Hacienda son los representantes españoles en el FSB.

⁶³⁶ Vid. **BLACK, J.**, *op. cit.*, 28.

⁶³⁷ Art. 2 Charter of the Financial Stability Board

⁶³⁸ Para una exposición detallada del régimen y funciones del Comité de Supervisión bancaria de Basilea, Vid. **LEÑERO BOHÓRQUEZ, R.**, *El Comité de Basilea como poder público global para la armonización normativa bancaria. Implicaciones para el Derecho público*, en Salvador Armendáriz, M^a A. (dir.), *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, ed. Aranzadi, Zizur Menor, 2014, 183 – 251.

⁶³⁹ Vid. **CARUANA LACORTE, J.** y **COARDEWENER, K.**, «*La historia del Comité de Basilea en materia de regulación de la solvencia: retos pasados, presentes y futuros*», *Perspectivas del*

es coordinar la regulación de las entidades financieras con actividad internacional mediante la elaboración de recomendaciones que, aunque no resultan de aplicación directa, surten efectos mediante su introducción en el Derecho positivo⁶⁴⁰. Está formado por autoridades reguladoras y supervisoras nacionales o regionales⁶⁴¹, y dispone de una estructura organizativa estable (Presidencia, Secretaría y Comité), así como de grupos, grupos de trabajo y grupos especiales para llevar a cabo sus trabajos.

El Comité carece de potestades normativas formales, si bien sus miembros se comprometen a *“instrumentar y aplicar las normas del BCBS en su jurisdicción nacional en el plazo establecido por el Comité”* y a *“someterse y participar en los exámenes del BCBS para evaluar la compatibilidad y eficacia de las normas y prácticas de supervisión nacionales con respecto a las normas del BCBS”*⁶⁴².

sistema financiero, Nº 102, 2011, 1-16.

⁶⁴⁰ Vid. Carta estatutaria del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS).

⁶⁴¹ Argentina: Central Bank of Argentina; Australia: Reserve Bank of Australia, Australian Prudential Regulation Authority; Belgium: National Bank of Belgium; Brazil: Central Bank of Brazil; Canada: Bank of Canada, Office of the Superintendent of Financial Institutions; China: People's Bank of China, China Banking Regulatory Commission; France: Bank of France, Prudential Supervision and Resolution Authority; Germany: Deutsche Bundesbank, Federal Financial Supervisory Authority (BaFin); Hong Kong: SAR Hong Kong Monetary Authority; India: Reserve Bank of India; Indonesia: Bank Indonesia, Indonesia Financial Services Authority; Italy: Bank of Italy; Japan: Bank of Japan, Financial Services Agency; Korea: Bank of Korea, Financial Supervisory Service; Luxembourg: Surveillance Commission for the Financial Sector; Mexico: Bank of Mexico, Comisión Nacional Bancaria y de Valores; Netherlands: Netherlands Bank; Russia: Central Bank of the Russian Federation; Saudi Arabia: Saudi Arabian Monetary Agency; Singapore: Monetary Authority of Singapore; South Africa: South African Reserve Bank; Spain: Bank of Spain; Sweden: Sveriges Riksbank, Finansinspektionen; Switzerland: Swiss National Bank, Swiss Financial Market Supervisory Authority FINMA; Turkey: Central Bank of the Republic of Turkey, Banking Regulation and Supervision Agency; United Kingdom: Bank of England, Prudential Regulation Authority; United States: Board of Governors of the Federal Reserve System, Federal Reserve Bank of New York, Office of the Comptroller of the Currency, Federal Deposit Insurance Corporation; European Union: European Central Bank, European Central Bank Single Supervisory Mechanism; Bank for International Settlements; Basel Consultative Group : European Banking Authority; European Commission; International Monetary Fund.

⁶⁴² Art. 5 Carta Estatutaria del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea

El Comité emite tres tipos de reglas: (i) las normas o *standards*, que deben ser plenamente aplicadas por los miembros, con carácter mínimo, pudiendo establecer requisitos más exigentes en la legislación nacional⁶⁴³; Directrices o *guidelines*, que detallan y complementan las normas; y (iii) Buenas prácticas o *sound practices*, que pretenden favorecer un entendimiento común de las normas internacionales⁶⁴⁴.

1.3. La regulación bancaria en España

1.3.1. La distribución de competencias entre niveles administrativos en el nivel nacional

La CE atribuye al Estado la competencia sobre las “bases de la ordenación del crédito, banca y seguros”, conforme a la regla del artículo 149.1.11^a, y sobre “coordinación de la planificación económica general de la actividad económica”, conforme a la regla del artículo 149.1.13^a. Además, la Constitución dispone otros títulos competenciales en favor del nivel estatal relativos a otras materias afines, tales como la competencia exclusiva sobre legislación mercantil o sobre Hacienda General y Deuda del Estado.

Estos son los títulos que desde la aprobación de la Constitución han servido de base competencial para la legislación estatal en materia de regulación bancaria y que, del mismo modo, habilitan al Estado para la aprobación de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, tal y como señala la Disposición final decimoprimeras.

Centrándonos en la regla 13^a del artículo 149 CE, por ser la más específicamente dedicada a la materia que nos ocupa en este trabajo, existe consenso extendido sobre que “*la competencia exclusiva estatal no agota el ámbito de la intervención pública en materia de ordenación del crédito, banca y seguros*”, sino que, conforme a la redacción de la norma, resulta posible la habilitación al nivel autonómico, cuando así se prevea en los Estatutos de Autonomía, para establecer la “*legislación de desarrollo*” e, incluso, la “*ejecución*” de tal normativa⁶⁴⁵.

⁶⁴³ Art. 12 Carta Estatutaria del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea

⁶⁴⁴ Art. 14 Carta Estatutaria del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea

⁶⁴⁵ Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X., «*Las competencias autonómicas de supervisión de las entidades de crédito*», *Revista de Administración Pública*, nº 178, Madrid, 2009, 37-87.

Las Comunidades Autónomas han ido asumiendo en sus Estatutos de Autonomía un conjunto de competencias propio que ha merecido la protección por parte del TC⁶⁴⁶ y así ha asumido el legislador estatal en materia de protección del cliente bancario.⁶⁴⁷

El TC vinculaba la posibilidad de intervención estatal en la materia, no solamente justificada en su competencia para establecer las bases, sino a las competencias de dirección de la política económica general⁶⁴⁸ y tuvo la ocasión de delimitar el alcance de la distribución de competencias en la materia con ocasión de la STC 1/1982, de 28 enero⁶⁴⁹, que resolvía sendos conflictos positivos de competencia, acumulados, mantenidos entre el Gobierno de la Nación y el Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, poniendo de manifiesto la competencia estatal para establecer un régimen homogéneo, en lo sustantivo, de aplicación al conjunto de entidades bancaria que operen en el Estado, y reconociendo un limitado margen de decisión a las Comunidades Autónomas para establecer peculiaridades en su ámbito competencial⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ Vid. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Regulación bancaria y...*, 49.

⁶⁴⁷ Art. 5.3. y Disposición Adicional Décimocuarta LOSSEC, respectivamente.

⁶⁴⁸ “Dado su carácter general y fundamental respecto al resto de la ordenación de la materia, las bases de la misma deben tener estabilidad, pues con ellas se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales. Ahora bien, ciñéndonos, en concreto, a la ordenación de sectores económicos como el crédito, la consecución de aquellos intereses generales perseguidos por la regulación estatal de las bases del crédito exigirá que, atendiendo a circunstancias coyunturales y a objetivos de política monetaria y financiera, el Gobierno de la Nación proceda a la concreción e incluso a la cuantificación de medidas contenidas en la regulación básica del crédito, pues al Gobierno de la Nación le corresponden tanto la dirección de la política financiera nacional y de la política monetaria general (artículo 10.26 EV), en cuanto partes de la política económica general (artículo 97 de la CE), como la coordinación de las mismas con las que pueda tener cada Comunidad en su ámbito respectivo (artículo 45.2 EV).”

⁶⁴⁹ Vid. STC 1/1982, de 28 enero

⁶⁵⁰ “lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada (en nuestro caso, las de los números 11 y 13) es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia”.

El TC inauguraba una línea jurisprudencial que confirmaría y concretaría en posteriores resoluciones⁶⁵¹ según la cual, las «bases de ordenación del crédito» incluyen “*tanto las normas reguladoras de la estructura, organización interna y funciones de los diferentes intermediarios financieros, como aquellas otras que regulan aspectos fundamentales de la actividad de tales intermediarios*” y además, atribuye “*a las Cortes Generales y, en determinados supuestos, a la potestad reglamentaria*”⁶⁵² la potestad para delimitar la extensión de las bases de la ordenación del crédito y la banca, llegando a admitir, en su sentencia 32/1983, de 28 de abril, relativa a las competencias sobre inspección de sanidad y productos farmacéuticos aunque posteriormente extendida a otras materias, incluida la que aquí nos ocupa, que competencias ejecutivas constituyan competencias básicas.

Esta es, a grandes rasgos la distribución jurídica de competencias sobre intervención en el sector bancario en el ordenamiento español que, en lo esencial, no ha experimentado cambios con ocasión de la reciente reforma. Sin embargo, el panorama de la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas ha experimentado, en la práctica un notable proceso de centralización que no ha venido determinado por cambios en el ordenamiento, sino en la estructura del sector, al haberse producido la conversión en bancos de la mayor parte del sector de cajas de ahorros – mediante su conversión en fundaciones que ejercita, indirectamente, el negocio bancario -, desplazando la competencia sobre su regulación – que el ordenamiento prevé como un campo concurrente entre uno y otro nivel - hacia la esfera estatal⁶⁵³.

1.3.2. La Administración crediticia española

La administración crediticia española esta formada por los órganos de la Administración General del Estado con competencias sobre la materia, fundamentalmente el Ministerio de Economía y Competitividad, y por los organismos con competencia sobre la materia en virtud de atribución vía descentralización funcional: el Banco de España y el FROB, así como por los órganos de las Comunidades Autónomas encargados del ejercicio de las competencias que el ordenamiento prevé para este nivel administrativo,

⁶⁵¹ Vid. SSTC 91/1984, 49/1988 y 220/1988.

⁶⁵² Vid. STC 86/1989, de 11 de mayo

⁶⁵³ Vid. **FUNCAS** y **CECA**, *El nuevo mapa de las fundaciones: de cajas de ahorros a fundaciones*, Madrid, FUNCAS, 2015.

Las competencias del Banco de España y del FROB se analizan en profundidad en los capítulos VII y VIII, en los epígrafes correspondientes a las competencias de las autoridades nacionales en el contexto del MUS y del MUR.

De acuerdo con el artículo 97 de la Constitución, el Gobierno de la Nación tiene competencia para la dirección, desarrollo y ordenación de la política financiera y la elaboración y tramitación de las disposiciones relativas a las entidades financieras y de crédito, a los mercados de valores, a los sistemas e instrumentos de pago, al régimen de sociedades cotizadas y buen gobierno corporativo y de defensa y protección de los usuarios de servicios financieros⁶⁵⁴.

El Ministerio de Economía y Competitividad es el departamento de la Administración General del Estado encargado de la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia económica y, en su seno, la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera es el órgano directivo del Ministerio encargado de las cuestiones relacionadas con la regulación bancaria⁶⁵⁵.

Por lo que respecta a las funciones representativas, corresponde a la Secretaría General⁶⁵⁶ (i) la representación de la Administración General del Estado en los órganos de cooperación técnica regulatoria⁶⁵⁷ y en el Comité de Servicios Financieros de la Unión Europea y en sus grupos de trabajo; (ii) el impulso de la

⁶⁵⁴ Art. 5 LOSSEC

⁶⁵⁵ Real Decreto 672/2014, de 1 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales y el Real Decreto 345/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del ministerio de Economía y Competitividad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

⁶⁵⁶ Art. 3 Real Decreto 345/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Competitividad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

⁶⁵⁷ Comité Europeo Bancario, Comité Europeo de Valores Comité Europeo de Conglomerados Financieros y Subcomité Europeo de Moneda, así como en los grupos de trabajo que dependan de ellos; Comité de Mercados Financieros y en el Grupo Directivo de Gobierno Corporativo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico; Comités Técnicos de la Unión Europea en materia de entidades de crédito, mercados financieros, instituciones de inversión colectiva y gestión de la Deuda pública y otras materias financieras en el marco de competencias de esta Secretaría General.

cooperación entre las autoridades competentes en materia de estabilidad financiera en el marco del Comité de Estabilidad Financiera y la representación de la Administración General del Estado en el Consejo de Estabilidad Financiera (FSB) y en sus grupos de trabajo; (iii) la representación permanente de España y la coordinación en materia de política económica y financiera ante el Fondo Monetario Internacional, así como la definición de la posición española en esta Institución y la negociación, tramitación y gestión de aportaciones a fondos fiduciarios en la misma. Asimismo, el análisis y seguimiento de la situación internacional en lo relativo al sistema financiero internacional, a las necesidades internacionales de financiación y a la arquitectura financiera internacional; y (iv) la representación de España en el G20 y sus grupos de trabajo dentro del circuito de economía y finanzas.

Por último, la Secretaría General tiene atribuidas funciones de naturaleza propiamente administrativa, como son (i) el impulso y coordinación de las actuaciones de promoción de la educación y la capacitación financieras, así como de la representación española en la Red Internacional de Educación Financiera de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico; (ii) el estudio, propuesta y gestión de las medidas de apoyo financiero de carácter excepcional que sean adoptadas, así como la gestión de aquellas otras medidas que le sean encomendadas, en relación con el Fondo para la Adquisición de Activos Financieros (FAAF), el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF) y el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE); (iii) la gestión de los registros oficiales de instituciones, entidades y mercados financieros que le esté encomendada, la tramitación de las autorizaciones relativas a aquéllos, las funciones de gestión y control previo de actividades en los mercados financieros que le estén atribuidas, así como el análisis y seguimiento de la evolución de las instituciones y mercados financieros y la propuesta de ordenación de éstos; y (iv) el ejercicio de las funciones de inspección financiera que le estén atribuidas.

Por lo que respecta a la normativa sobre transparencia bancaria y de protección de la clientela, este campo de la regulación bancaria queda, conforme a la distribución de competencias dispuesta por el RMUS, en el ámbito de competencias de las autoridades nacionales, tanto por lo que respecta a la regulación como a la supervisión.

En España, esta competencia es atribuida al Ministerio de Economía y Competitividad, al Banco de España y a las Comunidades Autónomas. La consideración de estas normas como propias de la material “ordenación bancaria”, se deriva que la competencia estatal se limita a la posibilidad de legislar sobre las

bases de la misma, quedando margen para el desarrollo de las mismas por parte de los legisladores autonómicos⁶⁵⁸.

2. La regulación bancaria en la UE

A raíz de la Crisis financiera de 2007, la reforma del sistema financiero y su regulación ha protagonizado la agenda europea⁶⁵⁹, resultando en la instauración de un nuevo sistema institucional encargado de la regulación bancaria a nivel europeo y de un renovado conjunto de reglas de Derecho sustantivo⁶⁶⁰ sustentada en el consenso en torno a que la regulación y supervisión financieras de base estatal se revelaron como instrumentos claramente insuficientes para prever, evitar y minimizar los efectos de la crisis y ante tal situación se han articulado respuestas a nivel europeo.

La Comisión Europea propuso en 2009 una reforma integral del modelo institucional de supervisión financiera con el objetivo de mejorar la cooperación, coordinación y coherencia entre las autoridades nacionales y dotar al sistema financiero comunitario de las herramientas necesarias para garantizar su estabilidad, en el que sigue las recomendaciones del llamado “Informe Larroisière”⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ Vid. **BANCO DE ESPAÑA**, *Memoria del Servicio de Reclamaciones*, 2012, 57. “Aunque la ley no precisa el carácter básico de las normas de desarrollo de este artículo, prevé que las que pudieran dictar las Comunidades Autónomas sobre tales cuestiones no podrán ofrecer un nivel de protección inferior.”

⁶⁵⁹ Vid. **VERÓN, N.**, A realistic Bridge Towards European Banking Union, Policy Brief 13-17, Peterson Institute for International Economics, Junio de 2013.; **GUAL, J.**, *Unión bancaria: ¿de hormigón o de paja?*, Documentos de economía La Caixa, n.º. 26, 2013.

⁶⁶⁰ Vid. **ALONSO LEDESMA, C.** *Un primer paso hacia la Unión Bancaria. El Mecanismo Único de Supervisión*, en VV.AA., *Estudios de Derecho Mercantil, liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia, 2013, 1289 y ss.; **CAPOLINO, O.**, *Il Testo unico bancario e il diritto dell’Unione Europea*, en *Dal Testo unico bancario all’Unione bancaria: tecniche normative e allocacazione di poteri*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, Banca d’Italia, n.º 75, 2014; **MANCINI M.**, *op. cit.*, 22 y ss.; **WYMEERSCH, E.**, *The European Banking Union a First Analysis*, Financial Law Institute Working Paper Series WP 2012-07.

⁶⁶¹ En octubre de 2008, ya en plena vorágine de la reforma de la regulación financiera como consecuencia de la Crisis financiera Internacional, la Comisión Europea encomendó al Grupo

La idea fuerza en que se basan las propuestas del mencionado documento es que un mercado único eficiente necesita apoyarse sobre un conjunto de normas armonizado, no resultando deseables diferencias en la regulación de aspectos clave de la ordenación bancaria – la denominada fragmentación financiera – y, en consecuencia, debía instaurarse una regulación del sector a nivel de la UE, vinculada a otras razones, tales como (i) los efectos negativos del arbitraje regulatorio; (ii) los costes e ineficiencias derivadas de la necesidad de adaptarse a las diferentes normativas por parte de los grupos con actividad transfronteriza o (iii) las dificultades de gestionar las crisis de las entidades cuando sus efectos se proyectan sobre una diversidad de jurisdicciones⁶⁶².

Ciertamente, la necesidad de una más intensa coordinación en el ámbito bancario y financiero a nivel europeo se había venido planteando recurrentemente desde la puesta en funcionamiento de la UEM, incluso con anterioridad a la actual crisis financiera, con base en la contradicción de un sistema que aspiraba a un mercado único de servicios financieros configurado al margen de un sistema único de regulación del sistema financiero, lo cual no había pasado inadvertido como fuente de potenciales distorsiones⁶⁶³.

de Alto Nivel sobre Supervisión Financiera en la UE presidido por Jacques de Larosière la reflexión y el establecimiento de propuestas sobre el futuro de la regulación y la supervisión financiera. En dicho informe, que se ocupa de manera global sobre el conjunto de las reformas necesarias en la regulación financiera se dedica una parte notable a aspectos relacionados con la arquitectura institucional. Vid. **LAROISIÈRE, J.** (Director), *op. cit.*, puntos 190 y ss.

⁶⁶² Vid. **LAROISIÈRE, J.** (Director), *ibídem*, puntos 100, 102 y 105; **GARCÍA-ÁLVAREZ, G.**, *La construcción de una UB Europea: la ABE, la supervisión prudencial del BCE y el Futuro del Mecanismo de Resolución*, en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I. (coords.), *La reforma bancaria en la UE y en España. El Modelo de Regulación surgido de la crisis*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, 75-146.: señala que la asunción de competencias ejecutivas en materia de regulación bancaria por parte del nivel comunitario encuentra justificación como un eslabón de un todo que incluya un mecanismo de rescate bancario que permita el trasvase de fondos a los bancos y que tiene como objetivo último homogeneizar la regulación bancaria a fin de reducir la fragmentación del mercado único, como medio de mejora de la eficiencia y la estabilidad financiera; **NOGALES GARCÍA, J.**, «*La UB en Europa*», *Revista de estudios europeos*, N.º. 61, 2013, 99-122.; Comisión Europea, «*Hoja de ruta hacia una UB*», Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, 12 de septiembre de 2012; **LEBLOND, P.**, «*The logic of a banking union for Europe*», *Journal of Banking Regulation*, Vol. 15, 288–298.

⁶⁶³ Vid. **PISANY-FERRY, J.**, «*The known unknowns and the unknown unknowns of the EMU*», *Bruegel Policy Contributions*, 2012.

Los acontecimientos de los últimos años han refrendado que una regulación y supervisión bancarias de base nacional combinadas con una moneda única y un mercado único incompleto se reveló como una fuente de inestabilidad financiera que podía hacer peligrar la UEM⁶⁶⁴ que, por otra parte, adolecía de otros fallos de diseño aparte de los vinculados estrictamente a la regulación bancaria, como una adecuada ordenación de las políticas fiscales a nivel comunitario o la inexistencia de mecanismos de coordinación de las políticas económicas de los distintos Estados Miembros⁶⁶⁵.

La justificación de la puesta en marcha de una regulación y supervisión homogéneas a nivel europeo reside, así, en la consideración de que tal medida no solo contribuirá a “*preservar las libertades comunitarias y las condiciones de competencia en el mercado interior*”, al garantizar una aplicación uniforme de la normativa en todo el territorio de la UE (o, al menos, en los Estados participantes en la UB)⁶⁶⁶, sino que también está llamada a actuar como factor de reducción del riesgo sistémico en el contexto de la UEM⁶⁶⁷.

La reforma de la regulación bancaria a nivel europeo supone un salto cualitativo en el proceso de integración europea hacia la atribución al nivel europeo de potestades decisorias, en el más amplio sentido (regulación, supervisión,

⁶⁶⁴ Vid. VERÓN, N., Banking Union in Nine Questions, for the Interparliamentary Conference under Article 13 of the Fiscal Compact, Palazzo Montecitorio (Rome), 30 September 2014.

⁶⁶⁵ Vid. MERSCH, Y., *Economic and legal limits of central banking*, Keynote speech IMFS Conference on Monetary and Financial Stability, Frankfurt am Main, 26 November 2013.

⁶⁶⁶ Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C., «El mecanismo europeo... », 53.

⁶⁶⁷ Vid. MERSCH, Y., *The single market and banking union*, conferencia pronunciada en el Forum Alpbach 2013, Alpbach, 29 August 2013.; FERRARINI G. y CHIODINI, F., *Nationally Fragmented Supervisión over Multinational Banks as a Source of Global Systemic Risk: A Critical Analysis of Recent EU Reforms*, en Wymeersch, E.; Hopt, K.; y Ferrarini, G. (edit.), *Financial regulation and supervisión, a post-crisis analysis*, Oxford University Press, 2012, 200; WITTE, A., *The application of National Banking Supervisión Law by the ECB: Three Parallel Modes of Executing EU Law?*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law (MJ)*, 1, 2014.: “*The ongoing financial and sovereign debt crisis has led to increasing investor uncertainty and risk aversion, up to the point that investors demand risk premia for lending to EU Member States and their banking sector which cannot (...). This has caused fears of re-fragmentation of the EU banking sector along national lines, which would be incompatible with the internal market*”.

sanciones), en diversos ámbitos de actuación administrativa⁶⁶⁸ y que es una manifestación de la Administración mixta, basada en la cooperación entre autoridades nacionales y europeas⁶⁶⁹.

Sin embargo, los posibles avances en este sentido se enfrentan a poderosas resistencias. La adopción de las medidas necesarias a tal fin pasa por la cesión de relevantes competencias desde el nivel estatal al europeo, cuestión siempre complicada, especialmente considerando la relevancia del sector bancario con respecto del conjunto de la economía.

El resultado de las negociaciones y la consecución de los consensos necesarios ha sido que la regulación bancaria a nivel de la UE se configura como un sistema de geometría variable o de dos velocidades, cuya estructura puede ser explicada conforme al símil de 2 círculos concéntricos. El primero de ellos estaría integrado por la normativa que resulta de aplicación a todos los Estados Miembros de la UE (el Código Bancario Único) y el Sistema Europeo de supervisión Financiera. El segundo, correspondiente a un mayor nivel de integración, se correspondería con la Unión bancaria⁶⁷⁰.

3. El Sistema Europeo de Supervisión Financiera

En el contexto de reformas de la regulación financiera a nivel de la UE y como una de las primeras medidas de relevancia desde el punto de vista institucional, se aprobó el Reglamento (UE) 1092/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, relativo a la supervisión macro prudencial del sistema financiero en la UE y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico, así como los Reglamentos 1093/2010, 1094/2010 y 1094/2010, relativos a la creación y la atribución de funciones a la Autoridad Bancaria Europea, la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, y la Autoridad Europea de Valores y Mercados, respectivamente, dando lugar

⁶⁶⁸ Vid. WISSINK, L.; DUIJKERSLOOT, T.; WIDDERSHOVEN, R., «Shifts in Competences between Member States and the EU in the New Supervisory System for Credit Institutions and Their Consequences for Judicial Protection», *Utrecht Law Review*, vol. 10, issue 5, 2014.

⁶⁶⁹ Vid. JANS, J.H., et al., *op. cit.*, 29.

⁶⁷⁰ Vid. MANCINI M., *op. cit.*5.

al nacimiento del Sistema Europeo de Supervisión Financiera (SESF)⁶⁷¹, compuesto por los organismos referidos, el Comité Mixto de las Autoridades Europeas de Supervisión (Comité Mixto) y las autoridades de supervisión de los Estados miembros⁶⁷².

Mediante este paquete normativo se instaura un nuevo marco institucional de regulación financiera a nivel europeo que combina un modelo funcional de arquitectura de regulación, basado en los diferentes objetivos de la regulación, y a ello responde el hecho de estar sustentada sobre el doble pilar macro-micro prudencial, mientras que, al mismo tiempo, se organiza conforme a la clásica división del sistema financiero en tres subsectores (bancos, seguros y mercados de valores)⁶⁷³.

3.1. La Junta Europea de Riesgo Sistémico

En respuesta a la preeminencia del objetivo de estabilidad sistémica a nivel internacional en el nuevo contexto financiero, dentro de la que podemos encuadrar la reforma del antiguo Foro de Estabilidad Financiera, que pasa a denominarse Consejo de Estabilidad Financiera, y la creación del Financial Stability Oversight Council en el marco de la reforma de regulación financiera estadounidense, la Comisión Europea propuso la creación de un organismo encargado de la supervisión macro-prudencial, medida que finalmente fue adoptada mediante el Reglamento (UE) 1092/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, relativo a la supervisión macro prudencial del sistema financiero en la UE y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico⁶⁷⁴:

⁶⁷¹ Vid. **TAPIA HERMIDA, A.J.**, «El sistema europeo de supervisión financiera y los proyectos de supervisión centralizada de los mercados de valores en Iberoamérica», *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores*, 32/2011, Instituto Iberoamericano de Mercados de Valores, 2011, 9-60.

⁶⁷² Vid. **LINDE PANIAGUA, E.**, «La supervisión como conjunto variable de potestades. Una nueva frontera del Derecho Administrativo», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27 y 27, 2014, 175-204.

⁶⁷³ Vid. **TORCHIA, L.**, *La regolazione tra autorità nazionali ed europee*, conferencia pronunciada en Milán, 19 de octubre de 2011.

⁶⁷⁴ Vid. **LOUIS, J.V.**, «Le comité européen du risque systémique (CERS)», *Cahiers de droit européen*, vol. 46, nº 5-6/2010, 645-681; **FLORES DOÑA, Mª Sª**, «La JERS The European

3.1.1. Funciones

La JERS es responsable de la salvaguarda de la estabilidad financiera a nivel europeo. Para ello, debe evaluar la estabilidad del sistema financiero de la UE, desde el punto de vista macroeconómico⁶⁷⁵ y realiza un seguimiento continuo de las tendencias en los mercados financieros⁶⁷⁶ a fin de evitar *episodios de perturbaciones financieras generalizadas*, de modo que, indirectamente, contribuye al buen funcionamiento del mercado interior y facilita una contribución sostenible del sistema financiero al crecimiento económico⁶⁷⁷.

Board of Systemic Risk», *Revista de Derecho Bancaria y Bursátil*, nº 121, 2011, 61-92.

⁶⁷⁵ Vid. MENÉNDEZ, A.J., «Mutación y ¿quiebra? constitucional de la Unión Europea», *Documentación Administrativa*, Nueva Época, nº. 1, 2014.

⁶⁷⁶ Artículo 3.2 RJERS: (i) determinar y/o recopilar, y analizar toda la información pertinente y necesaria, a efectos de alcanzar los objetivos descritos en el apartado 1 (los referidos supra); (ii) identificar y priorizar los riesgos sistémicos; emitir avisos cuando dichos riesgos sistémicos se consideren significativos, y, en caso necesario, hacer públicos dichos avisos; (iii) formular recomendaciones para la adopción de medidas correctoras en respuesta a los riesgos detectados, y, en su caso, hacer públicas dichas recomendaciones; (iv) emitir un aviso confidencial dirigido al Consejo cuando decida que podría plantearse una situación de emergencia y proporcionar al Consejo una evaluación de la situación para que este considere la necesidad de adoptar una decisión dirigida a las AES determinando la existencia de una situación de emergencia; (v) vigilar que se adopten medidas en respuesta a los avisos y recomendaciones; (vi) colaborar estrechamente con todas las demás partes en el SESF y, en su caso, proporcionar a las AES la información sobre riesgos sistémicos necesaria para el desempeño de su cometido y, en particular, en cooperación con las AES, desarrollar, un conjunto de indicadores cuantitativos y cualitativos (cuadro de riesgos) para determinar y medir el riesgo sistémico; (vii) participar, en caso necesario, en el Comité Mixto; (viii) coordinar sus acciones con las de las organizaciones financieras internacionales, en particular el FMI y el JEF, así como con los organismos pertinentes de terceros países, en cuanto se refiere a la supervisión macroprudencial; y (ix) realizar otras tareas conexas, conforme a lo especificado en la legislación de la Unión.

⁶⁷⁷ Vid. TAPIA HERMIDA, A.J., «El sistema europeo de...», 6.

La JERS se constituye como un organismo reforzado de coordinación entre los Bancos Centrales nacionales de los Estados miembros de la UE y otros organismos con competencia en materia de estabilidad macro prudencial y el BCE⁶⁷⁸.

El Reglamento atribuye las siguientes funciones a la JERS⁶⁷⁹: (i) la supervisión prudencial; (ii) recopilación e intercambio de información de relevancia macro prudencial entre las autoridades comunitarias y nacionales competentes en la materia; (iii) emisión de avisos y recomendaciones a fin de garantizar la estabilidad financiera; y (iv) fomentar la colaboración entre los diferentes organismos competentes.

La JERS actúa como mecanismo de alerta temprana ante eventuales episodios de inestabilidad financiera en el ámbito de la UE. Así, en caso de detectar cualquier amenaza para la estabilidad del sistema financiero, está habilitado para lanzar avisos y recomendaciones⁶⁸⁰ a la Comisión, las autoridades nacionales a través del Consejo ECOFIN o a las nuevas Autoridades Europeas de Supervisión. Dichos avisos y recomendaciones son, en principio, privados, si bien la propia JERS, previa comunicación a los destinatarios, a los que se les reconoce el derecho a manifestar públicamente sus puntos de vista y sus argumentos con respecto a los mismos, puede decidir su publicación⁶⁸¹.

El Reglamento dispone el régimen de seguimiento de las recomendaciones⁶⁸². De acuerdo con las reglas previstas, cuando las recomendaciones vayan dirigidas a la Comisión, a uno o varios Estados Miembros, a una o varias AES, o a una o varias autoridades nacionales de supervisión, los destinatarios de las mismas comunicarán a la JERS y al Consejo las actuaciones emprendidas en respuesta a las recomendaciones y facilitarán una justificación adecuada de cualquier inacción. Cuando proceda, siguiendo normas estrictas de confidencialidad, la JERS informará sin demora de las respuestas recibidas a las AES. Si la JERS decide que su recomendación no ha sido seguida o que los destina-

⁶⁷⁸ Vid. **DI NOIA, C., FURLÒ, M.C.**, The New Structure of Financial Supervision in Europe, What's next?, en Wymeersch, E.; Hopt, K.; y Ferrarini, G. (edit.) Financial regulation and supervision, a post-crisis analysis, Oxford University Press, 201, 184.

⁶⁷⁹ Vid. **TAPIA HERMIDA, A.J.**, *ibídem.*, 7.

⁶⁸⁰ Vid. **TAPIA HERMIDA, A.J.**, *ibídem.*, 7.

⁶⁸¹ Art. 18 RJERS

⁶⁸² Art. 17 RJERS

tarios de la misma no han justificado adecuadamente su falta de actuación, informará, siguiendo normas estrictas de confidencialidad, a los destinatarios, al Consejo y, en su caso, a la Autoridad Europea de Supervisión de que se trate.

3.1.2. Organización

Con respecto a la estructura de la JERS, cuenta con una Junta General, el máximo órgano de decisión; un Comité Director, encargado de preparar las reuniones de la Junta General; una Secretaría, responsable del trabajo diario de la JERS, prestándole apoyo analítico, estadístico, administrativo y logístico; y un Comité Científico Consultivo y otro Técnico Consultivo, que la proporcionarán asesoramiento y asistencia⁶⁸³.

El Reglamento atribuye al BCE la responsabilidad de proveer a la JERS de apoyo analítico, estadístico, logístico y administrativo y, además, ostenta su Secretariado⁶⁸⁴.

3.1.3. Principios de actuación

3.1.3.1. Coordinación

Al configurar la estructura y organización de la JERS se ha pretendido asegurar su coordinación con el BCE a través de los siguientes mecanismos: (i) La presencia de representantes de esta institución en sus puestos de máxima responsabilidad⁶⁸⁵ y (ii) la asunción por parte del BCE de la Secretaría de la JERS.

⁶⁸³ Vid. TAPIA HERMIDA, A.J., *ibídem*, 7.

⁶⁸⁴ Reglamento (UE) 1096/2010 del Consejo de 17 de noviembre de 2010 por el que se encomienda al Banco Central Europeo una serie de tareas específicas relacionadas con el funcionamiento de la Junta Europea de Riesgo Sistémico

⁶⁸⁵ Así, El Presidente del BCE presidirá la JERS durante un período de cinco años a partir de la entrada en vigor del Reglamento, quedando pendiente de revisión el modo de elección de su sucesor. Además, el Vicepresidente primero será elegido de entre los miembros del Consejo General del BCE y por esos mismos miembros, pudiendo renovarse su mandato una vez.

Los bancos centrales nacionales juegan un papel determinante en la composición de la Junta General, y ello debido al papel que vienen jugando estas instituciones en los sistemas nacionales como responsables del mantenimiento de la estabilidad monetaria y financiera, los sistemas de información al respecto de que disponen y el rol de prestamista de última instancia, tradicionalmente residenciado en los bancos centrales y determinante en la garantía de la estabilidad sistémica. Son miembros de la Junta General los gobernadores de los 28 bancos centrales⁶⁸⁶.

La JERS, sin embargo, no es ajena a la importancia de coordinar las tareas del resto de supervisores sectoriales en la tarea de garantizar la estabilidad del sistema – y quizá en este punto reside su principal valor -, por lo que se prevé la participación de los presidentes de las Autoridades Europeas de Supervisión y de un representante por Estado de las autoridades nacionales sectoriales que acompañará al gobernador del banco central, que podrá variar en función de los temas a tratar en cada sesión o ser siempre el mismo, que asistirá sin derecho de voto. Se pone de manifiesto así la desigual posición que ocupan bancos centrales y el resto de supervisores sectoriales en relación con su participación en la JERS.

3.1.3.2. Independencia y rendición de cuentas

Los miembros de la JERS están sometidos a un estricto régimen de imparcialidad y secreto profesional, a fin de garantizar que el desarrollo de su actividad se realiza conforme al único interés del conjunto de la Unión, con independencia de las instituciones comunitarias, los Estados Miembros u otros poderes públicos o privados.

La JERS responde de su actividad ante el Parlamento y el Consejo y examinará temas específicos a instancia de estas instituciones o de la Comisión⁶⁸⁷.

3.2. Las autoridades sectoriales, en especial, la ABE

⁶⁸⁶ Art. 6 RJERS

⁶⁸⁷ Art. 19 RJERS

El segundo pilar del nuevo Sistema Europeo de Supervisión Financiera está integrado por tres agencias encargadas de la coordinación de las autoridades competentes y de la supervisión a nivel europeo de cada uno de los sectores en que tradicionalmente se ha subdividido el sistema financiero: banca, con sede en Londres; seguros, con sede en Fráncfort del Meno; y mercados financieros, con sede en París⁶⁸⁸.

Se trata de 3 organismos *hermanos*, creados al mismo tiempo y a los que se atribuye una misma naturaleza, con capacidad jurídica propia⁶⁸⁹, que responden ante el Parlamento y el Consejo⁶⁹⁰, y de una reglamentación que sigue el mismo esquema formal y en gran medida material en los tres casos. En concreto, La ABE (EBA) se crea por el Reglamento (UE) 1093/2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión.

3.2.1. *Funciones*

Con carácter general, las Autoridades tienen, con respecto del subsector del sistema financiero correspondiente, la competencia para proponer a la Comisión la aprobación de normas técnicas, de carácter vinculante; contribuir a la aplicación coherente del Derecho de la UE, facilitar la cooperación y colaboración entre autoridades nacionales, fomentar la mejora del funcionamiento del sector y colaborar con el resto de autoridades, instituciones y organismos competentes⁶⁹¹.

⁶⁸⁸ En reciente jurisprudencia del TJUE se ha calificado a esta Autoridades como “entidades de la Unión” frente a su tradicional consideración como agencias de la Comisión. *Vid. WYMEERSCH, E.*, “The single supervisory mechanism...”, 21.

⁶⁸⁹ Art. 5 de los Reglamentos (UE) 1093/2010, 1094/2010, y 1095/2010. *Vid. GARCÍA-ÁLVAREZ, G.*, *La construcción de una UB Europea: la ABE, la supervisión prudencial del BCE y el Futuro del Mecanismo de Resolución*, en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I. (coords.), *La reforma bancaria en la UE y en España. El Modelo de Regulación surgido de la crisis*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014: “Las Autoridades Europeas de supervisión son organismos de la UE cn personalidad jurídica, creados con base en el artículo 114 TFUE (antiguo artículo 95 del Tratado CE) de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, Sentencia de 2 de mayo de 2006, asunto C-217/04, Reino Unido contra Parlamento Europeo.

⁶⁹⁰ Art. 3 de los Reglamentos (UE) 1093/2010, 1094/2010, y 1095/2010.

⁶⁹¹ Art. 8 de los Reglamentos (UE) 1093/2010, 1094/2010, y 1095/2010: a) contribuir al establecimiento de normas y prácticas reguladoras y de supervisión comunes de alta calidad, en

3.2.2. *Formas de actuación*

Para poder llevar a cabo estas funciones, los reglamentos atribuyen a las Autoridades un amplio conjunto de potestades de carácter ejecutivo⁶⁹², que se ejercen mediante las siguientes actuaciones:

particular emitiendo dictámenes dirigidos a las instituciones de la Unión y elaborando directrices, recomendaciones y proyectos de normas técnicas de regulación y de ejecución que se basarán en los actos legislativos mencionados en el artículo 1, apartado 2; b) contribuir a la aplicación coherente de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, en particular contribuyendo a la instauración de una cultura de supervisión común, velando por la aplicación coherente, eficaz y efectiva de los actos mencionados en el artículo 1, apartado 2, evitando el arbitraje regulatorio, mediando y resolviendo diferencias entre autoridades competentes, garantizando una supervisión eficaz y coherente de las entidades financieras, así como asegurando un funcionamiento coherente de los colegios de supervisores y adoptando, entre otras, medidas en las situaciones de emergencia; c) estimular y facilitar la delegación de funciones y responsabilidades entre autoridades competentes; d) cooperar estrechamente con la JERS, en particular proporcionándole la información necesaria para el desempeño de sus funciones y asegurando un seguimiento adecuado de sus alertas y recomendaciones; e) organizar y llevar a cabo evaluaciones inter pares de las autoridades competentes, incluida la formulación de directrices y recomendaciones y la determinación de las mejores prácticas, a fin de reforzar la coherencia de los resultados de la supervisión; f) 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; g) realizar análisis económicos de los mercados para sustentar el desempeño de las funciones que le incumben; h) promover la protección de los depositantes e inversores; i) contribuir al funcionamiento consecuente y coherente de los colegios de supervisores, la gestión, evaluación y medición del riesgo sistémico, la elaboración y coordinación de planes de rescate y resolución, ofrecer un elevado nivel de protección a depositantes e inversores en toda la Unión y elaborar métodos para la resolución de las entidades financieras en quiebra y una evaluación de la necesidad de instrumentos de financiación adecuados, con arreglo a los artículos 21 a 26; j) cumplir cualquier otra de las funciones específicas previstas en el presente Reglamento o en otros actos legislativos; k) publicar en su sitio Internet y actualizar periódicamente la información relativa a su sector de actividad, en particular en el ámbito de sus competencias, sobre las entidades financieras registradas, con objeto de garantizar que la información sea fácilmente accesible al público; l) asumir, cuando corresponda, todas las funciones vigentes y actuales.

⁶⁹² Art. 9 RABE: (i) recopilar y analizar datos e informando sobre las tendencias de los consumidores; (ii) revisar y coordinar los conocimientos en materia financiera y las iniciativas de formación a cargo de las autoridades competentes; desarrollar normas de formación para el sector industrial, y contribuir al desarrollo de normas comunes de divulgación; (iii) controlará las actividades financieras nuevas y existentes y podrá adoptar directrices y recomendaciones con vistas a promover la seguridad y la solidez de los mercados, así como la convergencia de

Las Autoridades son competentes para emitir directrices y recomendaciones a las autoridades competentes y a las entidades financieras y demás participantes en los mercados financieros *a fin de garantizar la aplicación común, uniforme y coherente del Derecho de la Unión*⁶⁹³. En concreto, se establece un procedimiento de infracción del Derecho de la Unión en el que las Autoridades de supervisión colaborarán con la Comisión para garantizar el cumplimiento de las disposiciones y los actos de aplicación del Derecho Comunitario⁶⁹⁴.

Las Autoridades podrán elaborar proyectos de normas técnicas de regulación y de ejecución, que presentará a la Comisión para su aprobación, en los casos en que el Parlamento y el Consejo hayan delegado en aquella institución la facultad de dictar norma de este carácter conforme a los artículos 290 y 291 del TFUE, de acuerdo con el procedimiento establecido en los artículos 10 a 15 de los Reglamentos.

Los reglamentos atribuyen a las Autoridades facultades específicas de coordinación de las autoridades nacionales, de obtención de información, de elaboración de propuestas y recomendaciones a las instituciones comunitarias para la adopción de decisiones y de ejecución de las disposiciones de Derecho derivado aplicables a los participantes en los mercados financieros en relación con potenciales situaciones de emergencia que pongan en peligro la estabilidad del sistema financiero o del sector concreto a nivel europeo⁶⁹⁵.

las prácticas reguladoras; (iv) á formular asimismo una advertencia en caso de que una actividad financiera plantee una amenaza grave para los objetivos contemplados; (v) prohibir o restringir temporalmente determinadas actividades financieras que amenacen el funcionamiento correcto y la integridad de los mercados financieros o la estabilidad de la totalidad o de parte del sistema financiero de la Unión en casos especificados y en las condiciones establecidas en los actos legislativos mencionados en el artículo 1, apartado 2, o, si así se requiere en caso de una situación de emergencia, con arreglo a las condiciones estipuladas en el artículo 18; (vi) creará, como parte integrante de la Autoridad, un Comité sobre innovación en materia financiera que reúna a todas las autoridades competentes nacionales de supervisión que proceda, con vistas a alcanzar un enfoque coordinado del tratamiento en materia de regulación y de supervisión de las actividades financieras nuevas o innovadoras, y a prestar asesoramiento a la Autoridad para que lo presente al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión.

⁶⁹³ Art. 16 Reglamentos (UE) 1093/2010, 1094/2010, y 1095/2010

⁶⁹⁴ Art. 17 Reglamentos (UE) 1093/2010, 1094/2010, y 1095/2010

⁶⁹⁵ Art. 18 Reglamentos (UE) 1093/2010, 1094/2010, y 1095/2010

3.2.3. Organización

Cada una de las agencias está compuesta por la Junta de Supervisores, el Consejo de Administración, el Presidente y el Director Ejecutivo, además de la Sala de Recurso que es un órgano común a las tres⁶⁹⁶.

La Junta de Supervisores reúne al Presidente, el máximo representante de la autoridad pública nacional competente en la materia propia de la autoridad o el representante designado por cada Estado en caso de que haya varias, un representante de la Comisión, sin derecho a voto, un representante de la JERS, sin derecho a voto, y un representante de cada una de las otras dos Autoridades Europeas de Supervisión, sin derecho a voto⁶⁹⁷.

La Autoridad está representada por un Presidente, que será un profesional independiente a tiempo completo responsable de preparar el trabajo de la Junta de Supervisores y que presidirá sus reuniones y las del Consejo de Administración⁶⁹⁸.

El Consejo de Administración está compuesto por el Presidente y otros seis miembros de la Junta de Supervisores, elegidos por los miembros con derecho a voto de la Junta de Supervisores⁶⁹⁹.

La Autoridad es gestionada por el Director Ejecutivo, que será un profesional independiente a tiempo completo, nombrado por la Junta de Supervisores, tras la confirmación por parte del Parlamento Europeo, sobre la base de sus méritos, sus cualificaciones, su conocimiento de las entidades y los mercados financieros, su experiencia en relación con la supervisión y regulación

⁶⁹⁶ Vid. WYMEERCH, E., *The European Financial Supervisory Authorities or ESAS*, en Wymeerch, E.; Hopt, K.; y Ferrarini, G. (edit.), *Financial regulation and supervision, a post-crisis analysis*, Oxford University Press, 2012, 297, las compara con la estructura de los órganos de administración de una sociedad limitada.

⁶⁹⁷ Art. 40.1 RABE

⁶⁹⁸ Art. 48 y ss. RABE

⁶⁹⁹ Art. 45 RABE

financieras, y su experiencia de gestión, mediante un procedimiento de selección abierto por un periodo de cinco años, prorrogable una vez⁷⁰⁰.

La Sala de Recurso está compuesta por seis miembros y seis suplentes, todas personas de reconocido prestigio que puedan demostrar que poseen los conocimientos y la experiencia profesional pertinentes, incluido en el ámbito de la supervisión, de nivel suficiente en los ámbitos de la banca, los seguros, las pensiones de jubilación, los mercados de valores u otros servicios financieros, quedando excluido el personal actual de las autoridades competentes o de otras instituciones nacionales o de la Unión que participen en las actividades de la Autoridad. Cada Autoridad sectorial nombra un tercio de los miembros⁷⁰¹.

3.3. Los colegios de supervisores y de resolución

Los colegios de supervisores y de autoridades de resolución son “*estructuras de coordinación que reúnen a las autoridades reguladoras de distintos países participantes en la supervisión de un grupo bancario transfronterizo. Se trata de un mecanismo de intercambio de información entre supervisores de los países de origen y de destino, de planificación y ejecución de tareas de supervisión de forma coordinada o conjunta, y de preparación ante situaciones de emergencia y su gestión*”⁷⁰².

La DRC establece un mandato para que los supervisores en base consolidada establezcan colegios de supervisores para el ejercicio de las tareas de supervisión en relación con las entidades con actividad transfronteriza en terceros países⁷⁰³.

En concreto la Directiva asigna a los Colegios de supervisores las siguientes funciones: (i) intercambiar información entre sí y con la ABE de conformidad con el Reglamento (UE) 1093/2010; (ii) acordar la atribución voluntaria de tareas y la delegación voluntaria de responsabilidades si procede; (iii) establecer los programas de examen supervisor basados en una evaluación de riesgos

⁷⁰⁰ Art. 51 RABE

⁷⁰¹ Art. 58 RABE

⁷⁰² Vid. TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UE, *op. cit.*, 5.

⁷⁰³ Art. 116 DRC

del grupo; (iv) aumentar la eficiencia de la supervisión, eliminando toda duplicación innecesaria de requisitos de supervisión; y (v) aplicar de manera coherente los requisitos prudenciales previstos en la presente Directiva y en el Reglamento (UE) no 575/2013 a todos los entes de un grupo, sin perjuicio de las opciones y facultades que ofrece la legislación de la Unión⁷⁰⁴.

En términos análogos, la DRRB prevé la creación de colegios de autoridades de resolución tanto entre autoridades de los Estados participantes en el MUR con Estados no participantes miembros de la UE como con terceros Estados. Las funciones de estos colegios son las siguientes: (i) el intercambio de información pertinente para el desarrollo de planes de resolución de grupos, para la aplicación de competencias de preparación y prevención de los grupos y para la resolución de grupos; (ii) el desarrollo de planes de resolución de grupos; (iii) la evaluación de la posibilidad de resolución de grupos; (iv) el ejercicio de competencias para abordar o eliminar los obstáculos que impidan la resolución de grupos; (v) las decisiones sobre la necesidad de establecer un plan de resolución de un grupo; (vi) el acuerdo sobre un plan de resolución de un grupo; (vii) la coordinación de la comunicación pública de estrategias y planes de resolución de grupos; (viii) la coordinación del uso de los mecanismos de financiación de la resolución; (ix) la fijación de los requisitos mínimos de recursos propios para los grupos a nivel consolidado y de filial. Además, los colegios de autoridades de resolución podrán utilizarse como foros para debatir cualquier asunto relacionado con la resolución de grupos transfronterizos⁷⁰⁵.

Las reglas del MUS atribuyen al BCE las competencias para participar en los Colegios de Supervisores creados en relación con las entidades de las que haya asumido la supervisión de manera directa, bien como supervisor del país de origen o supervisor en base consolidada, en cuyo caso asumirá la presidencia, participando las autoridades nacionales de los Estados Miembros participantes en los trabajos del colegio, pero sin intervenir en los procesos de decisión y de votación; o bien como supervisor del país de acogida⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ Art. 116 DRC

⁷⁰⁵ Art. 88 DRRB

⁷⁰⁶ Vid. BANCO CENTRAL EUROPEO, *Guía de supervisión bancaria*, Noviembre de 2014, 13.

4. La Unión bancaria

4.1. Concepto

El 5 de diciembre de 2012, Herman Van Rompuy, entonces Presidente del Consejo Europeo, presentaba el informe elaborado junto a los presidentes de la Comisión, el Eurogrupo y el BCE titulado *“Towards a Genuine Economic and Monetary Union”*⁷⁰⁷ en el que se proponía una mayor integración de la regulación bancaria a nivel comunitario, la llamada Unión bancaria, los avances en la Unión Fiscal y la armonización de las políticas económicas de los Estados Miembros como ejes de la respuesta de la UE a la grave crisis de la Unión Económica y Monetaria, que entonces alcanzaba su cénit⁷⁰⁸.

Desde entonces, se ha avanzado en la transferencia de relevantes competencias decisorias y ejecutivas desde el nivel nacional al europeo⁷⁰⁹, resultando en la homogeneización de la regulación, tanto a nivel normativo como de su aplicación práctica⁷¹⁰. No obstante, estas reformas deben entenderse todavía en curso

⁷⁰⁷ Vid. VAN ROMPUY, H., ET. AL., *Towards a Genuine Economic and Monetary Union*. Bruselas, 5 de diciembre de 2012.

⁷⁰⁸ Por lo que respecta a la regulación bancaria, el 12 de septiembre de 2012 la Comisión había presentado su Comunicación titulada *“Hoja de Ruta hacia una unión bancaria”* en la que se proponía la puesta en marcha de sendos mecanismos de supervisión y de resolución, así como una profunda reforma de la legislación bancaria comunitaria. Vid. Comisión Europea, Comisión Europea, *“Hoja de ruta hacia una UB”*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, 12 de septiembre de 2012.

⁷⁰⁹ Vid. VERÓN, N., “Banking Union in Nine...”; GOYAL, R., KOEVA BROOKS, P., PRADHAN, M., TRESSEL, T., DELL’ARICCIA, G., LECKOW, R., PAZARBASIOGLU, C., IMF staff team, *A Banking Union for the Euro Area*, IMF Staff Discussion Note, Febrero de 2013; QUERO, A., Un modelo para una unión bancaria sólida, *Política exterior*, Vol. 27, Nº 151, 2013, 62-70; ASMUSSEN, J., «Hacia una unión bancaria». *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, nº 874 (Ejemplar dedicado a: “Crisis y reforma regulatoria del sistema financiero en la U.E.”), 2013, 53-64; DONATO, L., *Gli strumenti della nuova vigilanza bancaria europea. Dalla legge bancaria al Single Supervisory Mechanism*, en VV.AA., *Dal Testo único bancario all’Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Banca d’Italia, núm. 75, 2014.

⁷¹⁰ En sentido amplio, la Unión Bancaria puede entenderse como *“un marco legal integrado y el conjunto de instituciones necesarias para asegurar el buen funcionamiento del sector bancario y la homogeneidad de requisitos y de tratamiento de las entidades y sus clientes con independencia de su localización, así como para prevenir y minimizar los costes de situaciones de crisis bancaria, ya sean individuales o sistémicas”*. Vid. MILLARUELO, A. y DEL RÍO,

y que no puede sino analizarse como parte de un proyecto aún más ambicioso, consistente en el perfeccionamiento de la UEM tal y como han puesto de manifiesto los máximos representantes de las Instituciones de la UE⁷¹¹.

Por lo que se refiere más directamente a las entidades de crédito, tales propuestas han cristalizado en la aprobación de “*un marco regulatorio, de supervisión y de resolución, común en toda el área del euro*” que “*estaría apoyado por un sistema de garantía de depósitos también común y, al final, por un mecanismo de respaldo financiero que pudiera ser utilizado si fuera necesario*”⁷¹²: la Unión bancaria.

4.2. Caracteres

Más allá de venir asociada a una profunda reforma del Derecho sustantivo relativo a las actividades bancarias y a un refuerzo de los instrumentos de supervisión de los que disponen los poderes públicos, la gran novedad que supone la Unión bancaria reside en la nueva concepción del mercado interior de servicios financieros que refleja.

El proyecto de la Unión bancaria supone un salto cualitativo con respecto del tradicional enfoque de la regulación bancaria europea consistente en la armonización mínima y la ejecución de la legislación por las autoridades nacionales para avanzar hacia un sistema de base esencialmente europea (los sectores de regulación que quedan bajo el ámbito competencial de los Estados son de una importancia mucho menor que los regulados por Derecho comunitario directamente aplicable, y aún aquellos vienen vinculados por un contenido muy extendido de las Directivas) y donde el funcionamiento del mercado interior deja de estar basado en reglas para articularse en un sistema de reglas e instituciones encargadas de su desarrollo y aplicación.

A., «*La construcción de la Unión bancaria en la UE*», *Boletín Económico*, Banco de España, noviembre de 2014.

⁷¹¹ Vid. JUNCKER, J.C., TUSK, D., DIJSSELBLOEM, J., DRAGHI, M. Y SCHULZ, M., *op. cit.*, 2.

⁷¹² Vid. VEGARA FIGUERAS, D., *op. cit.*, 17. Este mismo autor, señala, que “*la Unión Bancaria “plena” supondría, por tanto un armazón que incluiría, por un lado, aspectos regulatorios, de supervisión, de resolución de entidades, de protección de los depositantes y de mecanismos de respaldo y, por otro, modificaciones fundamentales en el marco institucional a nivel del área del euro, al ser necesarias autoridades comunes en cada una de esas dimensiones*”.

Como señala TEIXEIRA, la UB se enmarca en un proceso más amplio de transformación de la construcción europea, que clasifica en tres vías de desarrollo: (i) la emergencia de un nuevo método de adopción de decisiones en la UE, más cercano a la lógica intergubernamental que al tradicional “método comunitario”⁷¹³; (ii) un progresivo avance de los instrumentos de Derecho imperativo en relación con las obligaciones de los Estados; y (iii) una cada vez mayor integración en el ámbito de la UEM⁷¹⁴.

La Unión bancaria responde a un modelo de relación entre los ordenamientos de la UE y de los Estados Miembros participantes en el que ambos niveles asumen competencias ejecutivas sobre un mismo ámbito material de actividad y en el que la colaboración entre Administraciones está llamada a jugar un papel decisivo: se trata de una Administración mixta y cuyo estudio resulta de interés, desde luego desde el punto de vista del régimen de los intermediarios bancarios y de las relaciones de los particulares con las Instituciones comunitarias, pero también como posible marco para la regulación de otros sectores económicos a nivel europeo⁷¹⁵.

La puesta en marcha de la Unión bancaria encuentra fundamento en la aspiración de contar con un sistema de regulación de las actividades de intermediación bancaria completo y, en consecuencia, su ámbito de actuación abarca la existencia de un código común de reglas sustantivas vinculantes de la actividad, una supervisión única, un sistema único de garantía de depósitos y un sistema de resolución de crisis⁷¹⁶, si bien, en la práctica y a la vista de los avances logrados hasta la fecha, la Unión bancaria consiste en (i) un Mecanismo

⁷¹³ Sobre el debate relativo a la adopción de decisiones en el ámbito de la UE y la reconfiguración del sistema institucional, *Vid.*, por todos, **PONZANO, P.**, «*Un nuovo metodo per l'Unione?*», *Papers de diritto europeo*, nº 1, Centro di documentazione europea dell'Università degli Studi di Verona, 2013.

⁷¹⁴ *Vid.* **TEIXEIRA, P.**, *The Single Supervisory Mechanism: Legal and Institutional Foundations*, en VV.AA., *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, n 75, Banca d'Italia, 2013.

⁷¹⁵ *Vid.* **WISSINK, L.; DUIJKERSLOOT, T.; WIDDERSHOVEN, R.**, *op. cit.* 92.

⁷¹⁶ *Vid.* **HUERTAS, T.**, Noviembre 2012, *Banking Union: What Will It Mean for Europe?*, LSE Financial Markets Group Paper Series, donde se señala que una verdadera Unión Bancaria debería contar con cinco pilares: regulación, *strictu sensu*, supervisión, sistema de garantía de los depósitos, sistema de resolución, y sistema de préstamo de último recurso y de provisión de liquidez.; **ASMUSSEN, J.**, «*Hacia una unión bancaria*». *Información Comercial Española*,

Único de Supervisión, que homogeniza el control sobre el acceso a la actividad y su ejercicio de las entidades de crédito; (ii) un Mecanismo Único de Resolución, que articula un sistema fuertemente, si bien no completamente, unificado de gestión de crisis bancarias; y (iii) un sistema armonizado de garantía de depósitos, de aplicación al conjunto de la UE⁷¹⁷.

Tanto el MUS como el MUR suponen la atribución de poderes al nivel europeo que, hasta el momento, estaban atribuidos a las autoridades nacionales, por lo que cabe plantear la adecuación de dichas novedades conforme al principio de subsidiariedad, de acuerdo con el cual en las materias que no sean de su competencia exclusiva “*la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados Miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión*”⁷¹⁸.

4.3. La base legal de la Unión bancaria

La Unión bancaria es una realidad compleja desde el punto de vista jurídico, cuya instauración ha requerido acudir a interpretaciones novedosas y no siempre pacíficamente admitidas de los Tratados. Buena muestra de ello es la cuestión de la base legal diversa de cada uno de los mecanismos únicos.

La base legal del MUS es el artículo 127 (6) del TFUE, según el cual “*El Consejo, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo y al BCE, podrá encomendar al BCE tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y otras entidades financieras, con excepción de las empresas de seguros*”. La competencia del BCE en materia de supervisión bancaria debe ser conceptua-

ICE: *Revista de economía*, n° 874 (Ejemplar dedicado a: "Crisis y reforma regulatoria del sistema financiero en la U.E."), 2013, 53-64.

⁷¹⁷ Vid. BERGES, A.; ONTIVEROS, E.; Y VALERO, F.J., *La Unión bancaria desde una perspectiva española*, Documento de Trabajo OPEX n° 71/2012, Fundación Alternativas, Madrid, 2012.

⁷¹⁸ Art. 5.3 TUE

lizada, conforme al marco establecido por el Tratado de Lisboa, como competencia *compartida*, y ello sin perjuicio de que su atribución venga habilitada en relación con una competencia exclusiva de la UE, como es la política monetaria, y además, *derivada*, en tanto que no viene atribuida por el Tratado, sino por el Derecho derivado de la UE⁷¹⁹, si bien no podemos obviar, algunas de las críticas que ha recibido tal decisión, tales como la acumulación de poder en torno a una misma institución, los potenciales conflictos de interés entre los diversos objetivos que deben orientar sus actuaciones o la insuficiencia del régimen de rendición de cuentas y control democrático de su régimen⁷²⁰.

Por el contrario, la cuestión de la base legal para la puesta en marcha del MUR ha sido altamente controvertida⁷²¹ debido a la ausencia en los Tratados de mención alguna a tal posibilidad, ni siquiera indirecta⁷²². La puesta en marcha del Mecanismo se realiza con base en la potestad para la adopción de medidas de aproximación de las legislaciones nacionales para el establecimiento y funcionamiento del Mercado interior reconocida en el TFUE⁷²³. El procedimiento de adopción de decisiones para la instauración del Mecanismo, desde la perspectiva formal, se ha realizado conforme a un procedimiento *sui generis*, ya utilizado en los casos del Tratado Constitutivo del MEDE y del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la UEM. Así, y a fin de salvar las reservas de algunos Estados sobre la posibilidad de adoptar tal decisión sin proceder a una modificación de los Tratados, se procede a la firma de uno

⁷¹⁹ Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., «Problemas de cobertura jurídica de la supervisión bancaria del BCE en la nueva Unión bancaria y apuntes para su solución», *Revista de Estudios Europeos*, nº. 63, 2013, 79-114.

⁷²⁰ Vid. WYMEERSCH, E., “*The single supervisory...*”, 16.

⁷²¹ De manera sintética, los principales hitos de la puesta en marcha del Mecanismo han sido los siguientes: En diciembre de 2013 el Consejo adoptó una posición en relación con el Mecanismo Único; en marzo de 2014, el Parlamento y el Consejo alcanzaron un acuerdo provisional sobre la propuesta de Reglamento; en abril de 2014 el Parlamento aprueba el Mecanismo; en mayo de 2014 26 Estados Miembros firman el Acuerdo Intergubernamental sobre transferencia y mutualización de las contribuciones al Mecanismo; en julio se aprueba finalmente el Reglamento.

⁷²² Vid. ZAVVOS, GEORGE S. y KALTSOUNI, S., *The Single Resolution Mechanism in the European Banking Union: Legal Foundation, Governance Structure and Financing* (September 15, 2014). This paper will be published as a separate chapter in: Matthias Haentjens & Bob Wessels (eds.), *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, Edward Elgar Publishing Ltd, Cheltenham, UK, 2015 (Forthcoming).

⁷²³ Art. 114.1 TFUE

nuevo para cuya entrada en vigor ni siquiera se exige la ratificación de todos sus signatarios⁷²⁴.

El Acuerdo tiene naturaleza de Tratado Internacional, eso sí, vinculado al Derecho originario. En concreto, el propio Tratado hace referencia al deber de cooperación leal y de asistencia mutua de los Estados Miembros y la Unión en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados⁷²⁵. En consecuencia, el Acuerdo debe interpretarse y aplicarse conforme al Derecho originario de la UE y no afecta a las competencias de la Unión en el ámbito del Mercado Interior. Los Estados signatarios declaran expresamente la posibilidad de someter las controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del Acuerdo al Tribunal de Justicia, siendo su fallo vinculante para las partes.

4.4. Los principios de relación entre las esferas competenciales de los Estados y de la UE

Encontrándose la Unión bancaria vinculada por el Derecho Originario, resulta de interés hacer una breve referencia a los principios informadores de la relación entre los niveles estatal y europeo en el marco de la UE.

4.4.1. Principio de efecto directo

Desde el punto de vista de las fuentes formales, la nueva regulación bancaria europea se caracteriza porque gran parte de la normativa ha pasado de estar regulada por Directivas a hacerlo mediante reglamentos, avanzándose notablemente en su efecto directo, tanto en las relaciones entre poderes públicos como entre ellos y los particulares, frente a la tradicional armonización normativa

⁷²⁴ Vid. BERGES, A.; ONTIVEROS, E.; VALERO, F.J., *op. cit.* 13.

⁷²⁵ Art. 4.3 TUE Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados.

Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

que requería la trasposición de la normativa europea a los ordenamientos nacionales.

En este sentido, debe recordarse que los Reglamentos, tal y como dispone el Derecho originario tienen alcance general y efecto directo, en el sentido de que su cumplimiento es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro⁷²⁶.

4.4.2. Principio de primacía del Derecho Europeo

La naturaleza de los mecanismos de supervisión y de resolución trasciende a la coordinación reforzada de dichos aspectos de la regulación bancaria, constituyendo la atribución de verdadero poder de decisión al nivel europeo⁷²⁷.

La Unión bancaria es un sistema articulado en torno a la concepción de la distribución de competencias entre administraciones nacionales y nivel europeo consistente en la ejecución directa por parte del nivel comunitario de la legislación sectorial, lo cual supone una ruptura con la regla general de funcionamiento de la UE basada en un modelo más próximo al federalismo ejecutivo, en el que el nivel estatal es el encargado de la ejecución de la normativa⁷²⁸.

El principio de primacía del Derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales está asentado en la jurisprudencia del TJUE desde la célebre sentencia *Costa/ENEL*, de 15 de julio de 1964, afianzada en la posterior *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978. Desde entonces, el Tribunal ha declarado que la UE dispone de poderes, tanto en el plano interno como externo, en virtud de una transferencia de atribuciones de los Estados que supone, en definitiva, una limitación del ámbito competencial del nivel nacional, lo cual resulta en que las normas nacionales no pueden prevalecer sobre las normas europeas⁷²⁹.

⁷²⁶ Art. 288 TFUE

⁷²⁷ Vid. QUINTANA, R., Conferencia de clausura en Jornada CECA sobre Unión Bancaria, Supervisión y Gestión de Crisis en la Unión Europea, 10 de junio de 2013.

⁷²⁸ Vid. BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M., *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*, Oxford University Press, 2012, 396-398.

⁷²⁹ Vid. GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, R., y CARPI BADÍA, J.M^a, El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea, *Revista Jurídica de Castilla y León*. N.º 3. mayo 2004, 13-48.

4.4.3. Principio de subsidiariedad

La atribución al BCE de competencias de supervisión prudencial sobre las entidades de crédito era una posibilidad prevista por el Derecho originario, de modo que más allá de las limitaciones directamente derivadas de la negociación entre Estados, una vez alcanzado un consenso, jurídicamente resultaba posible. No obstante, no faltan voces que, aun admitiendo la suficiencia de la base legal del MUS, han señalado la conveniencia de introducir en el Tratado una nueva redacción que *“refleje más nítidamente los nuevos cometidos del BCE”*⁷³⁰.

Con carácter general, el principio de subsidiariedad actúa como elemento *“in-formador y vertebrador de actuación de los criterios de actuación y de la intervención”* del nivel europeo con respecto de los Estados, sobre la base *“de unas atribuciones y habilitaciones legales de competencias distintas o compartidas”*, para lo cual *“prevé unos criterios para el ejercicio y la acción de las mismas, sin organizar jerárquicamente dichas competencias”*⁷³¹.

Para una correcta intelección del encaje de la Unión bancaria en el Derecho de la UE, debe notarse que la atribución de competencias en que se traduce la Unión bancaria no responde a una interpretación del principio de subsidiaridad en relación con la actividad bancaria y, concretamente la supervisión prudencial, sino en una nueva concepción del concepto de estabilidad financiera o, si se quiere, de su ámbito relevante, que acoge el legislador comunitario y que permite extender, de hecho, el ámbito material de decisión del nivel comunitario.

El legislador asume que las circunstancias del sector bancario han cambiado, de modo que el ámbito relevante de la estabilidad financiera trasciende al ámbito estatal, por lo que la redistribución competencial de la actividad administrativa orientada a su garantía queda plenamente justificada conforme a las exigencias del principio de subsidiariedad, sin necesidad de modificar los Tratados, al menos, desde el punto de vista del principio de subsidiariedad.

⁷³⁰ Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C., «El mecanismo europeo... », 75.

⁷³¹ Vid. ORTIZ DÍAZ, J., «El principio de subsidiariedad y la Unión Europea», *Anuario de derecho europeo*, N.º. 4, 2004, 63-72.

4.4.4. Principio de atribución

El principio de atribución rige como criterio de delimitación de las competencias de la UE en relación con los Estados y consiste en que “*la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados Miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan*” y que “*toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados Miembros*”⁷³².

Por tanto, aun habiéndosele atribuido por el Derecho de la UE al nivel comunitario determinadas competencias, deberá perseguir los objetivos asignados dentro del marco de las competencias atribuidas y todo lo que exceda de esta atribución seguirá en poder de los Estados⁷³³. La necesidad de cumplir con esta exigencia tiene como consecuencia que la atribución de competencias en materia de regulación bancaria al nivel europeo no es completa retando todas las materias no expresamente atribuidas a las instancias comunitarias bajo la responsabilidad del nivel nacional.

4.5. Cuestiones organizativas

4.5.1. La independencia

La independencia del MUS – y la del MUR, ya que en ambos casos la regulación es análoga⁷³⁴ - se define en el reglamento de forma análoga a la del SEBC y afecta tanto al BCE como a las autoridades nacionales participantes y las personas involucradas en el funcionamiento del MUS⁷³⁵ y consiste, sintéticamente, en una exigencia genérica de independencia y de defensa del interés general en el ejercicio de sus funciones, de modo que los sujetos al mismo

⁷³² Art. 5.2. TUE

⁷³³ Vid. MANGAS MARTÍN, A., «La Unión Europea y su futuro: el debate competencial», *Noticias de la Unión Europea*, N° 218, 2003 (Ejemplar dedicado a: El Tratado de Niza), 79-94.

⁷³⁴ Art. 47 RMUR

⁷³⁵ Vid. TEIXEIRA, P., *op. cit.*, 81.

quedan solamente sometidos al Derecho de la UE, al margen de cualesquiera intereses distintos a los de la UE en su conjunto⁷³⁶.

4.5.2. La rendición de cuentas

Los regímenes de rendición de cuentas del MUS y el MUR refleja su estructura compleja, al reconocer la potestad de control tanto al nivel comunitario como al nacional⁷³⁷.

4.5.2.1. Por las otras Instituciones

La actividad del BCE y de la JUR como parte integrante del MUS y el MUR, respectivamente queda sometida al control por parte de la Comisión, el Parlamento, el Consejo⁷³⁸. Además, sus funciones de supervisión y resolución son objeto del control de gestión por parte del Tribunal de Cuentas⁷³⁹.

Para ello, debe presentar un informe anual a las citadas Instituciones y al Eurogrupo sobre las funciones desempeñadas en el marco del MUS y el MUR⁷⁴⁰.

⁷³⁶
RMUR

Art.

47.1

⁷³⁷ Vid. TEIXEIRA, P.G. *op. cit.*, 83.

⁷³⁸ Art. 20.1 RMUS; Art. 45.1 y 45.2 RMUR, en relación con el MUR

⁷³⁹ Art. 20.7 RMUS; Art. 45.2 RMUR, en relación con el MUR

⁷⁴⁰ Art 20.2 RMUS; Art. 45.2 RMUR, en sentido análogo: “La Junta remitirá al Parlamento Europeo, a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros participantes de conformidad con el artículo 46, al Consejo, a la Comisión y al Tribunal de Cuentas Europeo un informe anual sobre la ejecución de las funciones que le atribuye el presente Reglamento. Dicho informe, a reserva de los requisitos del secreto profesional, se publicará en el sitio web de la Junta”.

Este informe se presentará públicamente por el presidente del Consejo de Supervisión al Parlamento y al Eurogrupo, que contará con la presencia de cualquier Estado Miembro participante, en el caso de BCE, y por el Presidente de la JUR ante el Parlamento y el Consejo⁷⁴¹.

Tanto el Eurogrupo, en el caso del BCE, y el Consejo, en el caso de la JUR, como el Parlamento pueden requerir la comparecencia del presidente del Consejo de Supervisión y del presidente de la JUR y formular preguntas para ser contestadas oralmente o por escrito para informar sobre la ejecución de las funciones de supervisión⁷⁴².

4.5.2.2. Por los parlamentos nacionales

Junto al control de las funciones de supervisión por parte de las Instituciones europeas el Reglamento prevé el control por parte de los parlamentos nacionales. A tal fin, se dispone la obligación de remitir el informe anual del BCE y de la JUR también a los parlamentos nacionales de los Estados participantes y la posibilidad de que estos les dirijan sus observaciones motivadas sobre el mismo y que formulen preguntas para ser contestadas por escrito. Asimismo, se prevé la posibilidad de que el presidente del Consejo de supervisión o cualquier otro miembro del mismo y el Presidente de la JUR comparezcan ante los parlamentos nacionales a fin de participar en un cambio de impresiones en relación con las tareas de los mecanismos con respecto de las entidades de crédito de ese Estado Miembro, junto con un representante de la autoridad nacional competente⁷⁴³.

⁷⁴¹ Art. 20.3 RMUS; Art. 45.3 RMUR en relación con el MUR

⁷⁴² Arts. 20.4 y 20.5 RMUS

⁷⁴³ Art. 21 RMUS; Art. 46 RMUR

CAPÍTULO VII

El Mecanismo Único de Supervisión

1. Objeto

El MUS es el conjunto de reglas, procedimientos e instituciones relativas a la supervisión prudencial de las entidades de crédito en el ámbito de la UEM y que resulta de la asunción por el nivel europeo de la competencia sobre esta materia, las cuales, hasta el momento, habían estado atribuidas a las autoridades nacionales en su práctica totalidad, más allá de una limitada armonización normativa efectuada con fundamento en el artículo 127.5 del TFUE o el artículo 25 de los Estatutos del SEBC y el BCE⁷⁴⁴.

Se instaura mediante la aprobación del Reglamento (UE) nº 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al BCE tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y se crea el Mecanismo Único de Supervisión. El Reglamento del MUS es desarrollado por el Reglamento del BCE, de 16 de abril de 2014, por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el BCE y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas (referido en adelante como “Reglamento Marco del MUS”).

⁷⁴⁴ Vid. WYMEERSCH, E., “*The single supervisory...*”, 4; FERRAN E. y BABIS, V.S.G., «*The European Single Supervisory Mechanism*», *Journal of Corporate Law Studies*, vol. 13, nº 2, 2013, 255-285; BARBU, T.C., BOITAN, I.A., «*Implications of the single supervisory mechanism on ECB's functions and on credit institutions' activity*», *Theoretical and Applied Economics*, nº 3 vol. XX, 2013, 103-120; WITTE, A., “*The application of National...*”; TEIXEIRA, P.G., “*The Single Supervisory...*”; CARRILLO DONAIRE, J.A., *Intervención de entidades...*; RODRÍGUEZ PELLITERO, J., “*Resolución de crisis bancarias*””, en Muñoz Machado, S. (dir.), *Sistema Bancario*, Iustel, Madrid, 2013, 829 y ss.; ÁVILA ORIVE, J.L., *op. cit.*, 47 y ss.

Tal decisión responde a los objetivos de (i) garantizar la seguridad y la solidez del sistema bancario europeo, (ii) reforzar la integración y la estabilidad financiera y (iii) lograr una supervisión homogénea⁷⁴⁵.

Desde una perspectiva más amplia, el significado del MUS trasciende al mero ámbito sectorial bancario, al constituir uno de los pilares de la llamada Unión bancaria. En este sentido, su instauración responde a un doble interés: (i) la consecución de un mercado único bancario, al establecer una supervisión homogénea para las entidades de crédito de los Estados participantes; y (ii) romper el vínculo de las finanzas públicas nacionales con el devenir de sus respectivos sectores bancarios, de modo que se minimicen los efectos de las crisis bancarias sobre la capacidad de financiación de los Estados⁷⁴⁶.

Para ello, el legislador europeo ha configurado un conjunto novedoso de reglas, cualitativamente distintas de las utilizadas hasta la fecha para distribuir competencias entre el nivel europeo y el estatal.

CASSESE destaca las siguientes características del MUS: (i) es un orden jurídico en cascada, no jerárquico sino ordenado en diferentes planos; (ii) está compuesto por una pluralidad de sujetos, interrelacionados entre sí; (iii) papel del BCE como eje del mecanismo; (iv) cierto carácter ejecutivo, en el sentido de que el BCE tiene competencias de tipo más decisorio, mientras que las autoridades nacionales tienen competencia de tipo más ejecutivo; (v) posibilidad de extender su ámbito a la totalidad de los Estados Miembros de la UE; (vi) relevancia del mecanismo de resolución⁷⁴⁷.

Tal y como ha señalado el propio BCE, sus actividades se orientan conforme a los siguientes principios: (i) *Aplicación de las mejores prácticas*, sometiendo los procedimientos a procesos de revisión continua a fin de asegurar las mejo-

⁷⁴⁵ Vid. BANCO CENTRAL EUROPEO, *Guía de supervisión bancaria*, Noviembre de 2014, Noviembre de 2014, 5.

⁷⁴⁶ Vid. CASSESE, S., *La nuova architettura finanziaria europea*, en VV.AA., *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, n° 75, Banca d'Italia, septiembre de 2013. En este sentido, debemos señalar la Resolución de 13 de junio de 2013 del Parlamento Europeo titulada "*Servicios financieros: falta de progresos en el Consejo y retraso de la Comisión en la adopción de determinadas propuestas*", en la que ya se ponía de manifiesto la necesidad de avanzar en este sentido.

⁷⁴⁷ Vid. CASSESE, S., *ibídem.*, 19.

res índices de eficacia; (ii) *Integridad y descentralización*, basada en la cooperación entre los elementos integrantes del MUS a fin de garantizar la homogeneidad de sus actuaciones y evitar duplicidades; (iii) *Homogeneidad dentro del MUS*, aplicándose un mismo marco regulatorio a todas las entidades de los Estados participantes; (iv) *Coherencia con el mercado único*, al permanecer abierto a la participación de la totalidad de Estados de la UE y no solamente a los de la UEM ; (v) *Independencia y rendición de cuentas*, que garantizan la autonomía de las decisiones del MUS con respecto de cualesquiera otros poderes, públicos o privados; (vi) *Supervisión de enfoque riesgo*, pudiéndose modular las actuaciones del MUS con respecto de las entidades en virtud de sus características específicas; (vii) *Proporcionalidad*, de modo que la intensidad de la supervisión en función de las necesidades de cada momento; (viii) *Niveles adecuados de actividad supervisora para todas las entidades de crédito*, que permitan garantizar la estabilidad del sistema; (ix) *Medidas correctoras eficaces y oportunas*, para una mejor consecución de los objetivos de la supervisión⁷⁴⁸.

2. Distribución de funciones

2.1. Ámbito de aplicación

El ámbito sobre el que el MUS se proyecta es complejo: abarca normas, procedimientos e instituciones que resultan de aplicación al conjunto de Estados Miembros de la UE – así, el conjunto de normas incluidas en las Directivas -, y otras que sólo se vinculan, *a priori*, a los sectores bancarios de los Estados Miembros participantes en la UEM, así como a los de los Estados que puedan unirse al Mecanismo mediante la cooperación estrecha.

2.1.1. Ámbito material

El ámbito material del MUS son las actividades de las entidades de crédito, entendidas éstas, conforme a la definición del ordenamiento comunitario, como las *empresa(s) cuya actividad consista en recibir del público depósitos*

⁷⁴⁸ Vid. BANCO CENTRAL EUROPEO, *Guía de supervisión bancaria*, Noviembre de 2014, 7.

*u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia*⁷⁴⁹, quedando al margen el resto de instituciones financieras⁷⁵⁰.

2.1.2. *Ámbito subjetivo*

El MUS proyecta su actividad sobre la totalidad de entidades de crédito de los Estados Miembros participantes, que suman aproximadamente un total de 4.700 entidades⁷⁵¹, sin embargo, se distinguen dos regímenes en función de que las entidades sean consideradas significativas o no significativas: las entidades consideradas significativas a nivel europeo son supervisados directamente por el BCE, mientras que el resto de entidades seguirán siendo supervisados por las autoridades nacionales si bien bajo la coordinación del BCE.

Para determinar la competencia de BCE el reglamento dispone las siguientes reglas⁷⁵²:

- Como regla general, el BCE supervisa la actividad de las tres entidades de crédito más significativas en cada uno de los Estados Miembros participantes, salvo que lo justifiquen circunstancias particulares, así como la de las entidades respecto de las cuales se haya solicitado o recibido ayuda financiera pública directa de la FEEF o del MEDE no se considerarán menos significativas.

- El BCE supervisa, además, las entidades que reúnen los requisitos objetivos establecidos por el Reglamento relativos al valor total de sus activos o de peso relativo con respecto de la economía nacional: (i) que el valor total de sus activos supere los 30.000.000.000 EUR o (ii) que la *ratio* de sus activos totales respecto del PIB del Estado Miembro participante de establecimiento supere el 20%, a menos que el valor total de sus activos sea inferior a 5.000.000.000 EUR.

⁷⁴⁹ Art. 4.1 1) Reglamento (UE) n o 575/2013;

⁷⁵⁰ Vid. WYMEERSCH, E., “*The single supervisory...*”, 26.

⁷⁵¹ Vid. BANCO CENTRAL EUROPEO, *Guía de supervisión bancaria*, Noviembre de 2014, 10.

⁷⁵² Art. 6.4 RMUS

- El Reglamento prevé la posibilidad de que el BCE decida incluir una entidad en su ámbito competencial, ya sea a iniciativa de las autoridades nacionales del Estado al que pertenezca o a iniciativa propia:

(i) Previa notificación por su autoridad nacional competente en el sentido de que considera que esa entidad tiene importancia significativa para la economía nacional, el BCE tome una decisión por la que confirma dicho carácter significativo tras haber realizado una evaluación global, incluida una evaluación del balance, de dicha entidad financiera.

(ii) Por iniciativa propia, estudiar si una institución tiene una relevancia significativa cuando hubiese establecido filiales bancarias en más de un Estado Miembro participante y su activo o pasivo transfronterizo represente una parte importante de su activo o pasivo total, sujeto a las condiciones establecidas en el método.

2.1.3. Ámbito geográfico

El ámbito de aplicación del MUS y del MUR abarca⁷⁵³:

a) Los Estados Miembros cuya moneda es el Euro

La integración en el MUS es obligatoria en este caso, de modo que mediante la creación del Mecanismo se extiende el ámbito de la Eurozona más allá de la política monetaria⁷⁵⁴.

b) Estados Miembros cuya moneda es distinta del Euro, pero que han establecido una cooperación estrecha con el MUS

Por tanto, quedan excluidos del MUS los Estados Miembros cuya moneda no sea el Euro y no hayan establecido un acuerdo de cooperación estrecha con los mismos.

2.1.4. La cooperación estrecha

⁷⁵³ Tal y como establece el artículo 2.1. RMUS, al que asimismo remite el 4.1. RMUR.

⁷⁵⁴ Vid. VERHELST, S., *Assessing the Single Supervisory Mechanism: Passing the Point of No Return for Europe's Banking Union*, Egmont Royal Institute for International Relations, Gante, 2013; MANCINI M., *op. cit.*, 20 y ss.

2.1.4.1. Concepto

Si bien en principio el MUS se proyecta sobre los sistemas bancarios de los Estados participantes en la UEM, su vocación es la de extenderse al resto de Estados miembros de la UE: el establecimiento de la cooperación estrecha entre Estado cuya moneda no sea el Euro tiene como efecto el sometimiento de las autoridades nacionales competentes en materia de supervisión y resolución a las instrucciones, orientaciones o solicitudes que, en su caso, formulen las autoridades competentes del MUS⁷⁵⁵.

2.1.4.2. Decisión de puesta en marcha

La decisión sobre la puesta en marcha de la cooperación estrecha corresponde al BCE a petición de las autoridades de dicho Estado y conforme a las siguientes condiciones⁷⁵⁶: (i) el Estado Miembro debe notificar a los demás Estados Miembros, a la Comisión, al BCE y a la ABE su deseo de establecer una cooperación estrecha con el BCE en relación con el ejercicio de las funciones de supervisión con respecto a todas las entidades de crédito establecidas en él; (ii) el Estado Miembro debe comprometerse a (a) velar por que su autoridad nacional competente o su autoridad nacional designada acate todas las orientaciones o solicitudes formuladas por el BCE en el ámbito de sus competencias de supervisión, y (b) proporcionar toda la información sobre las entidades de crédito establecidas en su territorio que el BCE pueda requerir para llevar a cabo una evaluación global de dichas entidades; y (iii) el Estado Miembro debe haber adoptado la legislación nacional pertinente que garantice que su autoridad nacional competente está obligada a adoptar, en relación con las entidades de crédito, cualquier medida que le solicite el BCE.

2.1.4.3. Requisitos formales

⁷⁵⁵ Art. 7.1 RMUS

⁷⁵⁶ Art 7.2 RMUS

La Decisión del establecimiento de la cooperación estrecha debe publicarse en el Diario Oficial de la UE y entrará en vigor a los catorce días de su publicación⁷⁵⁷.

2.1.4.4. Instrucciones del BCE

La autoridad nacional competente deberá adoptar las medidas necesarias para cumplir con las instrucciones formuladas por el BCE en plazo fijado por éste, que no será inferior a 48 horas salvo que una adopción más temprana sea indispensable para evitar un daño irreparable⁷⁵⁸.

2.1.4.5. Terminación

La cooperación estrecha puede finalizar en cualquier momento, por decisión del BCE o a solicitud del Estado Miembro.

- Terminación por incumplimiento del Estado

Cuando el BCE considere que las autoridades del Estado participante no cumplen con las condiciones anteriormente referidas, podrá advertir al Estado de que, en caso de no adoptar medidas correctoras en el plazo de 15 días, la cooperación estrecha podrá ser suspendida o terminada⁷⁵⁹.

- Terminación por decisión del Estado participante

Cuando el Estado participante cuya moneda no es el Euro no esté de acuerdo con el proyecto de decisión del Consejo de supervisión, podrá informar de tal extremo, de forma motivada y en el plazo de cinco días hábiles desde su recepción, al Consejo de Gobierno y/o solicitar al BCE la terminación de la cooperación estrecha con efecto inmediato, quedando sin efecto su vinculación a la

⁷⁵⁷ Art. 7.3 RMUS

⁷⁵⁸ Art. 7.4 RMUS

⁷⁵⁹ Art. 7.5 RMUS

eventual decisión posterior. En tal caso, el Consejo de Gobierno dispone de cinco días hábiles para resolver, de forma motivada, sobre la cuestión⁷⁶⁰.

En este caso, el BCE no podrá establecer una nueva cooperación estrecha con dicho Estado en el plazo de tres años desde la publicación de la decisión en el diario Oficial de la UE. La decisión de suspender o dar por terminada la cooperación estrecha se notificará al Estado Miembro en cuestión y se publicará en el Diario Oficial de la UE. La decisión deberá indicar la fecha a partir de la cual es aplicable, tomando debidamente en consideración la eficacia de la supervisión y los intereses legítimos de las entidades de crédito⁷⁶¹.

2.2. Criterios generales de distribución de funciones entre el BCE y las autoridades nacionales

De acuerdo con el nuevo régimen derivado de la puesta en marcha de la Unión bancaria, el BCE es competente para la supervisión de todas las entidades de crédito de los Estados incluidos en el ámbito de la Unión bancaria, ya sea de manera directa – en relación con las entidades significativas (tanto en relación con las entidades individuales como con la supervisión de conglomerados en base consolidada) o indirecta - con respecto de las entidades no significativas. Las autoridades nacionales, en consecuencia, conservan su competencia para supervisar directamente las entidades no significativas (bajo la coordinación y dirección del BCE) y para colaborar (prestando asistencia) con el BCE en la supervisión de las significativas.

El MUS está sujeto al conjunto de normas de Derecho bancario del Mercado Interior. Los elementos que lo componen deberán aplicar el Derecho de la UE, tanto el que se plasma en Reglamentos como en Directivas u otras normas y las normas de Derecho nacional que lo trasponen, en su caso, dando lugar a tres modalidades de actuación del BCE en relación con la regulación bancaria⁷⁶²: (i) Ejecución directa de las normas de Derecho europeo, en virtud de los poderes que le son conferidos por el Derecho de la UE directamente aplicable;

⁷⁶⁰ Art. 7.8 RMUS

⁷⁶¹ Art. 7.6 RMUS

⁷⁶² Vid. WITTE, A., “*The application of National Banking...*”.

(ii) Ejecución indirecta de las normas de Derecho europeo, ejercitando la potestad de dirigir instrucciones a las autoridades nacionales; y (iii) Aplicación del Derecho nacional por parte del BCE⁷⁶³.

La elección del BCE como eje del MUS es coherente con la atribución de las competencias de supervisión prudencial a los bancos centrales en la mayoría de los Estados Miembros, circunstancia que, *a priori*, facilita la coordinación con otros ejes de la política económica y que permite poner en valor el *expertise* y la reputación en el ámbito financiero del BCE; además, la condición de institución de la UE del BCE permitía salvar la necesidad de modificación de los Tratados en caso de atribuir dichos poderes a la ABE o a una agencia de nueva creación, en aplicación de la *Doctrina Meroni*⁷⁶⁴.

a) *Función de coordinación del MUS y otras relacionadas*

Con carácter general el BCE es responsable del funcionamiento eficaz y coherente del MUS⁷⁶⁵.

En tal condición, el BCE debe (i) cooperar con la Autoridad Bancaria Europea, la Autoridad Europea de Valores y Mercados, la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, y la Junta Europea de Riesgo Sistémico, y con las demás autoridades que constituyen el Sistema Europeo de Supervisión Financiera (SESF)⁷⁶⁶; (ii) celebrar memorandos de entendimiento con las autoridades competentes de los Estados Miembros responsables de los mercados de

⁷⁶³ Art. 4.3.1 RMUS. En este sentido, el BCE tendrá que aplicar normas de Derecho nacional, lo cual es una novedad. Vid. TEIXEIRA, P., “*The Single Supervisory Mechanism...*”, 90.

⁷⁶⁴ Vid. OTTOW, A., «*Europeanization of the Supervision of Competitive Markets*», *European Public Law*, 18, no 1, 2012, 215, sobre la sentencia C-5/56, Meroni, 1958, ECR 133; “*The conventional view on the ruling in this case is that the Commission is not entitled to delegate powers involving a discretionary element to European bodies (...) it can generally be stated that these “Euroregulators” have powers of a purely technical and advisory nature and no regulatory tasks, let alone powers involving any element of discretion*”.

⁷⁶⁵ Art. 6.1. RMUS

⁷⁶⁶ Art. 3.1, primer párrafo, RMUS

instrumentos financieros, cuando sea necesario⁷⁶⁷; (iii) cooperar estrechamente con las autoridades facultadas para llevar a cabo la resolución de entidades de crédito, en particular en la preparación de los planes de resolución⁷⁶⁸ y con cualquier mecanismo de asistencia financiera pública, incluidos el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FEEF) y el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), especialmente en caso de que ese mecanismo haya concedido o vaya a conceder probablemente asistencia financiera directa o indirecta a una entidad de crédito⁷⁶⁹; en su caso, celebrará memorándums con las autoridades competentes de los Estados Miembros no participantes⁷⁷⁰.

Además, el BCE puede entablar contactos y celebrar acuerdos administrativos con autoridades de supervisión, organizaciones internacionales y administraciones de terceros países, coordinándose adecuadamente con la ABE, siempre que dichos acuerdos no impongan obligaciones jurídicas a la Unión y a sus Estados Miembros⁷⁷¹.

b) En relación con los “procedimientos comunes”

Los procedimientos comunes son aquellos en los que el reparto de competencias entre el BCE y las autoridades nacionales no depende de la condición de entidad significativa de la entidad supervisada⁷⁷².

Están vinculadas con el acceso a la actividad, en concreto son: la autorización de entidades de crédito (evaluación de la propuesta y resolución), revocación de la autorización (Inicio del procedimiento o propuesta, en su caso; resolución; y notificación de la resolución) y evaluación de adquisición cualificada de participaciones (evaluación de la propuesta; resolución; notificación de la decisión final). Sobre todos ellos el BCE tiene competencia para resolver.

⁷⁶⁷ Art. 3.1, Segundo párrafo, RMUS

⁷⁶⁸ Art. 3.4. RMUS

⁷⁶⁹ Art. 3.5 RMUS

⁷⁷⁰ Art. 3.6 RMUS

⁷⁷¹ Art. 8, RMUS

⁷⁷² Vid. WISSINK, L.; DUIJKERSLOOT, T.; WIDDERSHOVEN, R., “Shifts in Competences between...”, 94.

c) En relación con la supervisión micro prudencial

El BCE es competente para supervisar todas las entidades de los Estados participantes, si bien, de acuerdo con el RMUS, lleva a cabo dichas tareas de modo directo en relación con las entidades significativas, mientras que en relación con las no significativas lo hace indirectamente, a través de las autoridades nacionales⁷⁷³.

El RMUS atribuye al BCE un amplio catálogo de competencias de supervisión con respecto de las entidades significativas, tales como: controlar el cumplimiento de los requisitos prudenciales (fondos propios, liquidez, apalancamiento, titulización, exposición a grandes riesgos, provisión de información); controlar el cumplimiento de las normas sobre gobierno corporativo (idoneidad, sistemas de gestión de riesgos, mecanismos de control interno, política de remuneraciones, procedimientos de evaluación de adecuación de capital interno, etc.); revisión supervisora (evaluación de procedimientos internos, cobertura de riesgos, imposición de medidas prudenciales); supervisión consolidada y suplementaria de conglomerados financieros; medidas de intervención temprana (planes de reestructuración); acceso a la actividad (actúa como supervisor de origen o de destino, en los mismos términos que los supervisores nacionales, en relación con los Estados no participantes)⁷⁷⁴.

Por lo que respecta a las entidades no significativas, el BCE no realiza la supervisión directamente, sino que lo hace a través de las autoridades nacionales competentes, lo cual no significa que queda desprovisto de relevantes poderes: puede decidir realizar inspecciones in situ si lo considera conveniente y requerir a la autoridad nacional que incluya funcionarios de otras autoridades en sus equipos de inspección, además, de determinar los criterios generales de supervisión y la información que le debe ser notificada⁷⁷⁵.

d) En relación con la supervisión macro prudencial

⁷⁷³ Art. 4.5 RMUS

⁷⁷⁴ Art. 4.1 RMUS

⁷⁷⁵ Art. 4.5 RMUS

Aunque de acuerdo con el tenor del artículo 5 del RMUS la supervisión macro prudencial parece que es atribuida preferentemente a las autoridades nacionales, se faculta al BCE para adoptar las medidas macro prudenciales que considere oportunas de acuerdo con el Derecho de la UE⁷⁷⁶, a iniciativa propia o previa petición de alguna autoridad nacional competente⁷⁷⁷.

En estos casos, el BCE deberá cooperar estrechamente con las autoridades nacionales designadas de los Estados Miembros afectados y, en concreto, deberá notificar su intención a la autoridad nacional competente o designada diez días hábiles antes de intervenir, pudiendo ésta oponerse, exponiendo sus razones por escrito dentro de un plazo de cinco días hábiles, debiendo el BCE tomar en consideración dichas razones antes de proceder con la decisión⁷⁷⁸.

e) En relación con la “potestad sancionadora”

El BCE es competente para la incoación y tramitación de expedientes sancionadores y la imposición de sanciones por infracciones del Derecho de la UE que resulte directamente aplicable en relación con las entidades significativas y para incoar procedimientos e imponer sanciones sobre entidades no significativas si dichas provisiones establecen obligaciones directas ante el BCE⁷⁷⁹.

En el resto de casos, el BCE debe requerir a las autoridades nacionales la incoación y tramitación de los expedientes sancionadores que resulten necesarios.

2.3. Funciones de las autoridades nacionales

Las autoridades supervisoras nacionales ven reducido su radio de acción a la vigilancia de las entidades consideradas no significativas, sobre las que están

⁷⁷⁶ Art. 5.2 RMUS

⁷⁷⁷ Art. 5.3 RMUS

⁷⁷⁸ Art. 5.4 RMUS

⁷⁷⁹ Arts. 4.1 y 4.5 RMUS

llamadas a aplicar el régimen de supervisión del Derecho nacional (que traspone las reglas de la Directiva) en todo lo no regulado por Reglamentos, si bien bajo la coordinación del BCE.

Estas continuarán encargándose de las tareas que no se hayan asignado al BCE, como la protección de los consumidores, y la supervisión de sucursales de bancos de terceros países.

a) *En relación con los “procedimientos comunes”*

El rol de las autoridades nacionales en relación con los procedimientos comunes queda limitado a la participación en su tramitación, quedando la resolución dentro de la esfera de decisión del BCE.

Por lo que respecta a la autorización de entidades de crédito, las autoridades nacionales se encargan de recibir y evaluar las solicitudes (pudiendo rechazarlas, en caso de que no reúnan los requisitos establecidos por el Derecho nacional o elaborando una propuesta de decisión al BCE) y siendo, al mismo tiempo, responsables de la notificación de tal decisión a la entidad interesada.

En los procedimientos de revocación de la autorización consiste en la elaboración de propuesta de resolución, cuando el procedimiento se inicia a su propuesta, o en la posibilidad de presentar objeciones a la propuesta, cuando el procedimiento se inicia por el BCE.

En los procedimientos de evaluación de adquisición cualificada de participaciones las autoridades nacionales reciben y evalúan las solicitudes y elaboración de propuesta de decisión.

b) *En relación con la supervisión de las entidades significativas*

Las autoridades nacionales supervisan directamente las entidades que no hayan quedado comprendidas en la definición de entidades de crédito recogida en el RMUS, cuando así lo disponga el Derecho nacional, los sistemas de servicios de pago y las sucursales de las entidades de crédito de terceros países presentes en su territorio o los servicios transfronterizos que presten en su territorio.

Además, son competentes para la supervisión de las materias no comprendidas dentro del ámbito del MUS: el control de las actividades de las entidades de crédito en relación con los mercados financieros, la protección del consumidor y la prevención del blanqueo de capitales, entre otras cuestiones.

En lo que atañe a las entidades significativas incluidas dentro del ámbito de MUS, las autoridades nacionales, además de cooperar con el BCE, recibir las notificaciones de las entidades de crédito en relación con el ejercicio del derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios.

c) En relación con las entidades no significativas

En relación con las entidades no significativas, las autoridades nacionales realizan la supervisión de manera directa, eso sí, bajo la coordinación y dirección del BCE. En consecuencia, son las autoridades nacionales las que realizan los procedimientos supervisores y adoptan las decisiones de esta naturaleza.

La LOSSEC señala que el BdE ejerce las competencias que le sean atribuidas por las normas de ordenación y disciplina bancaria, siempre sin perjuicio de las funciones atribuidas al BCE y en cooperación con esta institución, de conformidad con lo previsto en el Reglamento (UE) 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al BCE tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito.⁷⁸⁰

La Ley de Autonomía del Banco de España, por su parte, establece con claridad la competencia del organismo en materia de supervisión bancaria al disponer 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, 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”*⁷⁸¹.

La LOSSEC establece el catálogo de competencias del Banco de España en materia de supervisión de las entidades de crédito, las cuales, en cualquier caso,

⁷⁸⁰ Art. 4.1. LOSSEC

⁷⁸¹ Art. 7.6 LABdE

deben entenderse subordinadas a las disposiciones del Derecho de la UE⁷⁸²: autorizar, supervisar y ejercitar la potestad sancionadora, además de velar por el cumplimiento de las normas de protección del cliente bancario, al ser consideradas normativa de ordenación y disciplina⁷⁸³.

d) *Supervisión macro prudencial*

Conforme a lo dispuesto en el Reglamento Mecanismo Único de Supervisión, la supervisión prudencial se encomienda preferentemente a las autoridades nacionales, si bien previa notificación al BCE en el plazo de diez días hábiles con anterioridad a su aplicación, pudiendo éste presentar su oposición justificada, en su caso, que deberá ser tenida en cuenta⁷⁸⁴.

e) *En relación con la potestad sancionadora*

- Infracciones del Derecho de la UE que resulte directamente aplicable

Las autoridades nacionales tienen competencia exclusiva para incoar procedimientos sancionadores e imponer sanciones pecuniarias o no pecuniarias contra entidades no significativas o personas físicas vinculadas a ellas.

Por otro lado, a requerimiento del BCE, son competentes para la imposición de sanciones no pecuniarias a entidades significativas y la incoación de expedientes sancionadores e imposición de sanciones a personas físicas vinculadas a entidades significativas.

- Infracción del Derecho nacional por el que se transponen Directivas

Las autoridades nacionales tienen competencia exclusiva para incoar procedimientos e imponer sanciones a todas las entidades de crédito y las personas vinculadas a ellas.

⁷⁸² Art. 4 LOSSEC

⁷⁸³ Art. 5.4. LOSSEC

⁷⁸⁴ Art. 5.1 RMUS

- **Infracción de Reglamentos o Decisiones del BCE**

Las autoridades nacionales tienen competencia para incoar procedimientos sancionadores e imponer sanciones sobre entidades no significativas si las provisiones establecen obligaciones directas ante las autoridades nacionales.

- **Infracción del Derecho nacional en relación con funciones no atribuidas al BCE**

Las autoridades nacionales tienen competencia exclusiva para incoar procedimientos sancionadores e imponer sanciones sobre entidades significativas o no y las personas físicas vinculadas a ellas.

2.4. Principios de organización

2.4.1. Cooperación

Desde el punto de vista organizativo, el MUS está formado por el BCE y las autoridades nacionales competentes⁷⁸⁵, siendo responsabilidad del primero el funcionamiento eficaz y coherente del Mecanismo y quedando todos sus componentes vinculados por el deber de cooperación leal y la obligación de intercambiar información.

El Reglamento Marco del MUS⁷⁸⁶ regula de manera detallada la cooperación entre el BCE y las autoridades nacionales para el funcionamiento del MUS basada en el deber mutuo de cooperación leal y a la obligación de intercambiar información y la obligación de las autoridades nacionales de prestar asistencia al BCE en el desarrollo de sus funciones de supervisión, así como de seguir

⁷⁸⁵ El Reglamento se refiere a “*toda autoridad nacional competente designada por los Estados miembros participantes, de conformidad con el Reglamento (UE) n o 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión (I), y con la Directiva 2013/36/UE*”. La Disposición Adicional decimosexta de la LOSSEC dispone de manera expresa la integración del BdE en el Mecanismo Único de Supervisión.

⁷⁸⁶ Reglamento (UE) 468/2014 DEL BCE de 16 de abril de 2014 por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el BCE y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas

sus instrucciones cuando sean impartidos en el marco de su ámbito competencial.

Conforme al artículo 3 del Reglamento MUS, el BCE debe cooperar con las Autoridades Europeas de supervisión, la JERS y las autoridades nacionales que forman parte del SESF, las autoridades de resolución, tanto nacionales como la JUR, y el MEDE.

2.4.2. Independencia

a) Cláusula general de independencia

El Reglamento establece la obligación de que las funciones de supervisión – ya sean realizadas por el BCE o por las autoridades nacionales - y de resolución se desarrollen siempre en interés de la Unión en su conjunto y con independencia con respecto de las instituciones, órganos y organismos de la Unión; los Estados y las autoridades nacionales; el sector y cualesquiera otras entidades públicas o privadas⁷⁸⁷.

b) Separación de la función de política monetaria

El Reglamento dispone que, en el desarrollo de las funciones de supervisión, el BCE debe actuar con total exclusividad, de modo que las decisiones que adopte deben tomarse al margen de cualesquiera otros objetivos, incluidos los vinculados con la política monetaria.⁷⁸⁸

Sin perjuicio de que el BCE debe adoptar las medidas necesarias para garantizar este objetivo, el Reglamento establece las siguientes exigencias: El personal que intervenga en la ejecución de las funciones que el presente Reglamento atribuye al BCE estará separado, desde el punto de vista organizativo, del resto del personal del BCE y formará parte de una estructura jerárquica diferente, por un lado; y el BCE garantizará que en el funcionamiento del Consejo de

⁷⁸⁷ Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C., «El mecanismo europeo... », 58.

⁷⁸⁸ Art. 25 RMUS

Gobierno estén completamente diferenciadas las funciones monetaria y de supervisión. Dicha diferenciación deberá incluir reuniones y órdenes del día estrictamente separados, por otro.

Estas disposiciones son desarrolladas mediante la Decisión del Banco Central Europeo de 17 de septiembre de 2014 sobre la aplicación de la separación entre las funciones de política monetaria y supervisión del Banco Central Europeo.

c) **Separación de la supervisión macro prudencial**

El artículo 25 también dispone que el desarrollo de las tareas de supervisión – micro prudencial, se entiende - debe llevarse a cabo de manera autónoma con respecto de la supervisión macro prudencial, de modo que el BCE adoptará sus decisiones en este ámbito evitando toda interferencia relacionada con su vinculación a la JERS.

2.4.3. Tasas de supervisión

A fin de garantizar la independencia financiera y suficiencia financiera del BCE en el ejercicio de las funciones de supervisión que le son atribuidas, el Reglamento prevé el cobro de una tasa anual de supervisión a las entidades de crédito establecidas en los Estados miembros participantes y a las sucursales establecidas en un Estado miembro participante por una entidad de crédito establecida en un Estado miembro no participante destinada, con carácter exclusivo y excluyente a sufragar los gastos en que incurra el BCE en relación con estas funciones⁷⁸⁹.

Adicionalmente, el Reglamento no excluye la imposición, por parte de las autoridades nacionales, de tasas análogas relativas a las funciones de supervisión que no se hayan atribuido al BCE o a los costes que suponga el cooperar con el BCE, prestarle asistencia y cumplir sus instrucciones, de conformidad con el Derecho aplicable de la Unión⁷⁹⁰.

⁷⁸⁹ Art. 30.1 RMUS

⁷⁹⁰ Art. 30.5 RMUS

El Reglamento establece los requisitos y criterios básicos para la determinación de la tasa de supervisión, a saber⁷⁹¹:

- La cuantía de la tasa exigida a una entidad de crédito o a una sucursal se calculará de acuerdo con los regímenes que haya definido y publicado con anterioridad el BCE, previa realización de consultas públicas y análisis de los posibles costes y beneficios conexos, cuyas conclusiones deberán ser publicadas.
- El importe de las tasas debe calcularse al máximo nivel de consolidación dentro de los Estados miembros participantes, y basarse en criterios objetivos relativos a la importancia y perfil de riesgo de la entidad de crédito de que se trate, incluidos sus activos ponderados por riesgo.
- Las tasas se calculan con base anual.
- A fin de garantizar la eficacia en relación con el coste y razonable para todas las entidades de crédito y sucursales afectadas, el BCE se comunicará con la autoridad nacional competente antes de decidir sobre el nivel definitivo de la tasa.

2.4.4. Régimen lingüístico del MUS

Sin perjuicio de que se prevé que el BCE y los sujetos supervisados puedan acordar la tramitación de los procedimientos en cualquiera de las lenguas oficiales de la UE, cuando un particular revoque este acuerdo y con efectos *ex nunc*, el Reglamento Marco del Mecanismo Único de Supervisión establece que las personas físicas o jurídicas sujetas a la supervisión del MUS pueden dirigirse al BCE en cualquiera de las lenguas oficiales de la UE⁷⁹².

3. Estructura organizativa

3.1. El BCE

3.1.1. Organización interna

⁷⁹¹ Art. 30.2 y 30.3; RMUS

⁷⁹² Art. 24 RMUS; REGLAMENTO n° 1 por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

La puesta en marcha del MUS ha determinado la introducción de cambios en la estructura del BCE orientados a garantizar la independencia de la función de supervisión bancaria con respecto de la política monetaria⁷⁹³. Más allá de la atribución de competencia de supervisión prudencial al BCE, el RMUS determina la creación de una estructura de supervisión dentro de la institución, diferenciada de los órganos responsables de llevar a cabo la política monetaria⁷⁹⁴. La configuración del BCE como Institución de la UE ha planteado numerosos interrogantes, tanto desde el punto de vista de su posición en relación al resto de Instituciones como con los particulares sometidos a su autoridad⁷⁹⁵.

Para ello se crea el Consejo de Supervisión, órgano encargado de adoptar las decisiones relativas a la materia, si bien la estructura administrativa y la propia supervisión queda bajo la dependencia administrativa de los órganos de gobierno del BCE⁷⁹⁶.

3.1.1.1. El Consejo de Gobierno

El Consejo de Gobierno del BCE está formado por los gobernadores de los Bancos Centrales de los Estados Miembros de la Eurozona y los miembros del Comité Ejecutivo del BCE y la adopción de decisiones en su seno viene regulada por el propio Tratado⁷⁹⁷.

⁷⁹³ Vid. MILLARUELO, A. y DEL RÍO, A., «La construcción de la...»; SMITS, R., *The role of the ESCB in banking supervision*, en VV.AA., *Legal Aspects of the European System of Central Banks. Liber Amicorum Paolo Zambonio Garavelli*, Frankfurt, European Central Bank; SMITS, R., «*The European Central Bank's Independence and Its Relations with Economic Policy Makers*», *Fordham International Law Journal*, Volume 31, Issue 6 2007.

⁷⁹⁴ Art. 26.1 RMUS.

⁷⁹⁵ Vid. BUENO ARMIJO, A.M., «*El (imperfecto) sistema de...*».

⁷⁹⁶ Vid. WYMEERSCH, E., «*The single supervisory mechanism...*», 48.

⁷⁹⁷ Protocolo nº 4 del TFEU sobre el Estatuto del Sistema Europeo de Bancos Centrales y el BCE.

3.1.1.2. El Consejo de supervisión

Es el órgano sobre el que recae la responsabilidad de planificación y ejecución sobre las cuestiones relacionadas con la supervisión, así como la presentación de propuestas de Decisión al Consejo de Gobierno⁷⁹⁸. Está compuesto por el Presidente, el Vicepresidente, 4 representantes del BCE y un representante de la autoridad nacional competente de cada Estado Miembro⁷⁹⁹. Las normas de funcionamiento del Consejo de Supervisión vienen dispuestas por el Reglamento interno del Consejo de supervisión del Banco Central Europeo, aprobado por este mismo órgano, el 31 de marzo de 2014.

3.1.1.3. La Comisión de Mediación

Está compuesta por un miembro por Estado Miembro participante, elegido por cada Estado Miembro entre los miembros del Consejo de Gobierno y del Consejo de Supervisión, y se pronunciará por mayoría simple, disponiendo cada miembro de un voto. Su función es resolver las diferencias de puntos de vista manifestadas por las autoridades competentes de los Estados Miembros participantes afectados respecto de una objeción del Consejo de Gobierno a un proyecto de decisión del Consejo de Supervisión⁸⁰⁰.

Dicha comisión se creó mediante el Reglamento (UE) 673/2014 del Banco Central Europeo de 2 de junio de 2014 sobre el establecimiento de la Comisión de mediación y su reglamento interno.

1.2.1.5. El Comité administrativo de revisión

⁷⁹⁸ Art. 26 RMUS

⁷⁹⁹ Decisión del Banco Central Europeo de 6 de febrero de 2014 sobre el nombramiento de representantes del Banco Central Europeo en el Consejo de Supervisión

⁸⁰⁰ Art. 25.5 RMUR

El Comité está integrado por cinco miembros, de perfil independiente. Su función es la de conocer de los procedimientos de revisión que puede instar cualesquiera personas físicas o jurídicas afectadas por las decisiones del BCE adoptadas en el ejercicio de sus competencias de supervisión del sistema bancario⁸⁰¹.

El Comité se crea mediante la Decisión del Banco Central Europeo de 14 de abril de 2014 sobre el establecimiento del Comité Administrativo de Revisión y sus normas de funcionamiento.

3.1.2. El procedimiento de adopción de decisiones

El RMUS prevé un sistema de resolución de los procedimientos que combina la cooperación entre las diferentes autoridades implicadas en el funcionamiento del MUS con la necesaria agilidad en su adopción, en atención a la naturaleza de las decisiones de supervisión y la importancia de que sean tomadas con la mayor rapidez posible⁸⁰².

a) Propuesta de resolución

La competencia para elaborar el borrador de las propuestas de resolución en materia de supervisión corresponde a los Equipos Conjuntos de Supervisión, bien a partir de la información obtenida por medio de sus actividades supervisoras o bien a propuesta de la autoridad nacional competente. Este borrador, previo visto bueno de la DG competente, son remitidas al Consejo de Supervisión, que elabora la propuesta definitiva.

b) Procedimiento de “no objeción”

Con carácter general, las decisiones de supervisión se adoptan por el Consejo de Gobierno cuando, presentada una propuesta de Decisión por parte del Comité de Supervisión, aquel no plantea objeciones en un plazo determinado que,

⁸⁰¹ Art. 24 RMUR

⁸⁰² Vid. **TEIXEIRA, P.G.**, *The Single Supervisory Mechanism...*, 82 y ss.

en ningún caso, puede exceder de 10 días hábiles, transcurrido el cual la Decisión se considera adoptada.

c) Supuestos en los que el Consejo de gobierno plantea objeciones

En caso de que el Consejo de Gobierno plantee objeciones a la propuesta presentada por el Comité de Supervisión se pone en marcha un procedimiento orientado a dirimir el conflicto de pareceres.

A tal fin, la Comisión de Mediación es el órgano encargado de acercar posturas entre el órgano encargado de formular la propuesta y el de adoptar la Decisión, tomando en cuenta las opiniones formuladas por las autoridades nacionales competentes al respecto.

3.1.3. La organización de los equipos de supervisión

La investigación y tramitación, en su caso, de expedientes sancionadores por la comisión de infracciones por parte de entidades significativas debe ser realizada por una unidad funcionalmente independiente.⁸⁰³

Los servicios del BCE encargados de llevar a cabo las tareas de supervisión se organizan en cuatro Direcciones generales: dos de ellas (Supervisión Micro prudencial I y II) se encargan de la supervisión directa de las entidades significativas, otra (Supervisión Micro prudencial III) de la supervisión indirecta de las entidades no significativas, y otras más (Supervisión Micro prudencial IV) se ocupa de prestar servicios horizontales (autorizaciones y sanciones, entre otros) y especializados y asesoramiento sobre cuestiones concretas a las anteriores. Además, una Secretaría se encarga de prestar apoyo al Consejo de Supervisión⁸⁰⁴.

La supervisión de las entidades significativas se lleva a cabo por los Equipos Conjuntos de Supervisión: grupos formados por personal del BCE y de las Autoridades Nacionales competentes de los países donde las entidades desarrollan

⁸⁰³ Art. 124 Reglamento Marco del Mecanismo Único de Supervisión.

⁸⁰⁴ Vid. BANCO CENTRAL EUROPEO, *Guía de supervisión bancaria*, Noviembre de 2014, 16.

su actividad. Estos equipos están coordinados por un empleado del BCE (normalmente de un Estado distinto del de origen de la entidad)⁸⁰⁵.

3.1.4. El control jurídico interno de la actividad del BCE

El Reglamento Marco del Mecanismo Único de Supervisión insta un sistema de recurso administrativo previo al control por parte del TJUE de las decisiones adoptadas por el BCE en ejercicio de sus funciones de supervisión, cuyo alcance se extiende tanto a la conformidad procedimental y material de la decisión con el Reglamento y que tiene carácter previo con respecto al eventual recurso ante el TJUE.

Para ello, se crea el Comité Administrativo de Revisión como órgano encargado de la instrucción de los recursos. Este Comité está formado por cinco personas, de perfil independiente, nombrados por el BCE⁸⁰⁶, y dotado con recursos y conocimientos especializados suficientes para evaluar el ejercicio de las competencias del BCE de conformidad con el presente Reglamento.

El procedimiento a seguir en la tramitación de estos recursos es el siguiente⁸⁰⁷:

3.1.4.1. Iniciación

El procedimiento se inicia mediante la solicitud de revisión, que incluirá un escrito de motivación.

La solicitud puede ser presentada por cualquier persona concernida directa e individualmente por una decisión del BCE en el marco de la supervisión del sistema bancario (quedan excluidas las decisiones del Consejo de Gobierno).⁸⁰⁸

⁸⁰⁵ Vid. BANCO CENTRAL EUROPEO, *Guía de supervisión bancaria*, Noviembre de 2014, 18.

⁸⁰⁶ Decisión sobre el establecimiento del Comité Administrativo de Revisión y sus normas de funcionamiento (BCE/2014/16)

⁸⁰⁷ Art. 23 RMUS

⁸⁰⁸ Vid. WYMEERSCH, E., *The single supervisory mechanism...*, 55, señala que se excluye la

El plazo para la presentación de la solicitud es de un mes contado desde la fecha de notificación de la decisión impugnada o, en su defecto, desde el momento en que el interesado tuvo conocimiento de la misma.

En principio, la presentación de una solicitud de revisión no tiene efecto suspensivo, si bien el Consejo de Gobierno, a propuesta del Comité Administrativo de Revisión, podrá suspender la aplicación de la decisión impugnada cuando considere que las circunstancias así lo requieren.

3.1.4.2. Tramitación

En primer lugar, el Comité de Revisión debe pronunciarse sobre la admisibilidad del examen.

Posteriormente, y en caso de resultar admitido, el Comité de Revisión en función de la urgencia del asunto y en un máximo de 2 meses desde la recepción de la solicitud, elevando, en todo caso, una propuesta al Consejo de Supervisión.

3.1.4.3. Resolución

La propuesta de Decisión se considera adoptada, salvo que el Consejo de Supervisión presente objeciones en el plazo de diez días, y podrá consistir: (i) En la derogación de la decisión impugnada; (ii) En su sustitución por otra de idéntico contenido; o (iii) En una Decisión modificada⁸⁰⁹.

Las decisiones del Comité Administrativo de Revisión se adoptarán por mayoría de, como mínimo, tres de sus cinco miembros⁸¹⁰.

legitimación colectiva para recurrir y que resulta dudoso que los Estados miembros o las autoridades supervisoras competentes puedan presentar recurso, si bien podrán recurrir ante el TJUE.

⁸⁰⁹ Art. 24.7 RMUS

⁸¹⁰ Art. 24.3 RMUS

3.2. Las autoridades nacionales como elementos integrantes del Mecanismo Único de Supervisión: el Banco de España⁸¹¹

La composición del MUS es compleja: está formado por el BCE y las autoridades nacionales competentes de los Estados miembros participantes⁸¹², que son definidas como “toda autoridad nacional competente designada por los Estados miembros participantes, de conformidad con el Reglamento (UE) n o 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y con la Directiva 2013/36/UE”⁸¹³.

El Banco de España es el organismo responsable de la ordenación y disciplina sobre las entidades de crédito en tanto que integrante del MUS⁸¹⁴.

De acuerdo con lo dispuesto en la LABE, este organismo es competente para “supervisar, conforme a las disposiciones vigentes, la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito y de cualesquiera otras entidades y mercados financieros cuya supervisión le haya sido atribuida, sin perjuicio de la función de supervisión prudencial llevada a cabo por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias y de la cooperación de éstas con el Banco en el ejercicio de tales competencias autonómicas de supervisión”⁸¹⁵. Este precepto es desarrollado por la LOSSEC, cuyo artículo 4 enuncia de manera más detallada las competencias del Banco de España en la materia⁸¹⁶.

⁸¹¹ Vid. **DEL CAÑO PALOP, J.R.**, «Organismo de regulación y supervisión financiera: el Banco de España», *Cuadernos de derecho para ingenieros*, vol. 1, 2009, 39-68.

⁸¹² Art. 6 RMUS

⁸¹³ Art. 2.2) del RMUS

⁸¹⁴ Art. 4.1 LOSSEC

⁸¹⁵ Art. 7.6. LABdE

⁸¹⁶ Art. 4.2 LOSSEC : a) Autorizar la creación de entidades de crédito y la apertura en España de sucursales de entidades de crédito extranjeras no autorizadas en un Estado Miembro de la Unión Europea; b) Autorizar la creación de una entidad de crédito extranjera o la adquisición de una participación significativa en una entidad ya existente, por una entidad de crédito o un

La LOSSEC atribuye al Banco de España la competencia para supervisar (i) los grupos consolidables de entidades de crédito con matriz en España y las sucursales de entidades de crédito de Estados no miembros de la UE; (ii) las entidades de crédito cuya empresa matriz sea una sociedad financiera de cartera o una sociedad financiera mixta de cartera; y (iii) a las personas españolas que controlen entidades de crédito de otros Estados Miembros de la UE, dentro del marco de la colaboración con las autoridades responsables de la supervisión de dichas entidades de crédito⁸¹⁷, así como poderes normativos para el desarrollo de la normativa de ordenación⁸¹⁸.

Por lo que se refiere a la supervisión de la normativa de protección de la clientela, el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España es la estructura administrativa encargada de la ejecución de la normativa de *transparencia* bancaria⁸¹⁹.

grupo de entidades de crédito españolas, cuando dicha entidad de crédito extranjera vaya a ser constituida o se encuentre domiciliada en un Estado que no sea miembro de la Unión Europea.; c) Autorizar las modificaciones estatutarias de las entidades de crédito, en los términos que reglamentariamente se establezcan. En particular podrán determinarse reglamentariamente aquellas modificaciones estatutarias en las que la autorización pueda sustituirse por la preceptiva comunicación al Banco de España; d) Revocar la autorización concedida a una entidad de crédito en los supuestos previstos en el artículo 8; e) Practicar la inscripción en los registros a que se refiere el artículo 15, así como la gestión de los mismos y de los demás previstos en otras normas de ordenación y disciplina; f) Ejercer la función supervisora y sancionadora de las entidades de crédito y, cuando corresponda, de las sociedades financieras de cartera y las sociedades financieras mixtas de cartera, para el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina; g) Conceder las autorizaciones previstas en el Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio y, en su caso, revocarlas; h) Sin perjuicio de las atribuciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el control e inspección de la aplicación de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario; .i) Cuantas otras competencias se establezcan en el ordenamiento jurídico.

⁸¹⁷ Art. 56 LOSSEC

⁸¹⁸ Art. 3 LABE; Precisamente la especialización técnica del BdE explica y hace razonable, en el contexto constitucional, que se le confíen determinadas misiones por delegación del Gobierno o ex lege. No existe, pues, la incompetencia relativa que se denuncia. La ordenación básica del crédito y la banca, en su aspecto institucional, corresponde no sólo a los Cuerpos colegisladores y al Gobierno, sino también, en un nivel operativo, al Banco de España. STC 135/1992, de 5 de octubre de 1992

⁸¹⁹ Disposición final Undécima, LES

Atendiendo a las funciones y el régimen determinado por el ordenamiento jurídico, el BdE puede ser calificado como “agencia reguladora”⁸²⁰. Por lo que respecta a la posición institucional del BdE en el conjunto de la arquitectura diseñada por la Constitución, a pesar de la indiscutible relevancia de las funciones atribuidas al Banco la CE no hace una mención expresa al mismo, cuestión paradójica que ha llevado a la doctrina a expresar posturas diversas, incluso contradictorias, a la hora de caracterizarlo. Así, en ocasiones ha sido señalado como “órgano constitucional”, eso sí, en sentido “impropio”⁸²¹, postura que ha sido contradicha por otros autores⁸²².

La LBE configura el Banco de España como una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, dotada de autonomía – conforme a los requisitos derivados de su pertenencia al Sistema Europeo de Bancos Centrales⁸²³- y sometida al ordenamiento jurídico-privado, excepto cuando ejercita potestades administrativas, en cuyo caso queda vinculada por la LRJPAC⁸²⁴.

a) *Organización interna*

El Gobernador⁸²⁵, como máximo cargo del BdE dirige el Banco y preside el Consejo de Gobierno y la Comisión Ejecutiva; representa legalmente al Banco a todos los efectos y, en especial, ante los Tribunales de Justicia, autoriza los

⁸²⁰ Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Fundamento e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, en Muñoz Machado, S., *Derecho de la Regulación Económica*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, tomo I, 18; BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las Administraciones independientes*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

⁸²¹ Vid. POMED SÁNCHEZ, L.A., *Régimen Jurídico del Banco de España*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, 163.

⁸²² Vid. VEGA SERRANO, J.M., *op. cit.*, 234.

⁸²³ Art. 1.3 LBE

⁸²⁴ Art. 1 LBE

⁸²⁵ El Gobernador del BdE será nombrado por el Rey, a propuesta del Presidente del Gobierno, entre quienes sean españoles y tengan reconocida competencia en asuntos monetarios o bancarios. Con carácter previo al nombramiento del Gobernador, el Ministro de Economía y Hacienda comparecerá en los términos previstos en el artículo 203 del Reglamento del Congreso de los Diputados ante la Comisión competente, para informar sobre el candidato propuesto.

contratos y documentos y realiza las demás actividades que resulten precisas para el desempeño de las funciones encomendadas al BdE; representar al BdE en las instituciones y organismos internacionales en los que esté prevista su participación; y ostentar la condición de miembro del Consejo de Gobierno y del Consejo General del BCE.

El Subgobernador⁸²⁶ suplente al Gobernador en los casos de vacante, ausencia o enfermedad, en cuanto al ejercicio de sus atribuciones de dirección superior y representación del Banco. Tendrá, además, las atribuciones que se fijan en el Reglamento interno del BdE, así como las que le delegue el Gobernador.

El Consejo de Gobierno es el máximo órgano de decisión del Banco de España. Está formado por el Gobernador, el Subgobernador; seis Consejeros designados por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, oído el Gobernador del BdE⁸²⁷; el Director general del Tesoro y Política Financiera y el Vicepresidente de la CNMV. Asisten al Consejo los directores generales del Banco y un representante del personal del Banco, con voz y sin voto.

Sus competencias son las siguientes: a) Aprobar las directrices generales de actuación del Banco para el cumplimiento de las funciones encomendadas al mismo; b) Debatir las cuestiones relativas a la política monetaria y supervisar la contribución del Banco a la instrumentación de la política monetaria del SEBC llevada a cabo por la Comisión Ejecutiva, todo ello con respecto a las orientaciones e instrucciones del BCE y a la independencia y obligación de secreto del Gobernador como miembro de los órganos de gobierno del BCE; c) Aprobar, a propuesta de la Comisión ejecutiva, el informe anual del Banco y, en su caso, los demás informes que deba el BdE elevar a las Cortes Generales, al Gobierno o al Ministro de Economía y Hacienda; d) Aprobar las "Circulares monetarias" y las "Circulares" del Banco; e) Elevar al Gobierno las propuestas de separación a que se refiere la letra d) del número 4 del artículo 25; f) Aprobar el Reglamento interno del Banco, a propuesta de la Comisión Ejecutiva; g) Aprobar la propuesta de presupuestos del Banco, así como formular sus cuentas anuales y la propuesta de distribución de beneficios; h) Aprobar las directrices de la política de personal y ratificar el nombramiento de los directores generales; i) Imponer las sanciones cuya adopción

⁸²⁶ El Subgobernador será designado por el Gobierno, a propuesta del Gobernador, y deberá reunir sus mismas condiciones.

⁸²⁷ Los seis Consejeros serán. Deberán ser españoles, con reconocida competencia en el campo de la economía o el derecho. Los dos Consejeros miembros de la Comisión Ejecutiva se designarán por el Consejo de Gobierno, a propuesta del Gobernador, de entre sus miembros no natos.

sea competencia del BdE; j) Aprobar las propuestas de sanción que el BdE deba elevar al Ministro de Economía y Hacienda; k) Resolver los recursos o reclamaciones interpuestos contra las resoluciones del BdE, cuando su conocimiento corresponda a éste; l) Adoptar cualesquiera otros acuerdos precisos para el desempeño de las funciones encomendadas al BdE por la presente Ley que no sean competencia exclusiva de la Comisión Ejecutiva, pudiendo delegar en el Gobernador, en el Subgobernador o en la Comisión Ejecutiva las atribuciones y cometidos que considere oportunos. Expresamente, establecerá los casos en que sea posible la subdelegación.

La Comisión Ejecutiva está formada por el Gobernador, que actuará como Presidente, el Subgobernador y dos Consejeros. Asistirán a sus sesiones, con voz y sin voto, los directores generales del BdE actúa como secretario el Secretario del BdE. Se reúne siempre que la convoque el Gobernador por iniciativa propia o a petición de dos de sus miembros adoptará sus acuerdos por mayoría de votos (contando con voto de calidad el presidente). Sus competencias son: a) *Contribuir a la instrumentación de la política monetaria desarrollada por el SEBC de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.1.b); b) Resolver sobre las autorizaciones administrativas que deba conceder el BdE; c) Organizar el Banco y efectuar el nombramiento de directores generales y del personal, fijando sus retribuciones de acuerdo con lo que al respecto disponga el Reglamento interno del Banco y con las directrices generales aprobadas por el Consejo de Gobierno. Este órgano deberá ratificar, en todo caso, el nombramiento de los directores generales; d) Someter al Consejo de Gobierno las propuestas cuya resolución o aprobación competan a éste; e) Desempeñar los cometidos que le hubiera delegado expresamente el Consejo de Gobierno; f) Formular a las entidades de crédito las recomendaciones y requerimientos precisos, así como acordar respecto a ellas y a sus órganos de administración y dirección la incoación de expedientes sancionadores y las medidas de intervención, de sustitución de sus administraciones, o cualesquiera otras medidas cautelares previstas en el ordenamiento jurídico cuyo ejercicio se haya encomendado al BdE; g) Administrar el Banco en la esfera del Derecho privado y disponer de sus bienes; h) Acordar las demás operaciones o transacciones que deba realizar el Banco para el desempeño de sus funciones, delegando en las comisiones o personas que considere pertinentes.*

b) *Estructura administrativa separada*

De acuerdo con la LRR, el Banco de España debe disponer de una estructura organizativa que *garantice la independencia operativa y se eviten los conflictos de intereses entre las funciones de supervisión y las de resolución preventiva*, que deberán estar funcional y jerárquicamente separadas⁸²⁸.

c) *Relaciones del BdE con otras autoridades*

Con carácter general, el Banco de España está habilitado para *establecer relaciones con otros Bancos centrales, con autoridades de supervisión financiera e instituciones financieras de otros países, así como con organizaciones monetarias y financieras internacionales, así como con instituciones financieras de carácter público y con autoridades de supervisión financiera de ámbito autonómico*⁸²⁹.

La LOSSEC designa al Banco de España como autoridad nacional competente a efectos del MUS⁸³⁰ y, en consecuencia, como parte integrantes del mismo. En este sentido, se establece la obligación del Banco de España de cooperar lealmente con el BCE y el resto de autoridades nacionales, al que prestará su asistencia en los términos establecidos en el RMUS⁸³¹.

Adicionalmente, en su condición de autoridad de resolución preventiva, el Banco de España se integra en el MUR, debiendo cooperar y asistir a la JUR y el resto de integrante del Mecanismo en los términos establecidos en el Reglamento MUR.

Por lo que respecta a la cooperación del Banco de España con otros organismos supervisores de ámbito nacional, la LOSSEC establece la obligación del Banco de España de consultar con la CNMV, la Dirección General de Seguros y el Fondo de Garantía de Depósitos, antes de la aprobación de normas de ordenación y disciplina que puedan afectar a su ámbito de competencias.

⁸²⁸ Disposición adicional primera LRR

⁸²⁹ Art. 7.8 LABdE

⁸³⁰ Art. 50 LOSSEC

⁸³¹ Disposición adicional décimisexta LOSSEC

En el ejercicio de sus competencias supervisoras en relación con los conglomerados financieros, el Banco de España debe coordinar sus actuaciones con el resto de organismos supervisores implicados, pudiendo el Ministro de Economía dictar normas a tal efecto. Además, la Ley establece la obligación del Banco de España de trasladar al FROB, de oficio o a instancia de este, la información derivada del ejercicio de su función supervisora que resulte necesaria para el desarrollo de las funciones de resolución.⁸³²

d) *La rendición de cuentas*

En tanto que integrante del MUS y del MUR, el Banco de España está sometido al régimen de independencia establecido en sus respectivos reglamentos.

Sin embargo, le resultan también de aplicación las disposiciones de Derecho nacional. Con carácter general, la LOSSEC establece un catálogo de informaciones relativas a sus actividades de supervisión que el Banco de España debe publicar: a) Los criterios y métodos generales empleados para la revisión y evaluación de los mecanismos de cumplimiento normativo, de supervisión de riesgos y de gobierno corporativo y políticas remuneratorias; b) Datos estadísticos agregados sobre los aspectos fundamentales del ejercicio de la función supervisora, incluido el número y naturaleza de las medidas de supervisión adoptadas y las sanciones administrativas impuestas; c) Los criterios generales y los métodos adoptados para comprobar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 405 a 409 del Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio; d) Una sucinta descripción del resultado de la revisión supervisora y la descripción de las medidas impuestas en los casos de incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 405 a 409 del Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio, sobre una base anual; e) Los resultados de las pruebas de resistencia en los términos previstos en el artículo 32 del Reglamento (UE) n.º 1093/2010, de 24 de noviembre, f) Las demás que se determinen reglamentariamente.⁸³³

La LOSSEC establece un conjunto de obligaciones específicas de rendición de cuentas del Banco de España ante las Cortes Generales, a saber: (i) obligación de remitir anualmente una Memoria de las actuaciones que hayan dado

⁸³² Art. 67 LOSSEC

⁸³³ Art. 81 LOSSEC

lugar a medidas de intervención o sustitución⁸³⁴; (ii) remisión de los resultados agregados de las pruebas de resistencia a las que se refiere el artículo 55.5 tan pronto como estén disponibles⁸³⁵; obligación de remitir anualmente una Memoria de las actuaciones que hayan dado lugar a sanciones muy graves⁸³⁶.

⁸³⁴ Art. 79.1 LOSSEC

⁸³⁵ Art. 79.2 LOSSEC

⁸³⁶ Art. 118 LOSSEC

CAPÍTULO VIII

El Mecanismo Único de Resolución

1. Objeto

El MUR es el conjunto de normas y de procedimientos uniformes para la resolución de entidades de crédito a nivel de la UEM, así como la estructura administrativa para su aplicación. Está compuesto por: (i) La JUR, (ii) El FUR, (iii) las autoridades nacionales de resolución, (iv) el Consejo de la UE y (v) la Comisión Europea.

Su puesta en marcha es, quizá, el elemento más crítico de la reforma regulatoria adoptada a nivel europeo, tanto por su importancia relativa con respecto del proyecto de instauración de la Unión bancaria, como por las dificultades para su instauración⁸³⁷, tales como (i) la necesidad de aportación de fondos públicos en los procesos de resolución de entidades; y (ii) la íntima conexión entre la inestabilidad de los sistemas financieros nacionales y la capacidad de financiación de los Estados en los mercados internacionales⁸³⁸.

Las específicas características de las tareas englobadas en la resolución de entidades han llevado a que mientras que la competencia de supervisión prudencial ha sido transferida al nivel europeo, en este ámbito no se ha producido una homogeneización tan intensa de las funciones, sino que se ha diseñado una estructura más compleja, consistente en la atribución de relevantes poderes al

⁸³⁷ Vid. URÍA FERNÁNDEZ, F., "El nuevo régimen europeo...", 4.

⁸³⁸ Vid. FINANCIAL STABILITY BOARD, *Recovery and Resolution Planning for Systemically Important Financial Institutions: Guidance on Developing Effective Resolution Strategies*, 16 de julio de 2013; Comunicación de la Comisión de 1 de agosto de 2013; HADJEMMANUIL, CH., *Special Resolution Regimes for Banking Institutions: Objectives and Limitations*, Law Society Economy Working Papers 21/2013, London School of Economics and Political Science; ALBUERNE, C., «La reestructuración de entidades de crédito», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº extra 1, Madrid, 2012, 7-17.; RANDELL, C., «European banking union and bank resolution», *Law and Financial Markets Review*, Enero de 2013.

nivel europeo, la extensión del ámbito de la armonización, el mantenimiento de ciertos poderes decisorios en la esfera estatal y el establecimiento de complejos instrumentos de cooperación y coordinación intergubernamental.

Los principios que rigen su funcionamiento reflejan la complejidad del MUR, a saber: (i) no discriminación, por razones de nacionalidad o lugar de actividad de las entidades; (ii) unidad e integridad del mercado interior; (iii) cuando las medidas y decisiones adoptadas puedan tener efectos en más de un Estado se tendrán en cuenta los intereses de los Estados afectados, manteniendo un equilibrio entre los de todos los que estén afectados, y del FUR y se tratará de minimizar los efectos negativos sobre cualquier parte del grupo; (iv) consideración de los posibles efectos adversos para los Estados Miembros no participantes, así como para los entes establecidos en dichos Estados Miembros; (v) adopción de decisiones caso por caso; (vi) no exigencia de concesión de ayudas públicas extraordinarias por parte de los Estados como consecuencia de las decisiones de la JUR, la Comisión o el Consejo; (vii) cuando la Junta tome una decisión destinada a una autoridad nacional de resolución, dicha autoridad tendrá derecho a especificar más pormenorizadamente las medidas que se deban tomar⁸³⁹.

2. Distribución de funciones

La competencia para la resolución de entidades en el marco del MUR se distribuye entre el nivel europeo y el nacional.

El Reglamento establece un listado de entidades y grupos cuya resolución es atribuida a la JUR, quedando aquellos no comprendidos atribuidos a las autoridades nacionales.⁸⁴⁰ Así, corresponde a la JUR la resolución de las siguientes entidades y grupos:

La JUR es competente para la elaboración y adopción de los planes de resolución de las siguientes entidades y grupos⁸⁴¹:

⁸³⁹ Art. 6.7 RMUR

⁸⁴⁰ Art. 9 RMUR

⁸⁴¹ Art. 8 RMUR

- Las entidades sometidas a la supervisión directa por parte del BCE y otros grupos transfronterizos⁸⁴²;
- El resto de entidades y grupos cuando así sea decidido por la JUR, por iniciativa propia y previa consulta a la autoridad nacional de resolución correspondiente, o a petición de dicha autoridad, en cualquier momento, en particular ante el incumplimiento de una advertencia formulada por la JUR relativa a la falta de conformidad con el Reglamento del proyecto de decisión relativo a un ente o grupo⁸⁴³.
- La totalidad de entes y grupos de los Estados miembros participantes cuando dichos Estados hayan decidido tal atribución⁸⁴⁴.
- Las de las entidades y grupos cuya resolución exija la utilización del FUR.

En relación con las entidades de los Estados Miembros participantes en el MUR, la JUR asume el papel de las autoridades nacionales de resolución por lo que respecta a las reglas de la Directiva 2014/59/UE⁸⁴⁵.

La ejecución del dispositivo de resolución, así como la tramitación completa de la resolución de las entidades no incluidas en el ámbito de actuación de la JUR queda bajo la responsabilidad del nivel nacional.

No obstante lo anteriormente señalado, en tanto que la JUR no asuma la competencia de resolución sobre una entidad o grupo de entidades, las autoridades nacionales conservan las siguientes funciones : (i) adoptar los planes de resolución y evaluar la resolubilidad; (ii) adoptar medidas durante la fase de actuación temprana; (iii) imponer obligaciones simplificadas o eximir de la obligación de elaborar los planes de resolución; (iv) fijar el nivel del requisito mínimo de fondos propios y pasivos elegibles; (v) adoptar decisiones de resolución y aplicar instrumentos de resolución, siempre que la medida de resolución no exija utilización alguna del Fondo y se financie exclusivamente con

⁸⁴² Arts. 6.1, 6.2, 6.3, 6.4., 6.5., 6.6., 6.7., 9, 8 y 7.2 RMUR

⁸⁴³ Artl 7.4 b) RMUR

⁸⁴⁴ Art. 7.5 RMUR

⁸⁴⁵ Art. 5 RMUR

los instrumentos nacionales y/o por el sistema de garantía de depósitos; y (vi) amortizar o convertir instrumentos de capital⁸⁴⁶.

2.1. Coordinación y cooperación en el marco del MUR

Tanto la JUR, el Consejo, la Comisión y las autoridades nacionales quedan vinculadas por el Derecho de la UE para la adopción de decisiones de resolución⁸⁴⁷. El Reglamento dispone la obligación de cooperación entre las instituciones y organismos con competencias en la resolución de entidades en el marco del MUR que se extiende, entre otros aspectos, a un conjunto de deberes de compartir información y a la presencia cruzada de representantes en los órganos de decisión⁸⁴⁸.

La JUR es responsable del funcionamiento eficaz y coherente del MUR, para lo cual, además de cooperar estrechamente con las autoridades nacionales, podrá (i) emitir directrices e instrucciones generales dirigidas a las autoridades nacionales de resolución con arreglo a las cuales las autoridades nacionales de resolución ejecutarán sus funciones y adoptarán decisiones de resolución; (ii) ejercer las competencias que le vienen atribuidas por el Reglamento; (iii) solicitar a las autoridades nacionales de resolución, con carácter ocasional o de modo permanente, información sobre el ejercicio de las funciones que desempeñen; (iv) recibir de las autoridades nacionales de resolución proyectos de decisión sobre los que podrá expresar su opinión y, en particular, señalar los elementos del proyecto de decisión que no se atengan al presente Reglamento o a las instrucciones generales de la Junta, así como (v) solicitar a las autoridades nacionales de resolución que le remitan toda la información necesaria, obtenida por ellas con arreglo a la Directiva 2014/59/UE⁸⁴⁹.

A fin de garantizar la aplicación coherente de las normas de resolución se reconocen a la JUR las siguientes potestades de coordinación de las autoridades nacionales: (i) tras la notificación por una autoridad nacional de resolución de una medida, y dentro del plazo adecuado dada la urgencia de las circunstancias,

⁸⁴⁶ Art. 7.3 RMUR

⁸⁴⁷ Art. 5 R MUR

⁸⁴⁸ Arts. 30 y 31 RMUR

⁸⁴⁹ Art. 7.1 RMUR

formular una advertencia a la autoridad nacional de resolución competente cuando la Junta considere que el proyecto de decisión no cumple el Reglamento o las instrucciones generales dadas por ella; (ii) en cualquier momento, en particular si la advertencia referida anteriormente no se está teniendo debidamente en cuenta, tomar la decisión de ejercer directamente todos los poderes pertinentes en virtud del Reglamento, por iniciativa propia y previa consulta a la autoridad nacional de resolución correspondiente, o a petición de dicha autoridad⁸⁵⁰.

2.2. El procedimiento de resolución en el nivel europeo

El *iter* procedimental que el RMUR dispone para la resolución de entidades por parte de la JUR es una buena muestra de la complejidad organizativa del MUR, al implicar la participación de la totalidad de sus componentes: la JUR, que es la encargada de la tramitación del procedimiento; el BCE, que participa en calidad de supervisor de las entidades; la Comisión y el Consejo, instituciones a las que compete la decisión final sobre la adopción del dispositivo y las autoridades nacionales de resolución, a las que corresponde la ejecución del dispositivo⁸⁵¹.

2.2.1. Iniciación del procedimiento

El procedimiento se inicia por decisión de la JUR, bien a iniciativa propia o como consecuencia de la comunicación de la concurrencia de requisitos para la adopción de la misma efectuada por parte de la autoridad supervisora de la entidad en cuestión⁸⁵².

2.2.2. Valoración

⁸⁵⁰ Art. 7.4 RMUR

⁸⁵¹ Vid. PAGLIACCI, A., “The three Pillars of the European Banking Union: An Evolution Road”, *Italian Journal of Public Law*, vol. 6, 2014, 260-308, 298 y ss.

⁸⁵² Art. 18.6 RMUR

Una vez iniciado el procedimiento, la JUR debe promover la realización de una valoración de la situación financiera de la entidad –“*razonable, prudente y realista*”- por parte de un experto independiente, con la finalidad de *informar la determinación de si se cumplen las condiciones para la resolución o las condiciones para la amortización o conversión de instrumentos de capital, informar la decisión sobre la medida de resolución oportuna que deba adoptarse* y los términos de la misma⁸⁵³.

La valoración ha de ser incluida en la decisión sobre la aplicación de un instrumento de resolución o sobre el ejercicio de una facultad de resolución, pudiendo ser impugnada de manera indirecta al recurrir la decisión de la Junta⁸⁵⁴.

Excepcionalmente, cuando por razones de urgencia, no fuera posible efectuar tal valoración, la Junta podrá realizar una valoración provisional, que deberá cumplir, *mutatis mutandis*, los requisitos de la valoración por experto independiente e incluirá un colchón para pérdidas adicionales, con la justificación adecuada, y será considerada como base válida para la adopción de medidas de resolución, incluso dando instrucciones a las autoridades nacionales de resolución para que asuman el control de una entidad en graves dificultades, o ejercer las competencias de amortización o conversión de instrumentos de capital pertinentes⁸⁵⁵.

En estos casos, y tan pronto como sea posible, se efectuará una valoración definitiva, *a posteriori*, orientada a (i) *garantizar que las eventuales pérdidas sobre los activos de la entidad se consignan plenamente en la contabilidad; y (ii) informar la decisión de restablecer los derechos de los acreedores o de incrementar el valor del contravalor abonado*⁸⁵⁶.

2.2.3. Comunicación al BCE, la Comisión y el Consejo.

⁸⁵³ Art. 20.1 RMUR

⁸⁵⁴ Art. 20.15 RMUR

⁸⁵⁵ Arts. 20.3 y 20.13 RMUR

⁸⁵⁶ Art. 20.11 RMUR

Inmediatamente después de la adopción del dispositivo de resolución, la Junta debe notificar esta circunstancia a la Comisión⁸⁵⁷.

La Comisión dispone de un plazo de 24 horas para aprobar o rechazar la propuesta, teniendo en cuenta los aspectos discrecionales del dispositivo de resolución⁸⁵⁸. Además, en un plazo de 12 horas a partir de la notificación del dispositivo de resolución por la Junta, la Comisión propondrá al Consejo: *a) que rechace el dispositivo de resolución en el caso de que el dispositivo de resolución adoptado por la Junta no cumpla los criterios de interés público exigidos; y b) que apruebe o rechace una modificación significativa del importe del Fondo contemplado en el dispositivo de resolución de la Junta*⁸⁵⁹.

2.2.4. Decisión sobre la resolución por parte de la Comisión y el Consejo.

El dispositivo de resolución solo podrá entrar en vigor si ni el Consejo, por mayoría simple, ni la Comisión presentan objeciones justificadas al mismo en el plazo de 24 horas tras su transmisión por la Junta⁸⁶⁰.

El paso de la decisión corresponde, en principio, a la Comisión⁸⁶¹. Si, en el plazo de 24 horas a partir de la transmisión del dispositivo de resolución por la Junta, el Consejo aprueba la propuesta de la Comisión para modificar el dispositivo de resolución o si la Comisión presenta objeciones, la Junta modificará en un plazo de ocho horas el dispositivo de resolución de conformidad con las razones expresadas⁸⁶².

Si el dispositivo de resolución adoptado por la JUR prevé la exclusión de determinados pasivos en las circunstancias excepcionales mencionadas en el artículo 27, apartado 5⁸⁶³, y si dicha exclusión exige una aportación del Fondo o

⁸⁵⁷ Art. 18.7 RMUR

⁸⁵⁸ Art. 18.7 RMUR

⁸⁵⁹ Art. 18.7 RMUR

⁸⁶⁰ Art. 23 RMUR

⁸⁶¹ Vid. ABASCAL, M.; FERNÁNDEZ DE LIS, S., Y PARDO, J.C., *op. cit.*, 199.

⁸⁶² Art. 18.7 RMUR

⁸⁶³ En circunstancias excepcionales, en el supuesto de se aplique el instrumento de recapitalización interna, determinados pasivos podrán excluirse total o parcialmente de la aplicación de

una fuente de financiación alternativa, para proteger la integridad del mercado interior, la Comisión podrá prohibir la exclusión propuesta o exigir que se modifique exponiendo razones adecuadas basadas en el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 27 y en el acto delegado adoptado por la Comisión sobre la base del artículo 44, apartado 11, de la Directiva 2014/59/UE⁸⁶⁴.

El Consejo debe evaluar la suficiencia de las razones que justifican el interés público para la adopción de las medidas de resolución, pues, si formula objeciones en este sentido, la entidad deberá ser liquidada de manera ordenada de conformidad con la legislación nacional aplicable⁸⁶⁵.

2.2.5. Ejecución de la decisión

La ejecución de la medida de resolución se lleva a cabo por las autoridades nacionales, correspondiendo a la Junta la responsabilidad de garantizar que la misma se lleva a cabo conforme a lo decidido, incluyendo, en su caso, las determinaciones establecidas por la Comisión en relación con las ayudas de Estado o los recursos del Fondo movilizados⁸⁶⁶.

las facultades de amortización o de conversión cuando: a) no sea posible recapitalizar dicho pasivo dentro de un plazo razonable a pesar de los esfuerzos hechos de buena fe por la autoridad nacional de resolución competente; b) la exclusión sea estrictamente necesaria y proporcionada respecto de la consecución de la continuidad de las funciones esenciales y las ramas de actividad principales de manera tal que se mantenga la capacidad de la entidad objeto de resolución para continuar las operaciones, los servicios y las transacciones principales; c) la exclusión sea estrictamente necesaria y proporcionada para evitar que se origine un contagio extendido, en particular respecto de los depósitos admisibles en poder de personas físicas, microempresas y pequeñas y medianas empresas, que perturbaría gravemente el funcionamiento de los mercados financieros, incluidas sus infraestructuras, de modo tal que pudiera causarse un trastorno grave a la economía de un Estado miembro o a la de la Unión, o d) la aplicación del instrumento de recapitalización interna a dichos pasivos originaría una destrucción del valor tal que las pérdidas sufridas por otros acreedores serían más elevadas que si dichos pasivos se hubieran excluido de la recapitalización.

⁸⁶⁴ Art. 18.7 RMUR

⁸⁶⁵ Art. 18.8 RMUR

⁸⁶⁶ Art. 18.9 RMUR

2.2.6. Nuevo control por parte de la Comisión en caso de concesión de ayudas estatales y ayudas del Fondo⁸⁶⁷

El RMUR somete las actuaciones que se adopten en la resolución de las entidades al régimen de control de ayudas de Estado⁸⁶⁸, previéndose que las decisiones adoptadas sean notificadas por las autoridades de resolución a la Comisión Europea y que, tras su evaluación, ésta pueda supeditar la decisión propuesta a condiciones, compromisos u obligaciones respecto del beneficiario o imponer obligaciones a la Junta, a las autoridades nacionales de resolución en los Estados miembros participantes o en los Estados miembros interesados o al beneficiario para permitir el seguimiento de su cumplimiento, incluyendo requisitos para el nombramiento de un administrador u otra persona independiente que colabore en el seguimiento o, incluso, emitir una decisión negativa, dirigida a la Junta, si considera que la utilización propuesta del Fondo sería incompatible con el mercado interior y no puede llevarse a cabo en la forma propuesta por la Junta, en cuyo caso, cuando reciba dicha decisión, la Junta reconsiderará su dispositivo de resolución y preparará un dispositivo de resolución revisado⁸⁶⁹.

En los supuestos en los que el procedimiento de resolución prevea la concesión de una ayuda de Estado⁸⁷⁰, o de una ayuda procedente del Fondo⁸⁷¹, la adopción del dispositivo de resolución quedará supeditada a la aprobación por parte de la Comisión relativa a la compatibilidad de la utilización de dicha ayuda con el mercado interior. A tal fin, tanto la Junta como las autoridades nacionales pondrán a disposición de la Comisión toda la información relevante sobre las medidas de resolución a aplicar.

La Comisión llevará a cabo una investigación preliminar. Si fruto de esta investigación la Comisión albergase serias dudas sobre la compatibilidad de la resolución con las reglas del mercado interior, o si la Junta no hubiera cum-

⁸⁶⁷ Art. 19 RMUR

⁸⁶⁸ Art. 19.1 RMUR

⁸⁶⁹ Art. 19.3 RMUR

⁸⁷⁰ Art. 107.1 TFUE

⁸⁷¹ Art. 19.3 RMUR

plido la obligación de facilitar la información necesaria, se abrirá una investigación detallada⁸⁷², en cuyo caso decidirá (i) negativamente, si considera que la utilización propuesta del Fondo sería incompatible con el mercado interior y no puede llevarse a cabo conforme al Derecho de la Unión, debiendo la JUR reconsiderar su dispositivo de resolución y preparará una nueva propuesta; o (ii) positivamente, si considera que la aplicación del dispositivo propuesto es compatible con las reglas del Mercado interior, pudiendo someterse la misma a condiciones, compromisos u obligaciones respecto del beneficiario o de la Junta o a las autoridades nacionales de resolución en los Estados Miembros participantes o en los Estados Miembros interesados.

Estas condiciones son de obligado cumplimiento, pudiendo ordenarse la recuperación de los importes incorrectamente utilizados. Además, sobre la base de una recomendación de la Junta o por propia iniciativa, que la aplicación de los instrumentos y medidas de resolución no responde a los criterios sobre los que se basó su decisión inicial, podrá revisar tal decisión y adoptar las modificaciones adecuadas.

No obstante lo dispuesto, a petición de un Estado Miembro el Consejo podrá decidir, por unanimidad, que la utilización del Fondo se considerará compatible con el mercado interior, si dicha decisión se justifica por circunstancias excepcionales. En estos casos, si el Consejo no se hubiere pronunciado en los siete días siguientes a la presentación de dicha petición, la Comisión decidirá al respecto.

2.2.7. *Valoración a posteriori*⁸⁷³

Una vez concluido el procedimiento de resolución, se realizará una nueva valoración de la entidad, también por un experto independiente, que tendrá como objetivo evaluar si los accionistas y acreedores habrían recibido mejor tratamiento si la entidad objeto de resolución hubiera iniciado un procedimiento de insolvencia ordinario⁸⁷⁴.

En caso de que la estimación del valor neto de los activos obtenida en la valoración definitiva *a posteriori* sea superior a la estimación del valor neto de los

⁸⁷² Art. 19.3 RMUR

⁸⁷³ Art. 20.1. RMUR

⁸⁷⁴ Art. 20.16 RMUR

activos del ente obtenida en la valoración provisional, la Junta podrá pedir a la autoridad nacional de resolución: *a) que ejerza su competencia de incrementar el valor de los derechos de los acreedores o de los titulares de los instrumentos de capital pertinentes que hayan sido amortizados con arreglo al instrumento de recapitalización interna; b) que ordene a una entidad puente o a una entidad de gestión de activos que abone un contravalor adicional, por los activos, derechos o pasivos, a una entidad objeto de resolución o, según los casos, por los instrumentos de propiedad, a los titulares de instrumentos de propiedad*⁸⁷⁵.

2.3. Cooperación y Reconocimiento de decisiones de terceros Estados

2.3.1. Consulta y cooperación con los Estados Miembros no participantes y con terceros Estados

En relación con los grupos de entidades con actividad transfronteriza establecidos tanto en Estados Miembros participantes como no participantes o terceros países, la Junta representa a las autoridades nacionales de resolución de los Estados Miembros participantes, a efectos de la consulta y la cooperación con los Estados Miembros no participantes o terceros países. Cuando un grupo comprenda entes establecidos en Estados Miembros participantes y filiales establecidas en Estados Miembros no participantes o sucursales significativas situadas en Estados Miembros no participantes, la Junta comunicará todos los planes, decisiones o medidas que afecten al grupo a las autoridades competentes y/o a las autoridades de resolución del Estado Miembro no participante, según corresponda.

Para regular la cooperación mutua, La Junta, el BCE y las autoridades de resolución y las autoridades competentes de los Estados Miembros no participantes suscribirán memorandos de entendimiento y la JUR celebrará acuerdos de cooperación no vinculantes análogos a los acuerdos marco de cooperación de la ABE, en nombre de las autoridades nacionales de resolución de los Estados Miembros participantes⁸⁷⁶.

2.3.2. Reconocimiento y ejecución

⁸⁷⁵ Art. 20.12 RMUR

⁸⁷⁶ Previstos en el artículo artículo 97, apartado 2, de la Directiva 2014/59/UE.

Respecto de los procedimientos de resolución adoptados por las autoridades de terceros Estados relativos a entidades o grupos de entidades con actividad en los Estados participantes⁸⁷⁷, la JUR representará de manera unitaria a estos últimos. Los efectos (reconocimiento y ejecución) en el ámbito del MUR se regirán por las disposiciones del acuerdo internacional entre la UE y el tercer Estado, previsto en el artículo 93, apartado 1, de la Directiva 2014/59/UE, o, en su defecto, por el régimen previsto en el artículo 33 del Reglamento del MUR⁸⁷⁸.

En este caso, la labor de la JUR consiste en la evaluación del procedimiento seguido por las autoridades del tercer Estado y la emisión de recomendaciones al respecto dirigidas a las autoridades nacionales de resolución, pudiendo recomendar que se rechace el reconocimiento o la ejecución de los procedimientos de resolución cuando: (i) los acreedores, en especial los depositantes que estén situados o puedan recibir pagos en un Estado Miembro participante, no recibirían el mismo trato que los acreedores y depositantes de un tercer país con derechos legales similares en el marco de los procedimientos de resolución nacionales de dicho tercer país; (ii) el reconocimiento o la ejecución de los procedimientos de resolución del tercer país tendrían consecuencias presupuestarias de importancia para el Estado Miembro; o (iii) los efectos de dicho reconocimiento o ejecución serían contrarios a la legislación nacional del Estado Miembro participante.

La JUR llevará a cabo su evaluación tras consultar con las autoridades nacionales de resolución y, si está constituido en virtud del artículo 89 de la Directiva 2014/59/UE un colegio de autoridades de resolución europeo, con las autoridades de resolución de los Estados Miembros no participantes, tomando en consideración *los intereses de cada uno de los Estados Miembros participantes en los que opere una entidad o empresa matriz de un tercer país y, en particular, la posible repercusión del reconocimiento y la ejecución de los procedimientos de resolución del tercer país en las otras partes del grupo y en la estabilidad financiera de esos Estados Miembros.*

⁸⁷⁷ Art. 33.2 RMUR, se refiere a procedimientos de resolución instruidos por las autoridades de resolución de un tercer país en relación con una entidad de un tercer país o una empresa matriz de un tercer país que: a) tenga una o varias filiales de la Unión establecidas en uno o varios Estados miembros participantes, o b) posea activos, derechos o pasivos situados en uno o varios Estados miembros participantes o regulados por la legislación de Estados miembros participantes.

⁸⁷⁸ Art. 33.1 RMUR

La recomendación de la JUR no es vinculante, con respecto de las autoridades nacionales, si bien, en caso de que decidan no seguirla deberán explicar en una declaración motivada dirigida a la Junta por qué no pueden aplicar su recomendación. Si, por el contrario, las autoridades nacionales de resolución deciden aplicar la recomendación de la Junta, deberán solicitar el reconocimiento o la ejecución de los procedimientos de resolución en sus territorios respectivos⁸⁷⁹ disponiendo de las competencias previstas en el artículo 94, apartado 4, de la Directiva 2014/59/UE.

3. Entrada en funcionamiento

Fruto de la complejidad del proceso de negociación del régimen del Mecanismo y de las reservas de algunos Estados sobre la conveniencia de adoptar este decisivo para la instauración de la UB, la entrada en vigor de la normativa a la que nos referimos en este artículo se producirá de forma escalonada, conforme a las siguientes etapas: (i) A partir del 1 de enero de 2015, resultarán de aplicación las normas sobre preparación de la planificación de la resolución, la recolección de información y la cooperación entre autoridades; y (ii) A partir del 1 de enero de 2016 y bajo la condición de que se hayan producido los presupuestos para la transferencia al Fondo Único de las contribuciones realizadas a los fondos nacionales⁸⁸⁰, resultarán de aplicación las normas sobre planificación de la resolución, actuación temprana y actuaciones e instrumentos de resolución.

Adicionalmente, se establece un periodo transitorio para la transferencia al Fondo Único de Resolución. Durante un periodo transitorio, cuya duración está prevista por un periodo máximo de 8 años, el Fondo permanecerá dividido en “compartimentos nacionales”, nutridos por los fondos recaudados por las autoridades nacionales para la resolución de entidades. Durante este periodo, los compartimentos nacionales irán siendo mutualizados de manera gradual (40% en el primer año, 20% en el segundo e iguales cantidades cada año de los sucesivos hasta alcanzar el 100% al final del mismo). Como ha señalado LOUIS, este prolongado periodo transitorio constituye un factor de inestabilidad, que

⁸⁷⁹ Art. 33.4 RMUR

⁸⁸⁰ The intergovernmental agreement will enter into force once ratified by member states participating in the SSM/SRM representing 90% of the aggregate of the weighted votes of all participating member states.

difícilmente podrá surtir efectos hasta la plena entrada en vigor del nuevo régimen.⁸⁸¹

La utilización del Fondo queda supeditada al Acuerdo de los Estados Miembros participantes para transferir al mismo las aportaciones que recauden a nivel nacional de conformidad con el presente Reglamento y con la Directiva 2014/59/UE. En consecuencia, hasta que el Fondo alcance el nivel fijado como objetivo a que se refiere el artículo 69, y en el plazo máximo de ocho años a partir de la fecha de aplicación del presente artículo, la Junta utilizará el Fondo con arreglo a principios fundados en la división del Fondo en compartimentos nacionales correspondientes a cada Estado Miembro participante, así como en una fusión progresiva de los diferentes fondos recaudados a escala nacional para su asignación a los compartimentos nacionales del Fondo, como se establece en el Acuerdo.

En el caso de una resolución de grupo que implique, por una parte, a entidades establecidas en uno o varios Estados Miembros participantes y, por otra, a entidades establecidas en uno o varios Estados Miembros no participantes, el Fondo contribuirá a la financiación de la resolución de grupo de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2014/59/UE.⁸⁸²

4. Estructura organizativa

4.1. La Junta Única

4.1.1. Creación y régimen jurídico

⁸⁸¹ Vid. LOUIS, J.V., «Vers l'Union bancaire», *Cahiers de droit europeen*, vol. 48, n° 2, 2012, 285-304.

⁸⁸² Art. 78 RMUR

La JUR se crea por Reglamento (UE) 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014, como agencia de la Unión, con sede en Bruselas⁸⁸³, confiriéndosele personalidad jurídica y capacidad jurídica en todos los Estados Miembros⁸⁸⁴.

Desde la entrada en vigor del mencionado Reglamento, la JUR pasa a ocupar la posición de las autoridades nacionales de resolución⁸⁸⁵, quedando sujeta al Derecho de la UE, incluidas las normas técnicas de la ABE⁸⁸⁶, en los mismos términos que aquellas⁸⁸⁷. Para la realización de sus funciones, el Reglamento le atribuye un status de independencia y objetividad - que además se extiende a las autoridades nacionales de resolución -, que incluye la exigencia de que sus miembros actúen únicamente en interés de la Unión, sin seguir ni aceptar instrucción alguna de las instituciones u organismos de la Unión, de ningún Gobierno de un Estado Miembro ni de ninguna otra entidad pública o privada.

4.1.2. El régimen presupuestario de la Junta

La JUR es responsable de destinar los recursos financieros y humanos necesarios para el ejercicio de las funciones que le atribuye el presente Reglamento. Su presupuesto se divide en dos partes. La primera recoge los recursos relativos

⁸⁸³ Art. 48 RMUR

⁸⁸⁴ Art. 42 RMUR

⁸⁸⁵ Aunque discutida, la atribución de poderes decisorios a las agencias de la UE con base en el artículo 114 TFUE ha sido admitida por el TJUE en su reciente sentencia *Short-selling*, - Case C-270/12 UK v European Parliament and Council [2014] -cuando dicha delegación está orientada a la aplicación de medidas de armonización de carácter técnico. Para un análisis más completo sobre la atribución de poderes ejecutivos a las agencias en el ámbito del Derecho de la UE, Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «Mecanismo único de resolución bancaria. Aspectos institucionales», *Revista de Derecho Bancaria y Bursátil*, nº 136, Octubre-Diciembre 2014.

⁸⁸⁶ Art. 44 RMUR

⁸⁸⁷ Art. 5 del RMUR

al funcionamiento ordinario de la JUR⁸⁸⁸, mientras que la segunda recoge los recursos que, en su caso, serán utilizados para las operaciones de resolución⁸⁸⁹.

El Reglamento contiene un régimen presupuestario completo, que incluye un calendario anual para su aprobación y ejecución⁸⁹⁰, la previsión de la creación de un servicio de auditoría interna⁸⁹¹, un régimen de gestión presupuestaria, rendición de cuentas y aprobación de la ejecución⁸⁹² y la habilitación para aprobar normas financieras internas⁸⁹³. Este régimen presupuestario tan detallado responde al interés de los Estados Miembros y de legislador comunitario por establecer una taxativa separación entre los presupuestos de la UE y los fondos que puedan ser aplicados en la resolución de entidades y que es reflejo de las graves dificultades que ha tenido la puesta en marcha del MUR precisamente por las reticencias de una parte de los Estados a mutualizar la respuesta a las crisis de los sistemas financieros nacionales.

⁸⁸⁸ *Artículo 65* Contribuciones a los gastos administrativos de la Junta

Los ingresos de la parte primera del presupuesto consistirán en las aportaciones anuales necesarias para financiar los gastos administrativos anuales estimados. Serán financiadas por las entidades sujetas a la autoridad de la JUR e incluirán, como mínimo, los gastos de personal, remuneración, administración, infraestructuras, formación profesional y funcionamiento.

⁸⁸⁹ *Artículo 60 Parte II* del presupuesto relativa al Fondo

La parte segunda del presupuesto comprende: a) los gastos para los fines indicados en el artículo 76; b) las inversiones, de conformidad con el artículo 75; c) los intereses pagados por préstamos procedentes de otros mecanismos de financiación de la resolución en los Estados miembros no participantes, de conformidad con el artículo 72, apartado 1; d) los intereses pagados por préstamos procedentes de entidades financieras u otros terceros, de conformidad con los artículos 73 y 74.

Se financia mediante a) las aportaciones pagadas por las entidades establecidas en los Estados miembros participantes; b) los préstamos procedentes de otros mecanismos de financiación de la resolución en los Estados miembros no participantes; c) los préstamos procedentes de entidades financieras u otros terceros; d) el rendimiento de las inversiones de los importes depositados en el Fondo; e) cualquier parte de los gastos soportados que se recupere en el procedimiento de resolución.

⁸⁹⁰ Art. 61 RMUR

⁸⁹¹ Art. 61 RMUR

⁸⁹² Art. 63 RMUR

⁸⁹³ Art.64 RMUR

4.1.3. Organización interna

4.1.3.1. Composición

La Junta está integrada por el presidente, con derecho a voto; 4 miembros a tiempo completo, con derecho a voto; Un representante de cada Estado Miembro participante, con derecho a voto, si bien se prevé que, en los casos en los que más de una autoridad nacional tenga competencias sobre la resolución de las entidades financieras pueda asistir más de un representante, eso sí, sin derecho a voto; y representantes de la Comisión y el BCE, como observadores permanentes, con derecho a participar en las sesiones y de acceso a la documentación pero sin voto⁸⁹⁴.

Si el Presidente, el Vicepresidente o alguno de los miembros a tiempo completo, dejaran de cumplir las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones o hubieran cometido una falta grave, el Consejo, a propuesta de la Comisión aprobada por el Parlamento Europeo, podrá adoptar una decisión de ejecución por la que se destituya al Presidente. El Consejo se pronunciará por mayoría cualificada. A tal efecto, el Parlamento Europeo o el Consejo podrán informar a la Comisión de que, a su juicio, se cumplen las condiciones para la destitución del Presidente, el Vicepresidente o de los miembros a tiempo completo, y la Comisión deberá responder a dicha comunicación.

4.1.3.2. La sesión plenaria

a) Composición

⁸⁹⁴ Art. 43 RMUR

La sesión plenaria está compuesta por todos los miembros de la Junta referidos *supra*, así como otros observadores invitados por la propia Junta⁸⁹⁵.

b) Funcionamiento y adopción de decisiones

Sus sesiones - un mínimo de dos sesiones plenarias ordinarias al año⁸⁹⁶ - son convocadas y presididas por el Presidente, bien por propia iniciativa o cuando así los pida un mínimo de un tercio de sus miembros o el representante de la Comisión Europea. En caso de que se produzcan tales peticiones y el Presidente no proceda a la convocatoria en el debido plazo deberá justificar por escrito tal negativa.

Los miembros con derecho a voto disponen de un voto cada uno, adoptándose, con carácter general, las decisiones de la Junta por mayoría simple, y gozando el Presidente de voto de calidad en caso de empate⁸⁹⁷. Sin embargo, determinadas decisiones cualificadas – por requerir la movilización de recursos del FUR por encima de determinado umbral o la mutualización de los fondos nacionales⁸⁹⁸ - son tomadas por mayoría simple de los miembros de la Junta que represente al menos un 30 % de las aportaciones, gozando el Presidente de voto de calidad⁸⁹⁹.

Asimismo, las decisiones que supongan la recaudación de aportaciones *ex post*, préstamos voluntarios entre mecanismos de financiación, la captación de recursos de financiación alternativos o la mutualización de los mecanismos

⁸⁹⁵ Art. 49 RMUR

⁸⁹⁶ Decision of the Plenary Session of the Board of 29 April 2015 adopting the Rules of Procedure of the Single Resolution Board in its Plenary Session y Decision of the Plenary Session of the Board of 29 April 2015 adopting the Rules of Procedure of the Single Resolution Board in its Executive Session.

⁸⁹⁷ Art. 52.1 RMUR

⁸⁹⁸ Art. 52.2 RMUR: Cuando se superen los EUR 5.000 millones para el que la ponderación de la provisión de liquidez es 0,5; la decisión sobre si procede diferenciar entre la provisión de liquidez y otras formas de apoyo cuando la utilización neta acumulada del Fondo en los doce meses consecutivos precedentes alcance el umbral de los 5.000 millones EUR; o las decisiones sobre la mutualización de los mecanismos nacionales de financiación.

⁸⁹⁹ Art. 55.2 RMUR

nacionales de financiación que excedan de la utilización de los recursos financieros disponibles en el Fondo, serán tomadas por mayoría de dos tercios de los miembros de la Junta que represente al menos el 50 % de las aportaciones durante el período transitorio de ocho años hasta la plena mutualización del Fondo, y por mayoría de dos tercios de los miembros de la Junta que represente al menos el 30 % de las aportaciones posteriormente, gozando el presidente de voto de calidad⁹⁰⁰.

Como señala GONZÁLEZ GARCÍA, el Reglamento configura una composición móvil de la JUR, de modo que, junto al presidente y los miembros a tiempo completo, participarán en la adopción de decisiones los representantes de los Estados afectados por la concreta situación que se analice en cada momento⁹⁰¹. En principio, cuando la deliberación de la JUR se refiera a un ente individual o un grupo establecido únicamente en un Estado Miembro participante, las decisiones de la JUR se adoptan por consenso de los miembros de la sesión ejecutiva y el representante del país afectado, si bien, cuando dicho consenso no se alcance, la decisión será adoptada por mayoría simple entre el presidente y los miembros a tiempo completo⁹⁰². En sentido análogo, cuando la sesión ejecutiva delibere sobre un grupo transfronterizo, la decisión se adoptará por consenso de presidente, los miembros a tiempo completo y los representantes de los Estados Miembros participantes afectados, si bien, en caso de que tal consenso no se alcance, la decisión se adoptará por mayoría simple entre el presidente y los miembros a tiempo completo.⁹⁰³ En caso de empate decide el voto de calidad del Presidente⁹⁰⁴.

c) Funciones

⁹⁰⁰ Art. 55.3 RMUR

⁹⁰¹ Vid. González García, J.V., “*Mecanismo único de resolución bancaria...*”.

⁹⁰² Art. 55.1 RMUR

⁹⁰³ Art. 55.2 RMUR

⁹⁰⁴ Art. 55.3 RMUR

Las funciones de la Sesión Plenaria son i) las propias de la administración interna de la JUR; ii) la planificación y dirección de sus actividades de resolución de las entidades; iii) la administración y gestión del FUR; y iv) la cooperación y colaboración con el resto de organismos y supervisores⁹⁰⁵.

4.1.3.3. La sesión ejecutiva

⁹⁰⁵ Art. 50 RMUR (i) adoptar el programa de trabajo anual para el año siguiente sobre la base de un proyecto presentado por el Presidente; (ii) aprobar y controlar el presupuesto anual de la Junta y aprobar las cuentas definitivas de la Junta y conceder la aprobación de la gestión al Presidente; (iii) decidir sobre la utilización del FUR si en la medida de resolución específica es necesario un apoyo del Fondo superior al umbral de 5 000 millones EUR para el que la ponderación de la provisión de liquidez es 0,5; (iv) cuando la utilización neta acumulada del Fondo en los doce meses consecutivos precedentes alcance el umbral de los 5 000 millones EUR, evaluar la aplicación de los instrumentos de resolución, en particular la utilización del Fondo, y facilitar orientación que deberá seguir la sesión ejecutiva en ulteriores decisiones de resolución, en particular, si procede, diferenciando entre la provisión de liquidez y otras formas de apoyo; (v) decidir sobre la necesidad de recaudar aportaciones ex post extraordinarias, sobre los préstamos voluntarios entre mecanismos de financiación, sobre recursos de financiación alternativos, y sobre la mutualización de los mecanismos nacionales de financiación que impliquen apoyo del Fondo por encima del umbral de 5 000 millones EUR para el que la ponderación de la provisión de liquidez es 0,5; (vi) decidir sobre las inversiones; (vii) adoptar el informe anual de actividad sobre las actividades de la Junta; (viii) adoptar las normas financieras aplicables a la Junta; (ix) adoptar una estrategia de lucha contra el fraude; (x) adoptar normas sobre la prevención y la gestión de los conflictos de intereses de sus miembros; (xi) adoptar su reglamento interno y el de la Junta en sesión ejecutiva; (xii) ejercer, con respecto al personal de la Junta, las competencias atribuidas por el Estatuto de los funcionarios a la Autoridad facultada para proceder a los nombramientos y por el Régimen aplicable a los otros agentes de la UE; (xiii) adoptar normas de desarrollo adecuadas para dar efecto al Estatuto de los funcionarios y al régimen aplicable a los otros agentes; (xiv) nombrar a un contable, sujeto al Estatuto de los funcionarios y al régimen aplicable a los otros agentes, que será funcionalmente independiente en el ejercicio de sus funciones; (xv) asegurar un seguimiento adecuado de las conclusiones y recomendaciones resultantes de los informes de auditoría y evaluaciones internas o externas, así como de las investigaciones de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF); (xvi) adoptar todas las decisiones relativas a la creación y, en su caso, a la modificación de las estructuras internas de la Junta; (xvii) aprobar el marco para organizar las modalidades prácticas de cooperación con las autoridades nacionales de resolución.

La sesión ejecutiva de la Junta está compuesta por el Presidente y los cuatro miembros a tiempo completo, pudiendo ser invitados a participar en sus sesiones los otros miembros de la Junta y representantes de las autoridades nacionales de resolución de Estados Miembros no participantes cuando delibere sobre un grupo que posea filiales o sucursales significativas en dichos Estados Miembros no participantes, así como representantes de la ABE.⁹⁰⁶

La sesión ejecutiva se ocupa de (i) preparar todas las decisiones que vaya a adoptar en su sesión plenaria; y (ii) adoptar todas las decisiones necesarias para la aplicación del Reglamento MUR⁹⁰⁷, así como aquéllas decisiones provisionales necesarias por razones de urgencia, en particular sobre asuntos relativos a la gestión administrativa, incluidas cuestiones presupuestarias⁹⁰⁸. En cualquier caso, la sesión plenaria será informada de las decisiones que tome la sesión ejecutiva en materia de resolución⁹⁰⁹.

4.1.3.4. El Presidente

La Junta dispone de un presidente, con dedicación a tiempo completo y que, en consecuencia, no podrá desempeñar ningún cargo a nivel nacional, de la Unión o internacional, y por un periodo de cinco años no renovable⁹¹⁰.

4.1.4. El control jurídico *interno* de la actividad de la JUR

⁹⁰⁶ Art. 53 RMUR

⁹⁰⁷ Art. 54 RMUR

⁹⁰⁸ Art. 54.3 RMUR

⁹⁰⁹ Art. 54.4 RMUR

⁹¹⁰ No obstante lo dispuesto en el apartado 5, la duración del mandato del primer Presidente nombrado tras la entrada en vigor del presente Reglamento será de tres años. Dicho mandato será renovable una sola vez por un período de cinco años. El Presidente, el Vicepresidente y los miembros a los que se refiere el artículo 43, apartado 1, letra b), seguirán en funciones hasta el nombramiento de sus sucesores.

El Reglamento prevé la instauración de un mecanismo de control interno sobre las decisiones de la Junta: el Panel de Recursos. Este órgano está compuesto por cinco personas (además de dos suplentes), elegidos entre personas procedentes de los Estados Miembros y con un historial y reputación acreditadas en materia de resolución de entidades financieras, nombrados por la Junta por un mandato de cinco años, prorrogable una vez, tras una convocatoria de manifestaciones de interés que se publicará en el Diario Oficial de la UE y que actuarán con independencia y en pro del interés público.⁹¹¹

a) Legitimación activa

Toda persona física o jurídica, incluidas las autoridades de resolución, podrá interponer recurso contra las decisiones de la Junta de las que sea destinataria o que le afecten directa y personalmente.

b) Decisiones susceptibles de impugnación

El objeto del recurso son las decisiones de la Junta contempladas en el artículo 10, apartado 10, el artículo 11, el artículo 12, apartado 1, los artículos 38 a 41, el artículo 65, apartado 3, el artículo 71 y el artículo 90, apartado 3, de las que sea destinataria o que le afecten directa y personalmente⁹¹².

c) Interposición

El recurso, motivado, se interpone por escrito ante el Panel de Recurso en el plazo de seis semanas desde la fecha de notificación de la decisión al interesado o, a falta de notificación, desde la fecha en que el interesado haya tenido conocimiento de la decisión⁹¹³.

⁹¹¹ Art. 85 RMUR

⁹¹² Art. 85.3 RMUR

⁹¹³ Art. 85.3 RMUR

En principio, la interposición no tiene efectos suspensivos, si bien el Panel de Recursos puede determinar la suspensión de la aplicación de la decisión recurrida si considera que las circunstancias así lo requieren⁹¹⁴.

d) Tramitación

El Panel de Recursos evalúa, con carácter previo, la admisibilidad del recurso. En caso de resultar admitido, se concederá un plazo para que las partes, por escrito u oralmente, presenten sus observaciones a las propias alegaciones o a las de las otras partes⁹¹⁵.

e) Resolución

La decisión del Panel de Recursos puede, de forma motivada, (i) confirmar la decisión de la Junta o bien (ii) remitir el asunto a la Junta, en cuyo caso ésta deberá adoptar una decisión modificada conforme a la resolución del Panel de Recurso⁹¹⁶.

La resolución, que estará motivada y será notificada a las partes, debe adoptarse por el Panel de Recursos, por mayoría de tres de sus cinco miembros como mínimo, en el plazo de un mes a partir de su interposición.

4.2. El FUR

4.2.1. Constitución

El FUR se crea por el Reglamento, que prevé que los recursos que lo integran provengan de la transferencia al Fondo de los fondos recaudados a escala nacional⁹¹⁷.

⁹¹⁴ Art. 85.6 RMUR

⁹¹⁵ Art. 85.7 RMUR

⁹¹⁶ Art. 85.7 RMUR

⁹¹⁷ Art. 67.1 RMUR

El Fondo es propiedad de la JUR, que lo empleará exclusivamente con el fin de garantizar la aplicación eficiente de los instrumentos de resolución y el ejercicio eficiente de las competencias de resolución⁹¹⁸.

4.2.2. Dotación

La dotación del Fondo procede de la transferencia al Fondo de los recursos recaudados a escala nacional, estableciéndose claramente que *en ningún caso el presupuesto de la Unión o los presupuestos nacionales serán responsables de gastos o pérdidas del Fondo*⁹¹⁹.

4.2.2.1. Periodo transitorio

Desde el 1 de enero de 2016 los fondos nacionales de resolución de los Estados Miembros participantes se irán integrando progresivamente⁹²⁰ en el FUR durante un plazo de 8 años (40% en el primer año, 20% en el segundo, y el 40% restante durante los siguientes seis años, en porcentajes iguales⁹²¹). Los Estados Miembros participantes establecerán mecanismos de financiación con arreglo al artículo 100 de la Directiva 2014/59/UE y de conformidad con el presente Reglamento⁹²².

La dotación del Fondo debe ascender al 1% del importe de los depósitos con cobertura de todas las entidades de crédito autorizadas en todos los Estados

⁹¹⁸ Arts. 67.2 y 67.3 RMUR

⁹¹⁹ Art. 67.2 RMUR

⁹²⁰ Vid. ABASCAL, M.; FERNÁNDEZ DE LIS, S., Y PARDO, J.C., *op. cit.*, 203.

⁹²¹ Reglamento de Ejecución (UE) 2015/81 del Consejo, de 19 de diciembre de 2014, que especifica condiciones uniformes de aplicación del Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las aportaciones ex ante al Fondo Único de Resolución

⁹²² Art. 68 RMUR

Miembros participante al término del periodo inicial de ocho años que comenzará a correr a partir del 1 de enero de 2016 o bien a partir de la fecha en la que el presente apartado sea aplicable en virtud del artículo 99, apartado 6⁹²³.

Durante el período inicial contemplado en el apartado 1, las aportaciones al Fondo se escalonarán de la forma más uniforme posible hasta alcanzar el nivel fijado como objetivo, pero teniendo debidamente en cuenta la fase del ciclo económico y las repercusiones que las aportaciones pro cíclicas puedan tener en la situación financiera de las entidades que hacen aportaciones⁹²⁴.

La Junta podrá prorrogar el período inicial a que se refiere el apartado 1 por un período máximo de cuatro años en caso de que el Fondo haya realizado acumuladamente desembolsos superiores al 0,5 % del importe total de los depósitos con cobertura a que se refiere el apartado 1 y si se cumplen los criterios establecidos en el acto delegado al que se refiere el apartado 5, letra b)⁹²⁵.

Si, pasado el período inicial contemplado en el apartado 1, los recursos financieros disponibles disminuyeran por debajo del nivel fijado como objetivo en dicho apartado, se recaudarán las aportaciones ordinarias calculadas de conformidad con el artículo 70 hasta alcanzar dicho nivel. Una vez que se haya alcanzado por primera vez el nivel fijado como objetivo, y si los recursos financieros disponibles se han reducido posteriormente a menos de dos tercios del nivel fijado como objetivo, dichas aportaciones se fijarán a un nivel que permita alcanzar el nivel fijado como objetivo en un plazo de seis años⁹²⁶.

⁹²³ Art. 69.1 RMUR. El referido 99.6 RMUR dispone:

“A partir del 1 de enero de 2015, la Junta remitirá un informe mensual aprobado en sesión plenaria al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión sobre si se cumplen las condiciones para la transferencia de las aportaciones al Fondo.

A partir del 1 de diciembre de 2015, si estos informes muestran que no se cumplen las condiciones para la transferencia de las aportaciones al Fondo, la aplicación de las disposiciones a que se refiere el apartado 2 se aplazará por períodos sucesivos de un mes. La Junta presentará un nuevo informe al término de cada uno de esos periodos de un mes”.

⁹²⁴ Art. 69.2 RMUR

⁹²⁵ Art 69.3 RMUR

⁹²⁶ Art. 69.4 RMUR

La aportación ordinaria tendrá debidamente en cuenta la fase del ciclo económico y las repercusiones que las aportaciones pro cíclicas puedan tener en el momento de fijarse las aportaciones anuales⁹²⁷.

La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados con objeto de especificar: (i) los criterios para el escalonamiento de las aportaciones al Fondo calculadas con arreglo al apartado 2; (ii) los criterios para determinar el número de años que el período inicial a que se refiere el apartado 1 podrá prorrogarse de conformidad con el apartado 3; y (iii) los criterios para establecer las aportaciones anuales⁹²⁸.

4.2.2.2. Régimen permanente

El reglamento dispone tres vías de captación de recursos para el Fondo:

a) Aportaciones *ex ante*: Con carácter principal, el Fondo se nutre de las aportaciones de las entidades incluidas en el ámbito de aplicación del mecanismo, que serán recaudadas con una periodicidad, al menos, anual, y que se corresponderá con una proporción que represente su pasivo (excluidos los fondos propios), menos los depósitos con cobertura, respecto de los pasivos agregados (excluidos los fondos propios), menos los depósitos con cobertura, de todas las entidades autorizadas en los territorios de todos los Estados Miembros participantes y que se calculará anualmente⁹²⁹.

b) Aportaciones *ex post*: En caso de que los recursos financieros disponibles sean insuficientes para cubrir las pérdidas, los costes u otros gastos ocasionados por la utilización del Fondo en medidas de resolución, se recaudarán aportaciones *ex post* extraordinarias con el fin de cubrir las necesidades adicionales conforme a las normas establecidas para las aportaciones ordinarias, cuyo importe, en ningún caso, superará el triple del importe anual de las aportaciones ordinarias. Aunque el ámbito de aplicación de estas aportaciones es el mismo que en el caso de las ordinarias, se prevé la posibilidad de que la Junta, por propia iniciativa previa consulta a la autoridad nacional de resolución o a propuesta de una autoridad nacional de resolución, aplase, total o parcialmente,

⁹²⁷ Art. 69.4 RMUR

⁹²⁸ Art. 69.5 RMUR

⁹²⁹ Art. 70 RMUR

el pago por una entidad de las aportaciones *ex post* extraordinarias si ello es necesario para proteger la situación financiera de determinadas entidades por un período no superior a seis meses, que podrá renovarse a petición de la entidad⁹³⁰.

c) Recursos de financiación alternativos: A fin de cubrir posibles insuficiencias del Fondo, la Junta contratará en nombre del Fondo mecanismos de financiación, incluidos, cuando sea posible, mecanismos de financiación públicos, con miras a la disponibilidad inmediata de recursos financieros adicionales para su utilización. Asimismo, cuando los recursos del Fondo obtenidos de acuerdo con las aportaciones de las entidades no estén disponibles de forma inmediata o no cubran los gastos ocasionados por la utilización del Fondo en relación con medidas de resolución, la Junta podrá tomar empréstitos o recabar otras formas de apoyo para el Fondo procedentes de aquellas entidades, entidades financieras u otros terceros que ofrezcan mejores condiciones financieras en el momento más adecuado, a fin de optimizar el coste de la financiación y preservar su reputación⁹³¹.

d) Adicionalmente, se prevé la posibilidad de que, cuando sea necesario, se realicen préstamos voluntarios entre mecanismos de financiación de la resolución de Estados Miembros de la UE no participantes en el MUR de conformidad con el artículo 106 de la Directiva 2014/59/UE cuando (i) los importes recaudados como aportaciones ordinarias no sean suficientes para cubrir las pérdidas, los costes u otros gastos ocasionados por la utilización del Fondo en relación con medidas de resolución; (ii) las aportaciones *ex post* extraordinarias no estén disponibles de forma inmediata; y (iii) los recursos de financiación alternativos previstos en el no estén disponibles de forma inmediata en condiciones razonables⁹³².

De manera análoga, se prevé la posibilidad de que la JUR otorgue préstamos a otros mecanismos de financiación de la resolución en Estados Miembros no participantes si se presenta una solicitud de conformidad con el artículo 106 de la Directiva 2014/59/UE⁹³³.

⁹³⁰ Art. 71 RMUR

⁹³¹ Art. 73 RMUR

⁹³² Art. 72 RMUR

⁹³³ Art. 72.3 RMUR

4.2.3. Administración del fondo y reglas de funcionamiento

El Fondo es administrado por la Junta, de acuerdo con el Reglamento y los actos delegados aprobados en desarrollo del mismo.⁹³⁴

El Reglamento establece los fines que de manera exclusiva deben perseguirse a la hora de utilizar el Fondo por parte de la Junta: (i) garantizar los activos o los pasivos de la entidad objeto de resolución, de sus filiales, de una entidad puente o de una estructura de gestión de activos; (ii) realizar préstamos a la entidad objeto de resolución, a sus filiales, a una entidad puente o a una estructura de gestión de activos; (iii) adquirir activos de la entidad objeto de resolución; (iv) hacer aportaciones a una entidad puente y a una entidad de gestión de activos; (v) pagar una compensación a los accionistas o acreedores en caso de que, a raíz de una evaluación realizada, hayan incurrido en pérdidas mayores que aquellas en las que habrían incurrido en una liquidación con arreglo a los procedimientos de insolvencia ordinarios; (vi) hacer una aportación a la entidad objeto de resolución en lugar de la amortización o la conversión de pasivos de determinados acreedores, cuando se utilice el instrumento de recapitalización interna y se tome la decisión de excluir a determinados acreedores del ámbito de aplicación de la recapitalización interna; (vii) realizar una combinación de las medidas anteriores. Asimismo, el FUR podrá utilizarse para dichos fines con respecto al comprador en el contexto del instrumento de venta del negocio⁹³⁵.

El Reglamento prohíbe que el FUR se utilice para absorber las pérdidas o para recapitalizar los entes en resolución y, en caso de que el resultado de aplicar alguno de los instrumentos de resolución, sea la asunción indirecta de las pérdidas, toda actuación estará guiada por los principios de actuación del FUR en el contexto de la recapitalización interna, establecido en el artículo 27 del Reglamento del MUR⁹³⁶. El Reglamento establece un límite de 5 años como periodo máximo para que la JUR conserve el capital aportado en el contexto de la resolución de una entidad⁹³⁷.

⁹³⁴ Art. 75 RMUR

⁹³⁵ Art. 76.2 RMUR

⁹³⁶ Art. 76.3 RMUR

⁹³⁷ Art. 76.4 RMUR

4.3. La Administración nacional en el contexto del MUR

La LRR⁹³⁸ atribuye las competencias de resolución al Banco de España y la CNMV (como autoridades de resolución preventiva) y al FROB, como autoridad de resolución ejecutiva, de modo que es el Banco de España que es responsable de la planificación de la resolución: aprobar los planes de resolución y adoptar las decisiones oportunas sobre la evaluación de la resolubilidad de las entidades⁹³⁹.

4.3.1. El Banco de España como autoridad de resolución preventiva

Conforme a la arquitectura de la resolución bancaria que configura la LRR el Banco de España, en su condición de autoridad de resolución preventiva⁹⁴⁰, asume relevantes competencias en esta materia, destacadamente, las relacionadas con la planificación de la resolución – en estrecha colaboración y coordinación con el FROB⁹⁴¹. Asimismo, la LRR atribuye al Banco de España otras competencias relacionadas con la resolución de entidades, tales como la potestad sancionadora en el ámbito de la resolución de entidades, compartida con el FROB⁹⁴².

⁹³⁸ Art. 4.3 LRR

⁹³⁹ Autoridad de resolución preventiva: los órganos operativamente independientes del BdE, en relación con las entidades de crédito, y de la CNMV, en relación con las empresas de servicios de inversión, como autoridades responsables de la fase preventiva de la resolución.

⁹⁴⁰ La opción de atribuir al organismo supervisor la condición de autoridad de resolución preventiva ha sido la preferida por la totalidad de Estados Miembros participantes excepto Finlandia, *Vid. Pardo, J.C.; Santillana, V. y Martín, G., BRRD transposition in Spain: a milestone in implementing an effective resolution regime*, EuropeRegulation Watch, BBVA Research, junio de 2015, 9.

⁹⁴¹ *Vid.* Dictamen del Banco Central Europeo de 10 de junio de 2015 sobre la recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión

⁹⁴² Arts. 76.1 b) y 82 LRR

Por lo que respecta a la organización, la LRR dispone que las autoridades de resolución preventiva deben dotarse de una estructura que garantice la independencia operativa y se eviten los conflictos de intereses entre las funciones de supervisión y las de resolución preventiva⁹⁴³. En cumplimiento de dicho mandato el Banco de España llevó a cabo en abril de 2015 una reestructuración de su organización interna, atribuyendo tales competencias a la Dirección General de Estabilidad Financiera y Resolución⁹⁴⁴.

4.3.2. *El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria*

4.3.2.1. Creación y régimen jurídico y financiero

Desde el punto de vista organizativo, la creación del FROB ha sido una de las principales novedades que la reforma de regulación bancaria en España ha vivido durante los últimos años⁹⁴⁵. Desde la creación del FROB en 2009, su rol ha pasado de ser un complemento de las funciones del Fondo de Garantía de Depósitos, al servir como un instrumento de obtención y gestión de los fondos necesarios para la reestructuración del sector bancario, a ser concebido, en la actualidad, como una auténtica autoridad de resolución, configurado con vocación de permanencia y dotado de un ámbito propio de competencias⁹⁴⁶. En efecto, la LRR atribuye al FROB la competencia para *gestionar los procesos de resolución de las entidades en su fase ejecutiva*⁹⁴⁷.

La Ley configura el FROB como un ente sometido a un régimen de Derecho Público *sui generis*⁹⁴⁸, excluido expresamente del ámbito de aplicación de la

⁹⁴³ Disposición adicional Primera LRR

⁹⁴⁴ Acuerdo de la Comisión Ejecutiva del Banco de España de 29 de abril de 2015.

⁹⁴⁵ Vid. **EMBED IRUJO, A.**, *El Derecho de la crisis económica*, Zaragoza, 2009, 65 y ss; **EMBED IRUJO, A.**, *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, 2012, 97; **VAQUER CABALLERÍA, M.**, *op. cit.*, 23 y ss.

⁹⁴⁶ Vid. **SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a A.**, «El nuevo modelo...».

⁹⁴⁷ Art. 52.1 LRR

⁹⁴⁸ Vid. **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.**, *El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria: Naturaleza, Estructura y Régimen Jurídico*, en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I. (coords.), *La reforma bancaria en la UE y en España. El Modelo de Regulación surgido de la crisis*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, 27-43.

Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones de resolución. Para la consecución de sus fines el ordenamiento le dota con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada para el desarrollo de sus fines, sometido al ordenamiento jurídico privado excepto cuando ejercite las potestades administrativas conferidas por las leyes de Derecho español o europeo⁹⁴⁹.

4.3.2.2. Financiación

Los gastos de funcionamiento del FROB son cubiertos vía dotación presupuestaria en los Presupuestos Generales del Estado⁹⁵⁰, pudiendo incrementarse sus fondos propios a través de la capitalización de préstamos, créditos o cualquier otra operación de endeudamiento del FROB en las que la Administración General del Estado figure como acreedora.

Además, el FROB cuenta con la posibilidad de (i) allegar recursos ajenos⁹⁵¹ para el desempeño de sus funciones, si bien sin que puedan superar el límite que al efecto se establezca en las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado y siempre sin que la utilización por parte del FROB de instrumentos de apoyo financiero no reducirá las pérdidas derivadas de la resolución que corresponde soportar a los accionistas y acreedores; (ii) de solicitar préstamos a los mecanismos de financiación de los demás Estados Miembros de la Unión Europea, de acuerdo con el procedimiento que se prevea reglamentariamente; y (iii) conceder préstamos a mecanismos de financiación de otros Estados Miembros de la Unión Europea con cargo al Fondo de Resolución Nacional⁹⁵².

⁹⁴⁹ Art. 52 LRR

⁹⁵⁰ Art. 53.4 LRR

⁹⁵¹ En particular, los mecanismos de financiación podrán concretarse, entre otras, en una o varias de las siguientes medidas: a) El otorgamiento de garantías; b) La concesión de préstamos o créditos; c) La adquisición de activos o pasivos, pudiendo mantener su gestión o encomendarla a un tercero; d) La recapitalización de una entidad.

⁹⁵² Art. 53.1 LRR

4.3.2.3. Facultades del FROB

La LRR, en la línea del Real Decreto-ley 9/2012, atribuye al FROB facultades de naturaleza eminentemente administrativa, además de otras de carácter mercantil instrumentales de las anteriores⁹⁵³, a fin de posibilitar su desarrollo.

- a) Potestades administrativas

⁹⁵³ Vid. **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.**, *El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria: Naturaleza, Estructura y Régimen Jurídico*, en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I. (coords.), *La reforma bancaria en la UE y en España. El Modelo de Regulación surgido de la crisis*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, 27-43.

Con carácter general, la LRR atribuye al FROB la competencia para el ejercicio de la tramitación de los procedimientos⁹⁵⁴ de resolución de entidades, incluidas las decisiones que directa o indirectamente determinan su resultado final⁹⁵⁵.

⁹⁵⁴ Art. 64 LRR: (i) Aprobar el valor económico de los activos y pasivos de la entidad, a efectos de la aplicación de las medidas e instrumentos de resolución; (ii) Requerir a cualquier persona cualquier información necesaria para preparar y aplicar una medida o instrumento de resolución; (iii) Ordenar la transmisión de las acciones, aportaciones al capital social o, con carácter general, instrumentos representativos del capital o equivalente de la entidad o convertibles en ellos, cualesquiera que sean sus titulares, así como de otros instrumentos financieros, activos y pasivos de la entidad; (iv) Realizar operaciones de aumento o reducción de capital, y de emisión y amortización total o parcial de obligaciones, incluyendo instrumentos convertibles, y cualesquiera otros valores o instrumentos financieros, así como las modificaciones estatutarias relacionadas con estas operaciones, pudiendo determinar la exclusión del derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital y en la emisión de obligaciones convertibles incluso en los supuestos previstos en el artículo 343 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio; (v) Realizar acciones de amortización o conversión de instrumentos de capital o de recapitalización interna; (vi) Determinar los instrumentos en que se concreten las medidas de resolución, incluyendo, en particular, las que supongan modificaciones estructurales de la entidad, las de disolución y liquidación de la entidad; (vii) Disponer de forma inmediata, previo informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el traslado de los valores depositados en la entidad a otra entidad habilitada para desarrollar esta actividad, incluso si tales activos se encuentran depositados en terceras entidades a nombre de la entidad que presta el servicio de depósito; (viii) En relación con la transmisión de valores, instrumentos financieros, activos o pasivos de la entidad, obligar a la entidad y al adquirente a facilitar la información y asistencia necesarias y/o requerir a cualquier entidad del grupo al que pertenezca la entidad a que proporcione al adquirente los servicios operativos necesarios para permitir a este operar de manera efectiva el negocio transmitido; (ix) Aplazar, suspender, eliminar o modificar determinados derechos, obligaciones, términos y condiciones de todas o alguna de las emisiones de instrumentos de deuda y de otros pasivos admisibles emitidos por la entidad objeto de resolución; (x) Obligar a la entidad a recomprar valores emitidos por la misma al precio y en las condiciones que determine el FROB; (xi) Ordenar que las transmisiones de las acciones o aportaciones al capital social o, con carácter general, los instrumentos financieros, activos y pasivos de la entidad, se efectúen libres de cualquier carga o gravamen; así como suprimir los derechos de opción y de adquisición preferente, sin que sean oponibles las cláusulas estatutarias o contractuales existentes; (xii) requerir a la Comisión Nacional del Mercado de Valores que suspenda la admisión a negociación en un mercado regulado o la admisión a cotización oficial de instrumentos financieros en virtud de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y resto de normativa aplicable; (xiii) Cancelar o modificar las condiciones de un contrato del que sea parte la entidad objeto de resolución, o constituirse como parte en lugar del adquirente; (xiv)

Asimismo, y por razones de urgencia, el FROB podrá a) Adoptar, previamente a la aprobación del correspondiente plan de resolución, los instrumentos de venta del negocio de la entidad y de transmisión de activos o pasivos a una entidad puente, así como, en el marco de lo establecido en la normativa española y de la Unión Europea en materia de competencia y ayudas de Estado y teniendo en cuenta el principio de la utilización más eficiente de los recursos públicos y la minimización de los apoyos financieros públicos, proporcionar las ayudas financieras extraordinarias previstas en la LRR (artículo 20.1.d)); y/o b) Emplear un procedimiento de estimación del valor económico de la entidad en el que no se recaben informes de expertos independientes, para efectuar la valoración provisional, con el fin de aplicar las medidas de resolución o ejercer la competencia para amortizar o convertir instrumentos de capital⁹⁵⁶.

La LRR atribuye carácter ejecutivo a los actos administrativos dictados por el FROB en el curso de los procedimientos de reestructuración y resolución de entidades de crédito, incluidos los que adopte en sustitución de la junta o asamblea general de la entidad (referidos *infra*), de modo que resultarán inmediatamente eficaces desde que sean adoptados, sin necesidad de ningún otro trámite o requisito (ni siquiera los derivados de la normativa sobre secreto bancario), más allá de los establecidos en el mismo Real Decreto-ley y de las obligaciones formales de constancia, inscripción o publicidad exigidos conforme a la normativa vigente que, en todo caso, serán satisfechos con una simple certificación del acto o del acuerdo⁹⁵⁷.

Los actos dictados en los citados procedimientos han de ser publicados, siendo deber del FROB adoptar las medidas para que dichos actos sean conocidos por los accionistas, acreedores o terceros que pudieran verse afectados. Además, se establece el deber de notificación de las medidas adoptadas al Ministerio de Economía y Competitividad, al BdE, a la ABE y a la autoridad de la UE responsable de la supervisión del grupo eventualmente afectado.

Adoptar las medidas necesarias para garantizar la continuidad del negocio transmitido y de los contratos celebrados por la entidad de forma que el adquirente asuma los derechos y las obligaciones de la entidad objeto de resolución; (xv) Revisar cualquier operación o actuación llevada a cabo por la entidad en resolución de las que puedan derivarse posibles responsabilidades.

⁹⁵⁵ Vid. PALOMAR OLMEDA, A. y COLOMER HERNÁNDEZ, I., «Aspectos administrativos y procesales de los actos de reestructuración bancaria ex Ley 9/2012», RCP, nº 19/2013.

⁹⁵⁶ Art. 68 LRR

⁹⁵⁷ Art. 65 LRR

b) Facultades mercantiles

En el contexto de la resolución de entidades, la Ley atribuye al FROB la potestad de ejercer las facultades que la legislación mercantil confiere con carácter general al órgano de administración de la entidad, cuando asuma tal condición; a los accionistas o titulares de cualesquiera valores o instrumentos financieros, cuando el FROB haya suscrito o adquirido tales valores o instrumentos; y a la junta o asamblea general en los supuestos en los que esta obstaculice o rechace la adopción de los acuerdos necesarios para llevar a efecto las medidas de reestructuración o de resolución, así como en los supuestos en que por razones de extraordinaria urgencia no sea posible cumplir los requisitos exigidos por la normativa vigente para la válida constitución y adopción de acuerdos por la junta o asamblea general⁹⁵⁸. Además, la Ley atribuye al FROB la potestad, con carácter de acto administrativo de suspensión de contratos y garantías.⁹⁵⁹

4.3.2.4. Organización interna

a) La Comisión Rectora⁹⁶⁰

⁹⁵⁸ Art. 63 LRR

⁹⁵⁹ Art. 70 LRR: En concreto, la LRR prevé los siguientes supuestos: (i) Facultad de dejar en suspenso *cualquier obligación de pago o entrega que se derive de cualquier contrato celebrado (con excepción de los depósitos del público admisibles, en los términos previstos en el Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre) por la entidad por un plazo máximo que se inicia con la publicación del ejercicio de esta facultad hasta la medianoche del día hábil siguiente*; (ii) impedir o limitar la ejecución de garantías sobre cualquiera de los activos de la entidad por un plazo máximo que se inicia con la publicación del ejercicio de esta facultad hasta la medianoche del día hábil siguiente; (iii) suspender el derecho de las contrapartes a declarar el vencimiento o resolución anticipada o a instar la ejecución o compensación de un contrato celebrado con una entidad objeto de resolución o de cualesquiera derechos u obligaciones relacionados con las operaciones financieras y acuerdos de compensación contractual a los que se refiere el capítulo II del título I del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, como consecuencia de la adopción de cualquier medida de resolución o reestructuración o actuación temprana, por un plazo máximo que se inicia con la publicación del ejercicio de esta facultad hasta la medianoche del día hábil siguiente.

⁹⁶⁰ Art. 54 LRR

La Comisión Rectora es el máximo órgano de decisión y administración del FROB. En cuanto tal, le corresponde adoptar, por sí o por delegación cuando esté permitido por el ordenamiento jurídico, las decisiones relativas a las potestades y funciones atribuidas al FROB⁹⁶¹.

Su composición pone de manifiesto su relación tanto con el Gobierno (a través de los órganos directivos del Ministerio de Economía y Competitividad) como con el Banco de España, si bien este último ha quedado desplazado como institución con control efectivo sobre el FROB. Dicho órgano está integrado por el Presidente; cuatro miembros designados por el BdE, uno de los cuales será el Subgobernador, que ostentará la Vicepresidencia primera de la Comisión Rectora y sustituirá al Presidente en sus funciones en caso de vacante, ausencia o enfermedad. Los otros tres miembros serán designados por la Comisión Ejecutiva del Banco de España; el Secretario General del Tesoro y Política Financiera, que ostentará la Vicepresidencia segunda de la Comisión Rectora; el Subsecretario de Economía y Competitividad; el Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas; el Director General de Política Económica; y el Director General de Presupuestos. Asisten con voz pero sin voto representantes designados por el Interventor General de la Administración y por el Abogado General del Estado y el Director General.

b) El presidente⁹⁶²

La LRR introduce la configuración del presidente como figura diferenciada del subgobernador del Banco de España, dotándole de un cariz ejecutivo: tendrá

⁹⁶¹ Art. 54.4 LRR: A la Comisión Rectora le corresponde adoptar las decisiones relativas a las potestades y funciones atribuidas al FROB, sin perjuicio de las delegaciones o apoderamientos que considere conveniente aprobar para el debido ejercicio de las mismas, no resultando delegables, en todo caso, las siguientes: a) Las funciones atribuidas al FROB en relación con los planes de resolución de entidades y las acciones de amortización de instrumentos de capital y recapitalización interna; b) La aprobación de la decisión de realizar las operaciones de financiación previstas en el artículo 53.1; c) La aprobación de las cuentas anuales del FROB que se remitirán anualmente al Ministro de Economía y Competitividad y a la Intervención General de la Administración del Estado para su integración en la Cuenta General del Estado y su traslado al Tribunal de Cuentas, así como del informe que debe elevarse al Ministro de Economía y Competitividad para su remisión a la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados; d) La adopción de las decisiones necesarias para la utilización del Fondo de Resolución Nacional de conformidad con lo previsto en esta ley.

⁹⁶² Art. 55 LRR

dedicación exclusiva, está sujeto al régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración General del Estado, y es incompatible con el ejercicio de cualquier actividad profesional pública o privada, retribuida o no, salvo que sean inherentes a su condición de Presidente del FROB.

Se atribuye al Ministro de Economía y Competitividad la potestad para nombrarlo y cesarlo, entre personas con capacidad, preparación técnica y experiencia suficientes para desarrollar las funciones propias de este cargo. El mandato tiene una duración de 5 años, no renovables, y su cese queda limitado a los casos expresamente previstos en la Ley (por finalizar el período para el que fue nombrado, por renuncia aceptada por el Gobierno, por estar incurso en alguna causa de incompatibilidad, por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de sus funciones, por condena por delito doloso y por incumplimiento grave de sus obligaciones, acordada por el Gobierno, previa instrucción del expediente por Ministerio de Economía y Competitividad quien lo pondrá en conocimiento de la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados, y en el que serán oídos los restantes miembros de la Comisión Rectora.)⁹⁶³.

El presidente lleva a cabo las funciones siguientes: a) Presidir la Comisión Rectora e impulsar y supervisar todas las operaciones que conforme a esta ley deba ejecutar el FROB; b) Dirigir la gestión ordinaria, económica y administrativa del FROB, incluida la administración del Fondo de Resolución Nacional, y ostentar la representación legal del mismo; c) Formular, someter a verificación por auditor de cuentas y elevar para su aprobación por la Comisión Rectora las cuentas anuales del FROB; d) Proponer a la Comisión Rectora la adopción de las decisiones que a esta le corresponden conforme a lo previsto en esta ley, sin perjuicio de que la Comisión Rectora pueda también adoptarlas de oficio; e) Ejecutar los acuerdos de la Comisión Rectora y cuantas funciones le delegue esta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 54.5; f) Rendir cuentas a la Comisión Rectora del ejercicio de sus funciones; g) Representar al FROB en las instituciones y organismos internacionales en los que esté prevista su participación y, en particular, en la Junta Única de Resolución.

4.3.2.5. Relación con otras autoridades

⁹⁶³ Art. 57.1 LRR

Para el correcto desempeño de sus funciones, el FROB tiene la obligación de colaborar con el resto de autoridades nacionales con competencias en la regulación y supervisión del sistema financiero, así como de facilitarles la información necesaria de la que disponga⁹⁶⁴ y de colaborar con las instituciones y otros órganos de la UE y las autoridades extranjeras competentes en los supuestos de reestructuración o de resolución de entidades de crédito que pertenezcan a grupos internacionales.⁹⁶⁵

- Cooperación y coordinación con otras autoridades de supervisión o resolución internacionales.⁹⁶⁶

Al estar integrado en el MUR en tanto que autoridad nacional de resolución ejecutiva, el FROB viene vinculado por el deber de cooperación leal y asistencia a la JUR y con respecto del resto de autoridades nacionales participantes en el Mecanismo en los términos del Reglamento MUR. La LRR regula el deber de colaboración del FROB *con las instituciones de la Unión Europea, incluyendo la Junta Única de Resolución, el Banco Central Europeo, la Autoridad Bancaria Europea, y las autoridades extranjeras que tengan encomendadas funciones relacionadas con la supervisión o la resolución de entidades.*

- Cooperación y coordinación con otras autoridades de supervisión o resolución nacionales.

La LRR prevé la colaboración, la suscripción de convenios de colaboración para regular dichas relaciones y el intercambio de información entre el FROB

⁹⁶⁴ en particular, con el BdE, la CNMV, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, las autoridades designadas por las Comunidades Autónomas para realizar alguna de tales funciones, el Consorcio de Compensación de Seguros, el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito y el Fondo de Garantía de Inversiones.

⁹⁶⁵ Debe notarse que una vez que se entre plenamente en funcionamiento el MUR, la JUR será la autoridad de resolución preventiva y ejecutiva española para todas las entidades significativas y que el ámbito de este esquema quedará reducido a las entidades sobre las que el BCE no haya asumido la supervisión directa y a las empresas de servicios de inversión.

⁹⁶⁶ Art. 58 LRR

y las demás autoridades nacionales o autonómicas con competencias de supervisión o regulación del sistema financiero⁹⁶⁷, así como las autoridades de competencia.⁹⁶⁸

4.3.2.6. La rendición de cuentas

La LRR regula las obligaciones de rendición de cuentas e información del FROB ante el Parlamento: Se establece la obligación del presidente del FROB de comparecer, al menos semestralmente, ante la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados, para informar sobre la evolución de las actividades del FROB y los elementos fundamentales de su actuación económico-financiera, sin perjuicio de la obligación de atender a otros requerimientos de comparecencia que le haga la comisión de Economía y Competitividad.⁹⁶⁹ Asimismo, con carácter trimestral, la comisión Rectora ha de elevar un informe a los Ministros de Hacienda y Administraciones Públicas y de Economía y Competitividad sobre la gestión y actuación del FROB, del cual se dará traslado a la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados⁹⁷⁰.

4.3.2.7. Fondo de Resolución Nacional

La LRR prevé la creación de un Fondo de Resolución Nacional⁹⁷¹, con una dotación de, al menos, el 1% del importe de los depósitos garantizados de todas

⁹⁶⁷ Art. 57 LRR

⁹⁶⁸ Art. 60 LRR

⁹⁶⁹ Art. 56 LRR

⁹⁷⁰ Art. 56 LRR

⁹⁷¹ En todo caso, hay que destacar que, a partir del 1 de enero de 2016, una vez que el MUR europeo esté plenamente operativo, los Fondos Nacionales de Resolución de los países miembros de la zona euro se integrarán en un FUR. La mutualización del uso de este fondo único se realizará de manera progresiva en un plazo de ocho años, de acuerdo con el siguiente calendario: primer año, 40 por 100; segundo año, 20 por 100; los siguientes seis años, 40 por 100 restante, en porcentajes iguales.

las entidades de crédito⁹⁷², obtenida mediante: (i) contribuciones ordinarias de las entidades, incluidas las sucursales de la Unión Europea ; (ii) contribuciones extraordinarias, cuando las contribuciones ordinarias de las entidades resulten insuficientes para la financiación de las medidas previstas en la ley ; o (iii) mediante la emisión de valores de renta fija, la suscripción de préstamos o de créditos o de cualesquiera otras operaciones de endeudamiento en la medida necesaria.

Las contribuciones ordinarias se recaudan por el FROB con una periodicidad, al menos, anual entre las entidades establecidas en España, incluyendo las sucursales de entidades de otros Estados Miembros de la UE.⁹⁷³ Las contribuciones extraordinarias sólo se recaudarán en caso de que mediante la recaudación de las ordinarias no se alcance el mínimo del 1%.

4.3.2.8. La Sociedad de Gestión de Activos

a) Creación, régimen jurídico y objeto social

En el contexto de la reordenación de los sistemas financieros que, normalmente, sigue a los periodos de crisis, es habitual que se recurra a la depuración de los balances de las entidades, mediante la transmisión de sus activos deteriorados y su gestión por entidades separadas, a fin de mejorar su solvencia. La actual crisis no ha sido una excepción y se ha procedido en tal sentido en países como Estados Unidos, Alemania, Irlanda o Francia⁹⁷⁴.

⁹⁷² Art. 53.1. LRR a)

⁹⁷³ 1.º La contribución de cada entidad corresponderá a la proporción que esta represente sobre el total agregado de las entidades, del siguiente concepto: pasivos totales de la entidad, excluidos los recursos propios y el importe garantizado de depósitos de conformidad con lo previsto en el RDLFGD.

2.º Las contribuciones se ajustarán al perfil de riesgo de cada entidad, de acuerdo con los criterios que se determinen reglamentariamente.

⁹⁷⁴ Vid. CALVO VÉRGUEZ, J., «La última gran etapa en la reforma de nuestro sistema financiero: sociedad gestora de activos (“banco malo”) versus “banco puente”», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 7 (noviembre 2012), 2012, 207-220.

En el caso de nuestro país, la Administración se ha dotado de una sociedad de gestión de activos que ha asumido con carácter exclusivo los activos inmobiliarios procedentes de las entidades reestructuradas: la Sociedad de Gestión de Activos, SAREB.⁹⁷⁵

La creación de la sociedad de gestión de activos viene determinada por el MoU⁹⁷⁶ y su transposición en el Real Decreto-Ley 24/2012, cuya Disposición Adicional Séptima establecía que en el plazo de tres meses desde su entrada en vigor el FROB debía constituir, bajo la denominación de Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A.⁹⁷⁷, una sociedad de gestión de activos destinada a adquirir los activos de aquellas entidades sometidas a resolución a las que se les aplicara tal instrumento.⁹⁷⁸

El régimen de la SAREB es el de una sociedad anónima de carácter especial, derivado de su carácter instrumental con respecto del proceso de reordenación sectorial. Se regula en el capítulo VI de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito y el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de

⁹⁷⁵ Vid. RAVINA MARTÍN, P., «El régimen jurídico aplicable a las sociedades de gestión de activos y, en particular, a la SAREB», Actualidad Jurídica Uría Menéndez 33/2012.

⁹⁷⁶ MOU 21. Los activos problemáticos de los bancos objeto de ayuda deberán eliminarse rápidamente de sus balances...

⁹⁷⁷ “Sareb se constituyó el 28 de noviembre de 2012 con un objetivo global consistente en la gestión y desinversión en un plazo de quince años de los activos recibidos, tratando de obtener por ellos el máximo valor” “Su actividad efectiva comenzó el 31 de diciembre de 2012, fecha en la que se traspasaron los activos de las entidades clasificadas en el Grupo 1 (BFA-Bankia, Catalunya Banc, NCG Banco y Banco de Valencia). El 28 de febrero de 2013 se completó el balance de la sociedad con el traspaso de los activos correspondientes a las entidades del Grupo 2 (Liberbank, BMN, CEISS, Caja3). En total, el volumen transmitido fue de 50.781 millones de euros en inmuebles y préstamos destinados a la promoción inmobiliaria”, Vid. Dairio de Sesiones del Senado, Comisiones, núm. 260, de 04/12/2013 Comparecencia del Presidente del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), D. Fernando Restoy Lozano, ante la Comisión de Economía y Competitividad, para informar de la venta de las entidades financieras intervenidas.

⁹⁷⁸ Disposición adicional Séptima, apartado 2, Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito: El objeto exclusivo de esta sociedad es la tenencia, gestión y administración directa o indirecta, adquisición y enajenación de los activos que le transfieran las entidades de crédito sometidas a procesos de reestructuración o de resolución, así como aquellos que pudiera adquirir en el futuro.

las sociedades de gestión de activos y, supletoriamente, por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto-legislativo 1/2010, de 2 de julio, y demás normas del ordenamiento jurídico-privado.

Aunque la sociedad es creada por la Administración, en concreto por el FROB, se establece una limitación de la participación pública en el capital de la Sareb, de modo que, en ningún caso, podrá ser igual o superior al 50% del total⁹⁷⁹, además de un catálogo de posibles accionistas, ampliable por el Ministro de Economía y Competitividad.⁹⁸⁰

b) Órganos de gobierno

Dada la condición de sociedad anónima de la SAREB, en todo lo no especificado por la normativa específica, es de aplicación la regulación de los órganos de gobierno establecida en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

⁹⁷⁹ Art. 19.3 Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos: Se entenderá por participación pública el conjunto de las participaciones directas o indirectas que ostenten las unidades institucionales públicas, tal y como se definen en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales.

⁹⁸⁰ Art. 19 Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos: Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria; las entidades de crédito; las entidades aseguradoras; las empresas de servicios de inversión; las sociedades de inversión colectiva, mobiliaria o inmobiliaria; las instituciones de inversión colectiva y los fondos de pensiones, así como sus sociedades gestoras; las sociedades gestoras de fondos de titulización de activos; las sociedades y fondos de capital-riesgo; las sociedades de garantía recíproca; las entidades extranjeras, cualquiera que sea su denominación o estatuto, que, de acuerdo con la normativa que les resulte aplicable, ejerzan las actividades típicas de las anteriores; las entidades cuya actividad principal sea la tenencia de acciones o participaciones en cualquiera de las entidades citadas; Las personas jurídicas distintas de las anteriores incluidas en la letra c) del artículo 78 bis de la Ley del Mercado de Valores.; Las sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario.

De acuerdo con la información facilitada por SAREB (COMPARECENCIA DEL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN RECTORA DEL FROB ANTE LA COMISIÓN DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD DEL SENADO, 4 de diciembre de 2013) “El 45% del capital de Sareb es propiedad del FROB, estando el resto en manos de entidades privadas: catorce bancos nacionales, dos bancos extranjeros, cuatro aseguradoras y una compañía eléctrica”.

El Consejo de Administración está integrado por un mínimo de 5 y un máximo de 15 miembros⁹⁸¹, de los cuales al menos un tercio tienen carácter independiente.

Existe una Comisión de Seguimiento del cumplimiento de los objetivos generales de la sociedad de gestión de activos. Entre sus funciones estará el análisis del plan de negocio de la sociedad de gestión de activos y sus posibles desviaciones, así como el seguimiento de los planes de desinversión y de amortización de la deuda avalada. La Comisión de Seguimiento está integrada por cuatro miembros, uno nombrado por el Ministerio de Economía y Competitividad, que presidirá la Comisión y tendrá voto de calidad, otro nombrado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, otro nombrado por el BdE, que actuará como secretario, y otro nombrado por la CNMV. Asimismo, la Comisión podrá acordar la asistencia a sus reuniones, en calidad de observadores, de representantes de otras instituciones públicas u organismos nacionales o internacionales. Reglamentariamente podrá determinarse la presencia en la Comisión de Seguimiento de observadores permanentes con pleno acceso a la información remitida a la Comisión.

Adicionalmente, la Comisión de Seguimiento podrá proponer al BdE la sustitución provisional del órgano de administración de la sociedad de gestión de activos cuando, a la vista de la información recibida, estime que la sociedad se encuentra ante una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro el cumplimiento de los objetivos que tiene legalmente encomendados, así como la adopción de acuerdos a los órganos sociales de la sociedad de gestión de activos cuando lo estime necesario para la consecución de los objetivos para los que fue creada. Reglamentariamente se podrá desarrollar el régimen jurídico de la Comisión de Seguimiento prevista en este apartado.

La Comisión de seguimiento remite a las Cortes Generales, con periodicidad semestral y sobre la base de la información recibida por la misma, un informe sobre la evolución de las actividades de la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria y sobre los elementos fundamentales de su situación económica-financiera.

⁹⁸¹ Art. 21 Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos: Todos los miembros del Consejo de Administración serán personas de reconocida honorabilidad comercial y profesional y deberán poseer conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones. Tales como honorabilidad y experiencia deberán concurrir también en los directores generales o asimilados de la entidad.

Para facilitar el cumplimiento de sus funciones, el BdE y, en su caso, la CNMV informarán a la Comisión de Seguimiento sobre las principales conclusiones que se deriven del desempeño de sus funciones de supervisión. A los mismos efectos, la Comisión de Seguimiento podrá solicitar de la sociedad de gestión de activos, la información periódica que considere conveniente.

5. La participación del Mecanismo Europeo de Estabilidad en la recapitalización de las entidades.

5.1. Naturaleza jurídica, creación y Estados participantes

El MEDE encuentra sus orígenes en el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera, aprobado en mayo de 2010 como una de las primeras medidas de reacción ante la crisis de la deuda soberana en el ámbito de la UE, y que fue dotado inicialmente con 750.000 euros y en el Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera⁹⁸².

El Consejo Europeo, por Decisión de 25 de marzo de 2011, introdujo una modificación del artículo 136 TFUE consistente en la adición de un párrafo tercero que faculta a *“los Estados Miembros cuya moneda es el euro”* para *“establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto”*, añadiéndose, eso sí, que *“La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas”*.⁹⁸³

Con base en el citado precepto, se crea el Mecanismo Europeo de Estabilización (MEDE). El MEDE es una Institución Financiera Internacional, con sede en Luxemburgo, creada por el Tratado Constitutivo firmado en Bruselas el 2 de febrero de 2012⁹⁸⁴. Nos encontramos ante un instrumento bifronte, con funciones tanto en relación con el sistema de gobernanza económica de la UE

⁹⁸² Vid. CALVO VÉRGEZ, J., *«La creación del fondo europeo de estabilidad financiera y del mecanismo europeo de estabilidad ante la actual situación de crisis económica y de deuda pública padecida en la zona euro»*, Revista Aranzadi Unión Europea, núm. 12/2012, Aranzadi, 2012.

⁹⁸³ Vid. LINDE PANIAGUA, E., *op. cit.*, 179.

⁹⁸⁴ Instrumento de Ratificación del Tratado Constitutivo del MEDE (MEDE) entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República

como con la Unión bancaria y, más en concreto, con el MUR, que es la razón por la que nos referimos a él en este trabajo.⁹⁸⁵

Su finalidad, de acuerdo con el Tratado de creación es movilizar fondos y proporcionar apoyo a la estabilidad a sus miembros cuando experimenten o corran el riesgo de experimentar graves problemas de financiación, cuando ello sea indispensable para salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto y de sus Estados Miembros.⁹⁸⁶ Con este fin, el MEDE estará facultado para obtener fondos a través de la emisión de instrumentos financieros o mediante la celebración de acuerdos o convenios de índole financiera o de otro tipo con sus propios miembros, entidades financieras u otros terceros.

El MEDE responde a la necesidad de contar con un prestamista de última instancia único para toda la Unión bancaria, y tras él subyace la idea de que la combinación del apoyo con fondos públicos a los bancos de cada país y la inexistencia de un apoyo análogo entre las haciendas nacionales actuó como un factor de agravamiento y contagio de la crisis de la deuda soberana⁹⁸⁷.

5.2. Pertenencia

Son miembros del MEDE los Estados parte en el Tratado constitutivo⁹⁸⁸, si bien se prevé la posible adhesión del resto de Estados Miembros de la UE.⁹⁸⁹

Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y la República de Finlandia, hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2012.

⁹⁸⁵ Vid. NAPOLITANO, G., «*Il meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*», *Giornale di Diritto Amministrativo*, 5/2012, 2012.

⁹⁸⁶ Vid. MENÉNDEZ, A.J., *op. cit.*, 4.

⁹⁸⁷ Vid. VERÓN, N., “Banking Union in Nine...”, 3.

⁹⁸⁸ Art. 1.2 TMEDE: Bélgica, Alemania, Estonia, Irlanda, Grecia, España, Francia, Italia, Chipre, Luxemburgo, Malta, Holanda, Austria, Portugal, Eslovenia, Eslovaquia y Finlandia.

⁹⁸⁹ Art. 2.1 TMEDE La adhesión al MEDE estará abierta a los otros Estados miembros de la UE a partir de la entrada en vigor de la decisión del Consejo de la UE que suprima la excepción relativa a la adopción del euro, tomada de conformidad con el artículo 140, apartado 2, del TFUE. Ver también artículo 44.

El Capital autorizado máximo del MEDE es de EUR 700.000 millones, distribuido entre los Estados participantes de acuerdo con la distribución del capital en el BCE⁹⁹⁰.

5.3. Funciones

La función del MEDE es movilizar recursos y ponerlos a disposición de los miembros que se encuentren inmersos o en peligro de verse inmersos en episodios de inestabilidad financiera.⁹⁹¹

El MEDE puede apoyar los rescates públicos directos de la banca por parte de los Estados participantes cuando por razones macroeconómicas o de imposibilidad de acceder a la financiación necesaria en los mercados internacionales, aquellos no dispongan de los medios necesarios para poder llevar a cabo dichas operaciones. Este apoyo puede instrumentarse por tres vías alternativas⁹⁹²: (a) Préstamo directo al Gobierno en el marco de un programa de ajuste macroeconómico, destinándose parte de la financiación a las entidades a rescatar; (b) Recapitalización indirecta, es decir, que el MEDE preste al Gobierno recursos financieros exclusivamente destinados al rescate de una o varias entidades determinadas; o (c) adquisición por el MEDE de instrumentos de capital de la entidad o entidades rescatadas, previa aprobación por el Consejo de gobernadores y conforme a las condiciones que sean determinadas *ad hoc*.

5.4. Organización interna

5.4.1. *El Consejo de Gobernadores*

Es el máximo órgano de Gobierno de la Institución y está formado por un representante de cada Estado parte del Tratado que será un miembro del Gobierno con responsabilidad en materia financiera.

⁹⁹⁰ Art. 8 TMEDE

⁹⁹¹ Art. 3 TMEDE

⁹⁹² Vid. VEGARA FIGUERAS, D., *op. cit.*, 25.

El peso de cada Estado viene determinado por el capital suscrito por cada uno de ellos⁹⁹³. Sus decisiones se adoptan de común acuerdo, por mayoría cualificada o mayoría simple, en función de lo determinado por el Tratado, si bien, para todas las decisiones, deberá alcanzarse un quórum de dos tercios del número de miembros con derecho a voto que representen al menos dos tercios de los derechos de voto.

5.4.2. *El Presidente*

El Tratado prevé el nombramiento de un Presidente, que será el del Eurogrupo u otro de los miembros del Consejo, en cuyo caso su mandato durará 2 años. Es función del presidente convocar y dirigir las reuniones del Consejo de gobernadores. Junto a él, se prevé el nombramiento de un vicepresidente por un periodo igual⁹⁹⁴.

5.4.3. *El Consejo de Administración*⁹⁹⁵

Está formado por los administradores, nombrados cada uno por el Gobernador de su Estado y su función es velar, sin perjuicio de las competencias del Consejo de Gobernadores, porque el MEDE sea gestionado de conformidad con el Tratado y con los estatutos aprobados por el Consejo de Gobernadores, y adopta las decisiones que le son atribuidas por el Tratado o por delegación del Consejo de Gobernadores.

El Consejo de Administración adopta sus decisiones por mayoría cualificada, salvo disposición en contrario del Tratado. Las decisiones que deban tomarse por delegación del Consejo de Gobernadores se adoptarán de conformidad con las reglas de votación del mismo.

⁹⁹³ Art. 11 TMEDE

⁹⁹⁴ Art. 5.2 TMEDE

⁹⁹⁵ Art. 6 TMEDE

5.4.4. *El Director Ejecutivo*⁹⁹⁶

Nombrado por el Consejo de Gobernadores por un periodo de 5 años, renovable una vez por el mismo periodo. El Consejo de gobernadores es competente para decidir su cese en cualquier momento.

Entre sus funciones se encuentra ostentar la representación legal del MEDE y gestionar los asuntos corrientes de la Institución bajo la dirección del Consejo de Administración. Es el responsable de la organización, nombramiento y cese del personal.

⁹⁹⁶ Art. 7 TMEDE

Parte IV

El control jurisdiccional de la regulación bancaria

CAPÍTULO IX

El control jurisdiccional de la regulación bancaria

1. Consideraciones generales sobre el control de la Administración Reguladora

La faceta jurídica de la regulación vuelve a ocupar un lugar preferente en la discusión sobre la reforma bancaria. La crisis económica ha revelado una de las premisas de las que parte el presente trabajo: la necesaria recuperación por parte del Derecho del lugar que nunca debió haber cedido ante otras disciplinas científico-técnicas con respecto de la intervención pública en la economía y de manera muy notable en relación con el sector bancario⁹⁹⁷.

Para la consecución de los objetivos de la regulación, el ordenamiento dota a la Administración reguladora con un conjunto de potestades de intervención que inciden en el libre desarrollo de las actividades de las entidades de crédito pero, también, de unos deberes – sintéticamente la consecución de los citados objetivos. Las decisiones que adopta la Administración en ejercicio de sus facultades de regulación encuentran fundamento y límite en el mandato que el ordenamiento jurídico dispone y que consiste en el correcto funcionamiento del sector y que se traduce en la obligación de que la vigilancia administrativa responda a los objetivos marcados por la normativa y determina, en última instancia, la posibilidad de que los particulares exijan que estas actuaciones cumplan con las exigencias legales⁹⁹⁸.

Por tanto, deben tenerse en cuenta los objetivos de la regulación como marco delimitador de la actividad de la administración en este ámbito y, en última instancia, como parámetro de control de las actuaciones en las que se sustancie, ya sea en sede de auto tutela administrativa o de control judicial y que, conforme se ha expuesto, dichos objetivos responden a la protección de intereses

⁹⁹⁷ Vid. EMBID IRUJO, A., «Norma, Economía y... », 3.

⁹⁹⁸ Vid. PADRÓS I REIG, C., «La relevancia de la "culpa in vigilando" en la regulación y supervisión financiera y bancaria», *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 31, Nº 128, 2012, 115-157.

particulares pero también, y de manera destacada, a la del interés general que cristaliza en la garantía de la estabilidad financiera.

En tanto que actividad administrativa, vinculada por el conjunto del ordenamiento jurídico, la regulación bancaria, en todas sus manifestaciones, queda sometida al principio de legalidad y al control de su cumplimiento por los jueces y tribunales. Así, con la misma rotundidad o, si cabe, aún mayor, que se ha venido constatando *“la necesaria y justificada evasión de las formas en el actuar jurídico de la Administración bancaria”*, incluso admitiendo que se sirva de *“fórmulas y procedimientos inequívocamente atípicos”* para el cumplimiento de sus objetivos, se ha reafirmado la necesidad de garantizar su sometimiento al ordenamiento jurídico,⁹⁹⁹ propósito que encuentra su elemento de cierre en el control jurisdiccional de la actividad de la Administración crediticia¹⁰⁰⁰.

En este sentido, cabe destacar la relevancia que otorga el Banco de Pagos de Basilea, en sus principios de supervisión bancaria a la necesidad de que los ordenamientos jurídicos dispongan de instrumentos eficientes e independientes de control judicial como requisito de eficacia de la supervisión¹⁰⁰¹.

Las especificidades de la regulación bancaria resultan, no obstante, en que la labor de los jueces y tribunales revista, en relación con la regulación bancaria, una especial dificultad, mayor si cabe, que en otros ámbitos del Derecho Económico. En efecto, características como la extraordinaria discrecionalidad que el ordenamiento jurídico admite en este campo¹⁰⁰², la utilización de conceptos

⁹⁹⁹ Vid. MARTÍN-RETORTILLO, S., “Estudio Preliminar”, 28.

¹⁰⁰⁰ Vid. BANCO DE ESPAÑA, *Informe de la Comisión Interna – Análisis de los procedimientos supervisores del Banco de España y recomendaciones de reforma*, 16 de octubre de 2012: “Se ha contrastado que en los últimos años las entidades en seguimiento continuado in situ han seguido las recomendaciones y requerimientos de los equipos de inspección y cumplimentado los ajustes planteados (de miles de millones de euros) por persuasión supervisora en la mayoría de los casos, sin mediar escrito formal de requerimientos o recomendaciones. En general las propuestas se han transmitido verbalmente en el transcurso de alguna reunión de seguimiento periódico o por correo electrónico. Ello ha influido, como muestran los datos de las memorias de supervisión de los años 2006 a 2011, en que el número de escritos de recomendaciones y requerimientos a las entidades haya disminuido de manera importante.”.

¹⁰⁰¹ Vid. COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA, Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz, Banco de Pagos Internacionales de Basilea, Diciembre de 2011.

¹⁰⁰² Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C., «El mecanismo europeo...», 72.

jurídicos indeterminados por el legislador, que otorga un amplio margen de decisión a la Administración a la hora de integrar su contenido y la habitual utilización de instrumentos informales y procedimientos jurídicos *sui generis*¹⁰⁰³, además de la complejidad del sistema de fuentes y de la arquitectura de la regulación.

Como ha puesto de manifiesto ARIÑO ORTIZ, la regulación financiera se caracteriza por la atribución a los reguladores de amplios poderes discrecionales en relación no solo con las medidas a adoptar, sino también, y quizá en este punto se encuentra su perfil diferenciado con respecto de otros ámbitos de la administración económica, con la apreciación, cuando no determinación, de los supuestos de hecho necesarios para adoptarlas, pues el legislador elabora, con frecuencia, *normas de fines*, desentendiéndose de concretar, con el detalle necesario, los medios para conseguirlos o, más aún, los controles¹⁰⁰⁴.

En efecto, la doctrina ha puesto de manifiesto que, dadas las características de la regulación bancaria y la naturaleza de las actuaciones administrativas que conlleva, la labor de control jurisdiccional no se puede limitar a la mera vigilancia de la conformidad de la actividad de las entidades desde una perspectiva estática.

SORIANO GARCÍA sintetiza la peculiaridad de la actividad administrativa reguladora, resaltando su contenido predictivo de la evolución de las tendencias de los mercados, empresas y sectores, refiriéndose a sus actuaciones como “*actos de pronóstico*”¹⁰⁰⁵. Se trata, en definitiva, de que la administración reguladora no se puede limitar a verificar el cumplimiento de la normativa por parte de los operadores, sino que se le exige que sea capaz de anticiparse a eventuales incumplimientos y, para ello, se sirve de instrumentos de intervención *sui generis*, que no siempre pueden ser controlados de manera eficaz por los tribunales.

Todo ello hace que la cuestión del control jurisdiccional de la actuación pública constituye un factor adicional de dificultad para el debido ejercicio, por parte de los poderes públicos, de las potestades de regulación del sector bancario.

¹⁰⁰³ Vid. IZQUIERDO CARRASCO, M., “La supervisión pública de las...”, 200.

¹⁰⁰⁴ Vid. ARIÑO ORTIZ, G., «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión el Estado de derecho», *Revista de administración Pública*, nº 182, Madrid, 2010, 9-37.

¹⁰⁰⁵ Vid. SORIANO GARCÍA, J.E., «Regulación e intervención...», 45.

2. La responsabilidad del regulador

Íntimamente vinculada al régimen del control judicial de la regulación, se encuentra la cuestión de la responsabilidad del regulador. Entendemos por tal el conjunto de reglas de aplicación a las situaciones se produzcan daños derivados de las actuaciones de la administración en ejercicio de las potestades vinculadas a la regulación. Más aún, si tenemos en cuenta que, debido a que tal y como se ha señalado anteriormente, la efectividad del control jurisdiccional – en lo que tiene que ver con el cumplimiento normativo – queda notablemente mermada por factores como el peso de la discrecionalidad técnica, el abundante uso de conceptos jurídicos indeterminados o la propia naturaleza de las decisiones a controlar y de sus efectos¹⁰⁰⁶.

Resulta de relevancia determinar la naturaleza de la regulación, en concreto, si puede ser conceptualizada o no como un servicio público, pues de tal extremo depende la inclusión de las actuaciones de la administración reguladora en el régimen de la responsabilidad patrimonial de la administración establecido en el artículo 106 de la Constitución¹⁰⁰⁷ y desarrollado en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹⁰⁰⁸.

Como señala PADRÓS REIG, la regulación bancaria – tal y como la hemos definido y conceptualizado en este trabajo – difícilmente puede ser conceptualizada como servicio público, sino como “*ejercicio del poder soberano conferido al poder ejecutivo en garantía del cumplimiento del ordenamiento*”, de modo que el marco del análisis sobre la responsabilidad de la administración reguladora debe plantearse en términos de control de la discrecionalidad junto al de la legalidad, sin que pueda limitarse al ámbito estricto del segundo de ellos¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁶ Vid. ARIÑO ORTIZ, G., *ibídem*, 27.

¹⁰⁰⁷ Art. 106 CE: “*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”.

¹⁰⁰⁸ Artículo 139.1 LOSSEC: “*Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*”.

¹⁰⁰⁹ Vid. PADRÓS I REIG, C., *op. cit.*, *ibídem*, 42.

El ejercicio de la regulación, sin dejar de estar sometido al principio de legalidad, implica la adopción de decisiones en un marco de amplísima discrecionalidad técnica por parte de la administración, basadas en pronósticos sobre las tendencias del sector en algunos casos, y que se traducen no solo en actuaciones, en sentido positivo, sino también en omisiones, pudiendo irrogarse daños a los particulares tanto por unas como por otras. De este modo, el juicio sobre la responsabilidad de la administración reguladora consistirá en el análisis sobre “*cuando el principio de oportunidad ha de ceder ante la necesidad de intervención*”¹⁰¹⁰.

Precisamente en la compatibilidad – o, si se quiere, tensión - entre el margen de discrecionalidad de los reguladores y su sometimiento al principio de legalidad estriba buena parte de la eficacia de la regulación y, sin duda, la posibilidad de controlarla por parte de los jueces y tribunales. Así se recoge en los principios para una regulación bancaria eficaz publicados por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, al afirmarse la necesidad de garantizar la protección legal del supervisor¹⁰¹¹, de modo que se atribuya a la Administración suficiente margen de maniobra para el desarrollo de las actuaciones necesarias para la consecución de sus objetivos y la diversidad de manifestaciones en que se traduce el interés público al que sirve la regulación bancaria¹⁰¹², que podemos sintetizar en el objetivo general de la garantía de la estabilidad financiera. En este sentido, parte de la doctrina ha señalado que “*la supervisión no protege al ciudadano (derechos subjetivo) sino al conjunto del ordenamiento (intereses generales)*”¹⁰¹³.

¹⁰¹⁰ Vid. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., «Supervisión bancaria y responsabilidad administrativa», *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 5, Nº 20, 1985.

¹⁰¹¹ Vid. COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA, Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz, Banco de Pagos Internacionales de Basilea, Diciembre de 2011. *Principle 2 – Independence, accountability, resourcing and legal protection for supervisors: The supervisor possesses operational independence, transparent processes, sound governance, budgetary processes that do not undermine autonomy and adequate resources, and is accountable for the discharge of its duties and use of its resources. The legal framework for banking supervision includes legal protection for the supervisor.*

¹⁰¹² Vid. D’AMBROSIO, R., *The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Banca d’Italia, nº 78, 2015.

¹⁰¹³ Vid. PADRÓS I REIG, C., *op. cit.*, 115-157.

3. El control jurisdiccional de la regulación bancaria en el contexto de la Administración mixta

Como consecuencia directa de la puesta en marcha de la UB - un sistema de “Administración mixta” en la regulación bancaria a nivel europeo -, el régimen del control judicial de las decisiones que tal función pública ha debido adaptarse a la nueva distribución de competencias entre niveles administrativos. Así, la función de control jurisdiccional de la regulación corresponde tanto a los órganos judiciales europeos como nacionales, conforme a una distribución de competencias paralela a la que cada uno de los niveles asume en relación con las potestades de regulación, supervisión y resolución y que ha sido abordada en los capítulos anteriores del trabajo¹⁰¹⁴.

Fruto de la complejidad y de la novedad de esta arquitectura financiera, se plantean, no obstante, dudas sobre la competencia de los tribunales de uno u otro nivel en relación con determinadas decisiones de la Administración. Así, se ha planteado la cuestión relativa a la competencia para controlar los actos que, conforme a la normativa del MUS, corresponde que adopten las autoridades nacionales siguiendo instrucciones del BCE¹⁰¹⁵. Tales supuestos, en nuestra opinión, deben resolverse conforme al criterio de que tales actos deben ser controlados por los tribunales correspondientes al nivel de la Administración que los haya adoptado.

3.1. En el Derecho Europeo

Con carácter general, el TJUE es competente para controlar la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros y de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos, así como para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder.

¹⁰¹⁴ Vid. **FRESHFIELDS, BRUCKHAUS DERINGER**, *The SSM Framework Regulation Part 2: Administrative Procedure, legal remedies and transitional provisions*, 2014.

¹⁰¹⁵ Vid. **UGENA TORREJÓN, R.**, «El Mecanismo Único de supervisión Europeo», *Revista de Derecho de la Unión europea*, nº 27-28, 2014-2015, 139-158, 155.

La legitimación activa para interponer recurso ante el TJUE corresponde tanto a los Estados como al Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, así como por toda persona física o jurídica contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución.

Por lo que se refiere al plazo para impugnar los actos, los recursos deben interponerse en el plazo de dos meses a partir, según los casos, de la publicación del acto, de su notificación al recurrente o, a falta de ello, desde el día en que éste haya tenido conocimiento del mismo¹⁰¹⁶.

En su jurisprudencia, el TJUE ha asumido el principio de tutela judicial efectiva, primero con base en las tradiciones jurídicas de los Estados Miembros y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y, posteriormente, en el artículo 47 de la CDFE¹⁰¹⁷.

Con respecto de la responsabilidad de las Instituciones y su obligación de resarcir los daños causados a los particulares mediante el pago de la correspondiente indemnización el criterio fijado por el TJUE es restrictivo, exigiéndose una infracción flagrante de las normas y la acreditación de la efectividad del daño causado¹⁰¹⁸.

Por último, el TJUE es competente para resolver sobre las cuestiones prejudiciales que puedan plantear los órganos judiciales nacionales en relación con la normativa bancaria europea¹⁰¹⁹.

3.1.1. El Sistema Europeo de Supervisión Financiera

¹⁰¹⁶ Art. 263 TFUE

¹⁰¹⁷ Vid. WISSINK, L.; DUIJKERSLOOT, T.; WIDDERSHOVEN, R., *op. cit.*, 93.

¹⁰¹⁸ Vid. LEINO, P., *The European Central Bank and Legitimacy Is the ECB a Modification of or an Exception to the Principle of Democracy?*, Harvard Jean Monnet Working Paper 1/01, Harver Law School, Cambridge, 2000.

¹⁰¹⁹ Vid. UGENA TORREJÓN, R., *ibídem*, 155.

El Reglamento de la ABE somete las resoluciones de la Autoridad y de la Sala de Recurso al control por parte del TJUE¹⁰²⁰, quedando la ABE obligada a tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁰²¹.

Las resoluciones de la Sala de Recurso o, cuando no intervenga ésta, de la Autoridad, son recurribles, tanto por los Estados Miembros como por las Instituciones, ante el TJUE conforme a los términos del artículo 263 TFUE.¹⁰²² Asimismo, en los casos en que estando obligada a intervenir, la ABE se abstenga, cabe recurso por omisión en los términos del artículo 265 TFUE¹⁰²³.

3.1.2. *El Mecanismo Único de Supervisión*

Tanto el Derecho originario¹⁰²⁴ como el RMUS someten a la revisión e interpretación del TJUE los actos del BCE en los términos establecidos en los Tratados¹⁰²⁵.

¹⁰²⁰ Vid. **LOOSVELD, S.**, «*Appeals against Decisions of the European Supervisory Authorities*», *Journal of International Banking Law & Regulation*, Vol. 28, No. 1, 9-13.

¹⁰²¹ Art. 61 (4) del Reglamento (UE) N° 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010 por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), se modifica la Decisión n° 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión.

¹⁰²² Art. 61(1) y (2) del Reglamento (UE) N° 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010 por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), se modifica la Decisión n° 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión.

¹⁰²³ Art. 61 (3) del Reglamento (UE) N° 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010 por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), se modifica la Decisión n° 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión.

¹⁰²⁴ Art. 35.1 del Protocolo (no 4) sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo

¹⁰²⁵ Art. 24 (11) RMUS

La función supervisora, en tanto que manifestación del ejercicio de potestades públicas que limitan la libertad en el ejercicio por los particulares de los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento jurídico - tales como el derecho a la propiedad privada y la libertad de empresa o, incluso, determinados derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio o la intimidad¹⁰²⁶ - se ve sometida, constantemente, a una tensión entre la eficacia de la actuación administrativa y la garantía de los derechos de los ciudadanos.¹⁰²⁷

El BCE y autoridades supervisoras nacionales, al ejercitar sus potestades de supervisión vienen vinculados por el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la CEDF, en concreto, podemos señalar la inviolabilidad del domicilio – reconocida en el artículo 7 de la Carta en relación de las personas físicas y jurídicas -, y las garantías procedimentales vinculadas al derecho a la buena administración (interdicción de dilaciones indebidas, audiencia al interesado, posibilidad de presentar alegaciones, acceso al expediente y a ser informado del curso del procedimiento, obligación de motivar las resoluciones, etc.)¹⁰²⁸.

El RMUS regula el procedimiento de autorización judicial por parte de las autoridades nacionales cuando ésta sea requerida conforme el ordenamiento de cada país para llevar a cabo las inspecciones *in situ* o el resto de actuaciones de supervisión. En estos casos, el Reglamento limita el ámbito de decisión del órgano jurisdiccional a verificar “*la autenticidad de la decisión de la Junta*” y “*comprobar que las medidas coercitivas contempladas no son arbitrarias ni desproporcionadas en relación con el objeto de la inspección*”, sin que pueda “*examinar la necesidad de proceder a la inspección*”, “*exigir que se le facilite la información que conste en el expediente de la Junta*” ni analizar la legalidad de la decisión, que “*solo estará sujeta al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia*”.

Por lo que se refiere a la verificación de la proporcionalidad de las medidas coercitivas, el juez nacional podrá pedir a la Junta explicaciones detalladas, en

¹⁰²⁶ Vid. WITTE, A., “The application of National Banking...”, 94.

¹⁰²⁷ Vid. REBOLLO PUIG, M., *La actividad inspectora*, en VV.AA., *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2013.

¹⁰²⁸ Vid. D’AMBROSIO, R., *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, no 74, Banca d’Italia, Roma, 2013.

particular sobre los motivos que tenga la Junta para sospechar que se han infringido sus decisiones, sobre la gravedad de la presunta infracción y sobre la naturaleza de la implicación de la persona sujeta a las medidas coercitivas¹⁰²⁹.

3.1.3. El Mecanismo Único de Resolución

Por lo que se refiere a los actos de la JUR, el Reglamento MUR reconoce con carácter general, la legitimación de los Estados Miembros y las instituciones de la Unión Europea, así como cualquier persona física o jurídica podrán interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia contra las decisiones de la Junta y las del Panel de Recurso, de conformidad con el artículo 263 del TFUE¹⁰³⁰ y la posibilidad de interponer recurso por omisión en caso de que la Junta esté obligada a intervenir y se abstenga de tomar una decisión, de conformidad con el artículo 265 del TFUE¹⁰³¹, debiendo, en ambos casos tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia¹⁰³².

Por lo que se refiere al régimen de responsabilidad de la JUR, debemos diferenciar entre los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual¹⁰³³. El Reglamento del MUR dispone que se rige por el Derecho aplicable al contrato de que se trate¹⁰³⁴, reconociendo, eso sí, la competencia del TJUE para pronunciarse sobre cualquier cláusula compromisoria contenida en un contrato celebrado por la Junta¹⁰³⁵.

Por lo que respecta a la responsabilidad extracontractual, el TJUE es competente para conocer de estos litigios. Se establece como principio general la obligación de la JUR de reparar los daños causados por ella o por su personal en el ejercicio de sus funciones, en particular sus funciones de resolución, incluidos los actos y omisiones en apoyo de procedimientos de resolución en el extranjero, conforme a los principios generales comunes a las legislaciones

¹⁰²⁹ Art. 37 RMUS

¹⁰³⁰ Arts 86 (1) y (2) RMUR

¹⁰³¹ Art. 86(3) RMUR

¹⁰³² Art. 86 (4) RMUR

¹⁰³³ Artículo 87 RMUR

¹⁰³⁴ Art. 87 (1) RMUR

¹⁰³⁵ Art. 87 (2) RMUR

relativas a la responsabilidad de las autoridades públicas de los Estados Miembros¹⁰³⁶, estableciéndose un plazo de prescripción de las acciones de 5 años desde el momento de producción del hecho que las motive.¹⁰³⁷

Se establece la obligación de la JUR de compensar a toda autoridad nacional de resolución por los daños y perjuicios que le haya ordenado pagar un órgano jurisdiccional nacional, o que, en concertación con la Junta, se haya comprometido a pagar en aplicación de un acuerdo amistoso, que sean consecuencia de un acto u omisión cometido por dicha autoridad nacional de resolución en el transcurso de cualquier resolución, excepto cuando dicho acto u omisión constituya una infracción del presente Reglamento, de otra disposición del Derecho de la Unión, de una decisión de la Junta, del Consejo o de la Comisión, cometida dolosamente o por un error grave y manifiesto de apreciación¹⁰³⁸.

3.2. En el Derecho nacional

En el ordenamiento español, la CE somete a la Ley y al Derecho¹⁰³⁹. De manera específica, se somete al control por los Tribunales la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican y se reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos¹⁰⁴⁰.

El órgano jurisdiccional competente para conocer de los recursos contra los actos del Banco de España que agoten vía administrativa o contra las resoluciones del Ministro de Economía que resuelvan recursos ordinarios contra actos dictados por el Banco de España¹⁰⁴¹, así como de los recursos contencioso-

¹⁰³⁶ Art. 87(3) RMUR

¹⁰³⁷ Art. 87(5) RMUR

¹⁰³⁸ Art. 87 (4) RMUR

¹⁰³⁹ Art. 9.3 CE

¹⁰⁴⁰ Art. 106 CE

¹⁰⁴¹ Art. 2.2. LABdE: Los actos administrativos dictados por el Banco de España en el ejercicio de la función de supervisión bancaria, incluidas las sanciones, son susceptibles de recurso ordinario ante el Ministro de Economía

administrativos contra las disposiciones dictadas por el Banco de España¹⁰⁴² es la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.¹⁰⁴³ También se atribuyen a este órgano el conocimiento de los actos dictados por el FROB en virtud de las potestades administrativas atribuidas por la LRR¹⁰⁴⁴.

La LRR somete los actos y decisiones del FROB dictados en el marco de procesos de actuación temprana, reestructuración y resolución al control de la Jurisdicción conforme a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si bien con las siguientes especialidades señaladas¹⁰⁴⁵:

- Conforme al artículo 71.3, la interposición del recurso contencioso-administrativo contra los actos del FROB lleva a la suspensión de los procedimientos iniciados ante los procedimientos de impugnación de los acuerdos sociales a los que dieran cobertura los actos impugnados.

- Los actos del FROB en materia de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada pueden ser impugnados por los accionistas o socios de la entidad emisora que representen al menos el 5% del capital social y, en su caso, por la entidad íntegramente participada a través de la cual se haya instrumentado la emisión. Adicionalmente, podrán impugnar los titulares de los valores incluidos en el ámbito de aplicación de la acción de gestión de los instrumentos de que se trate y el comisario o representante del sindicato o asamblea que agrupe a los titulares de los valores de una emisión determinada, teniendo en estos casos la resolución final efectos con respecto de las emisiones en las que los recurrentes hubieran invertido.

Asimismo, en caso de impugnación de los actos de aprobación por el BdE de los planes de actuación temprana, de reestructuración y de resolución el FROB podrá ser codemandado conjuntamente con el BdE, si bien la actuación procesal y la eventual responsabilidad de cada uno quedarán circunscritas al ámbito competencial de cada organismo.

En principio, no se establece un régimen específico para la imposición de medidas cautelares con respecto de las normas generales de la Ley de la Jurisdicción por lo que no debe excluirse la posibilidad de su adopción, si bien, una

¹⁰⁴² Art. 3.2. Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España.

¹⁰⁴³ Art. 2.3. LABdE y Disposición adicional Cuarta LJCA

¹⁰⁴⁴ Art. 72 LRR

¹⁰⁴⁵ Vid. PALOMAR OLMEDA, A. y COLOMER HERNÁNDEZ, I., «Aspectos administrativos y...».

lectura sistemática de las disposiciones de la LRR obliga a que el juez tome en consideración el eventual interés particular del solicitante de las mismas con el de los demás intereses particulares en juego y el interés público vinculados a la estabilidad del sistema financiero y la confianza del público en su funcionamiento.

El auto por el que, en su caso, se acuerde la adopción de medidas cautelares deberá publicarse en el «Boletín Oficial del Estado» y la entidad de crédito, el BdE y el FROB darán la misma publicidad a dicho auto que a la acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada¹⁰⁴⁶.

Los efectos de fallo de los recursos contencioso-administrativos interpuesto por titulares de valores incluidos en el ámbito de aplicación de la acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada o por el comisario o representante del sindicato o asamblea que los agrupe sea estimado afecta únicamente a la emisión o emisiones en las que hubieran invertido¹⁰⁴⁷.

Tanto la entidad de crédito como el FROB vienen obligados a dar la misma publicidad a la sentencia que a la acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada¹⁰⁴⁸.

Más allá de las cuestiones meramente procedimentales, el punto de mayor interés en relación con el control jurisdiccional de los actos administrativos del FROB es la delimitación entre la competencia del orden contencioso-administrativo y de los juzgados y tribunales del orden Civil, dado que sus actuaciones tienen, habitualmente, carácter materialmente mixto.

En este sentido, la LRR somete al control de los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo la aprobación por el Banco de España de los planes de actuación temprana, de reestructuración y de resolución, podrán ser demandados conjuntamente el Banco de España y el FROB, si bien la actuación procesal y eventual responsabilidad de cada uno de ellos quedará circunscrita al ámbito de competencias que les son propias¹⁰⁴⁹.

Por otro lado, son impugnables ante los juzgados de lo Mercantil las decisiones y acuerdos que adopte el FROB en el ejercicio de sus facultades mercantiles,

¹⁰⁴⁶ Art. 73.2 LRR

¹⁰⁴⁷ Art. 73.3 LRR

¹⁰⁴⁸ Art. 73.4 LRR

¹⁰⁴⁹ Art. 72.1 LRR

de acuerdo con las normas y procedimientos de impugnación de acuerdos sociales de las sociedades de capital, en el plazo de quince días desde el momento en el que el FROB proceda a darlos publicidad, y se reconoce legitimación activa para tal impugnación a los accionistas, socios, obligacionistas, cuota partícipes, acreedores o cualesquiera otros terceros que consideren que sus derechos e intereses legítimos se han visto lesionados por las decisiones adoptadas por el FROB en su condición de administrador, si bien se excluye la acción social de responsabilidad respecto de las actuaciones realizadas por el FROB en el marco del proceso de reestructuración o resolución de la entidad¹⁰⁵⁰.

El legislador se ha decantado por priorizar el control de los órganos de lo contencioso-administrativo, al atribuir carácter preferente al control por parte del orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos del FROB con respecto del orden común, pues el juez de lo mercantil deberá suspender los procedimientos iniciados que tengan por objeto decisiones o acuerdos adoptados por el FROB al amparo de sus facultades de carácter mercantil, cuando el acto administrativo que los diera cobertura fuera impugnado ante los órganos del orden contencioso-administrativo¹⁰⁵¹.

Además, la LRR prevé una relevante especialidad relativa a la ejecución de las eventuales sentencias que los declaren contrarios a Derecho¹⁰⁵² al disponer la posibilidad de que el Juez o Tribunal de lo contencioso-administrativo determine, previa alegación del BdE o del FROB, la imposibilidad material de ejecutar una sentencia que declare contraria a derecho alguna de las decisiones o actos del FROB, fijando, en su caso, la indemnización que deba satisfacerse. Para adoptar tal decisión, el Juez o Tribunal deberá tener en cuenta los siguientes aspectos: *a) El volumen especialmente significativo o la complejidad de las operaciones afectadas o que pudieran verse afectadas; b) La existencia de perjuicios que, de ejecutarse la sentencia en sus estrictos términos, se derivarían para la entidad y para la estabilidad del sistema financiero; c) La existencia de derechos o intereses legítimos de otros accionistas, socios, obligacionistas, cotapartícipes, acreedores o cualesquiera otros terceros, amparados por el ordenamiento jurídico*¹⁰⁵³.

¹⁰⁵⁰ Art. 71 LRR

¹⁰⁵¹ Art. 71.3 LRR

¹⁰⁵² Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.* 39.

¹⁰⁵³ Art. 74 LRR

Conclusiones

- 1** La regulación bancaria es la actividad de los poderes públicos que tiene por finalidad garantizar que el sector cumple su función con respecto del sistema económico (la provisión de recursos financieros de acuerdo con las necesidades de los operadores económicos en condiciones de eficiencia y estabilidad). Las especiales características de la actividad bancaria, la intensidad con que se manifiestan determinados fallos del mercado en el sector y el carácter estratégico de los servicios que presta a la sociedad justifican la especial intensidad de la intervención pública en la actividad de los intermediarios bancarios. No obstante, debido a que la regulación implica la imposición de relevantes limitaciones al ejercicio de la libertad de empresa por parte de los particulares, su existencia solo se justifica en la medida en que responda, en términos de proporcionalidad y adecuación de medios, a la protección del interés público.
- 2** La evolución de las actividades bancarias y del papel de los poderes públicos en relación con las mismas han estado, históricamente, fuertemente influenciados por los ciclos económicos. Las crisis han servido como factores de impulso de las reformas regulatorias, circunstancia que ha determinado el carácter pragmático y atórico característico de la normativa de regulación bancaria, así como los cambios en el enfoque de la regulación (tradicionalmente, de periodos dominados por un intenso intervencionismo estatal en el sector se ha pasado a otros de corte más liberal, y viceversa). La reciente reforma bancaria no ha sido una excepción, al haberse precipitado como consecuencia de la reciente crisis económica y financiera. La nueva regulación viene inspirada por un interés en reforzar un marco regulatorio previo que ha sido señalado como insuficiente para responder a las necesidades derivadas de la actividad bancaria.
- 3** La regulación bancaria se traduce en un conjunto de potestades de intervención pública en el sector (normativas, autorizatorias, de supervisión, de intervención de entidades, de resolución y sancionadoras) de naturaleza esencialmente jurídico-administrativa (su ejercicio se traduce en la adopción de acto administrativos), sin perjuicio de que la naturaleza de

la función de regulación económica implica, en ocasiones, la mutación de dichos instrumentos jurídicos en medidas de carácter híbrido público-privado. En el contexto de la actual reforma regulatoria se ha producido una actualización de las reglas que rigen estos procedimientos a fin de mejorar su eficacia (destacadamente, a fin de mejorar la seguridad jurídica, la capacidad de anticipación de eventuales episodios de crisis por parte de los organismos reguladores y de reacción ante los mismos), resultando destacable el protagonismo de la resolución de entidades como la rama de la regulación que más se ha desarrollado durante los últimos años.

- 4** La configuración del sector bancario como sistema (la interconexión entre operadores), unido a las específicas características de la actividad desarrollada (capacidad de los intermediarios bancarios de crear dinero, relevancia de la información en la cadena de valor de las entidades, importancia de las cuestiones reputacionales y de la confianza recíproca entre sujetos participantes en los negocios financieros, etc.) determina la necesidad de que la regulación disponga de redes de seguridad que garanticen la continuidad de la actividad del sector aún en casos de crisis, minimizando los riesgos sistémicos y, en última instancia, los pánicos bancarios. Los más destacados de estos instrumentos son los sistemas de garantías de depósitos y la función de préstamo de última instancia, cuyos regímenes – tanto a nivel organizativo como de Derecho sustantivo – han experimentado notables modificaciones a raíz de la actual reforma bancaria.
- 5** Por lo que respecta a la arquitectura financiera, se ha producido una relevante redistribución competencial entre niveles administrativos incrementándose el peso – tanto a nivel de *soft law*, como de competencias directas de supervisión, en cierto casos, -de las instancias supracionales (FMI, BPI, FSP, G20) en materia de regulación bancaria, rompiéndose con una etapa en la que la regulación normalmente era de base estatal. Esta nueva estructura responde a la creciente integración a nivel global de las actividades financieras.
- 6** En el contexto de la UE, la instauración y puesta en marcha de la Unión bancaria ha supuesto la transferencia del grueso de los poderes regulatorios de los Estados participantes en la UEM al nivel europeo. No obstante, la organización de la regulación bancaria a nivel europeo (basada en la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento) es compleja, manteniéndose la dualidad de regímenes entre los Estados Miembros de la UEM, plenamente integrados tanto en el MUS como en

el MUR, y el resto de Estados Miembros de la UE, con los que comparten, eso sí, el Código Bancario Único y el SESF. No obstante, el proyecto de la Unión bancaria no se ha completado, quedando pendientes cuestiones clave como la plena entrada en funcionamiento del MUR, su desarrollo e integración más estrecha entre los sistemas de resolución nacionales o la instauración de un sistema de garantía de depósitos a nivel europeo.

- 7** El MUS ha asumido el grueso de las competencias de supervisión bancaria (con excepción de algunos ámbitos materiales concretos, como por ejemplo, las normas sobre transparencia y protección de la clientela). Tanto el BCE como las autoridades nacionales competentes en la materia (en nuestro país, el Banco de España) asumen de manera conjunta la responsabilidad de supervisión de las entidades bancarias de la UEM, si bien bajo la coordinación y preminencia del primero. Se trata de una manifestación de la Administración mixta, para cuyo funcionamiento se requiere la actuación conjunta, coordinada e inseparable de ambos niveles administrativos.
- 8** En materia de resolución bancaria no se ha homogeneizado totalmente el régimen a nivel de la UEM, sino que se ha creado un sistema complejo en el que el nivel europeo y el nivel estatal comparten competencias y responsabilidades relativas a la gestión de las crisis de las entidades. El MUR tiene una estructura organizativa y de adopción de decisiones en el que participan, además de la JUR y las autoridades nacionales (en nuestro país, el Banco de España y el FROB), el Consejo y la Comisión, que es reflejo y viene determinado por la sensibilidad de los intereses en juego en estas cuestiones.
- 9** El carácter jurídico de la regulación bancaria – más allá de su estrecha vinculación con otras disciplinas – determina la sujeción de la totalidad de las actuaciones públicas en que se traduce su ejercicio al control democrático (obligaciones de rendición de cuentas ante los Parlamentos) y jurídico (tanto interno como externo). Desde el punto de vista de la efectividad de los controles jurídicos, las especificidades de la actividad bancaria dificultan que se puedan llevar a cabo con facilidad. La nueva planta de la arquitectura financiera ha determinado, por otro lado, la necesidad de reordenar las competencias de los distintos tribunales a la distribución de competencias entre niveles administrativos, siendo atribuida tal función al TJUE y a los tribunales nacionales en función de la autoridad que adopte la resolución.

Conclusions

- 1** La régulation bancaire est l'activité des pouvoirs publics qui vise à assurer que le secteur remplit sa fonction par rapport au système économique (la prévision des ressources financières selon les besoins des opérateurs économiques en termes d'efficacité et de stabilité). Les caractéristiques particulières de la banque, l'intensité avec laquelle certaines défaillances du marché se manifestent dans le secteur et la nature stratégique des services fournis à la société justifient l'intensité particulière de l'intervention publique dans l'activité des intermédiaires bancaires. Cependant la régulation implique l'imposition de restrictions importantes sur l'exercice de la libre entreprise par des individus, leur existence ne se justifie que dans la mesure où il répond en termes de proportionnalité et de l'adéquation des ressources à la protection de l'intérêt public.

- 2** L'évolution du secteur bancaire et le rôle des autorités publiques sur celle-ci ont été historiquement fortement influencés par les cycles économiques, de sorte que les crises ont servi d'éléments moteur de la réforme régulatrice, un fait qui a déterminé la nature pragmatique et athéorique caractéristique de la régulation bancaire et les changements de paradigmes inspirants son contenu (traditionnellement, de périodes dominées par une forte intervention de l'Etat dans le secteur est passé à une autre plus libérale, et vice-versa). La récente réforme bancaire n'a pas été une exception, ayant été forcée en raison de la grave crise économique et financière. La nouvelle régulation arriva inspiré par un intérêt dans le renforcement d'un cadre réglementaire précédent qui a été identifié comme étant insuffisant pour répondre dans l'actualité aux besoins découlant de l'activité bancaire.

- 3** La régulation bancaire se traduit dans son ensemble par des pouvoirs d'intervention publique dans le secteur (réglementaires, autorisatrices, de surveillance, d'intervention d'entités, de résolution et sanctions) essentiellement de nature juridique et administrative (leurs résultats se traduisent dans l'adoption d'actes administratifs), sans préjudice de la nature du rôle de la réglementation économique implique parfois la mutation de ces instruments juridiques dans les mesures de caractère hybride public-

privé. Dans le contexte de la réforme en cours il s'est produit une mise à jour des règles régissant ces procédures afin d'améliorer son efficacité (notamment en vue d'améliorer la sécurité juridique, la capacité d'anticiper les épisodes de crise par les organismes de réglementation et d'y réagir), soulignant le protagonisme de la résolution des entités comme la branche de la réglementation qui a fortement évolué au cours des dernières années.

- 4** La configuration du secteur bancaire en tant que système (l'interconnexion entre les opérateurs), unit aux caractéristiques particulières de l'activité développée (capacité des intermédiaires bancaires à créer de l'argent, la pertinence de l'information dans la chaîne de valeur des entités , l'importance de la réputation et de la confiance mutuelle entre les individus impliqués dans les affaires financières , etc.) détermine la nécessité de réglementation disposant de *réseaux de sécurité* pour assurer la continuité de l'activité du secteur, même en cas de crise, minimisant les risques systémiques et en fin de compte, la panique bancaire. Les régimes plus importants de ces instruments sont les régimes de garantie des dépôts et la fonction de prêt de dernier ressort dont les régimes - à la fois au niveau de l'organisation du droit matériel - ont connu des changements notables à la suite de l'actuelle réforme bancaire.
- 5** En ce qui concerne l'architecture financière, il y a eu une importante redistribution compétentielle des pouvoirs entre les niveaux administratifs augmentant le poids de ceux-ci – tantôt au niveau *soft law* comme des pouvoirs directs de supervision, dans certains cas, des instances supranationales (e.g. FMI, BPI, FSP, G20) dans la régulation bancaire , franchissant une étape où la réglementation normalement a été de base nationale. Cette nouvelle structure répond à l'intégration mondiale croissante des activités financières.
- 6** Dans le contexte de l'UE, la création et la mise en œuvre de l'union bancaire a entraîné le transfert de la majeure partie des pouvoirs de réglementation des Etats participants à l'UEM au niveau européen . Cependant, l'organisation de la régulation bancaire au niveau européen (basé sur la libre circulation des capitaux et la liberté d'établissement) est complexe , le maintien de la dualité de régimes entre les États Membres et l'UEM entièrement intégrés tantôt au MUS comme au MUR, et le reste des États Membres de l'UEM , avec lesquels ils partagent le Code Bancaire Unique et le SESF . Cependant, le projet de l'union bancaire proposé n'a pas été achevée, des questions clés comme la pleine exploitation du MUR , le développement et l'intégration plus étroite des

systemes nationaux de résolution ou de l'introduction d'un système d'assurance-dépôts niveau européen n'ont pas été abordée.

- 7** Le MUS a assumé l'essentiel des compétences de supervision bancaire (avec l'exception de certains matériaux concrets, tels que les normes sur la transparence et la protection des clients). Tantôt le BCE comme les autorités nationales compétentes sur le sujet (dans notre pays, la Banque d'Espagne) assument ensemble la responsabilité de superviser les banques de l'UEM, biensûr sous la coordination et prééminence de la première . Il s'agit d'une manifestation de l'Administration mixte, dont le fonctionnement à besoin d'une action conjointe, coordonnée et inséparable des deux niveaux administratifs.
- 8** En matière de résolution bancaire il n'a pas été totalement homogénéisé le régime au niveau de l'UEM, mais il a été créé un système complexe dans lequel le niveau européen et les pouvoirs de l'Etat partagent les responsabilités et compétences relatives à la gestion de la crise des entités. Le MUR a une structure d'organisation et de prise d'adoption dans lesquels participent également le JUR et les autorités nationales (dans notre pays , la Banque d'Espagne et le FROB) , le Conseil et la Commission, qui reflète la structure et est déterminé par la sensibilité des intérêts en jeu.
- 9** La nature juridique de la régulation bancaire - au-delà de ses liens étroits avec d'autres disciplines - détermine la fixation de toutes les actions publiques qui se traduisent par exercer un contrôle démocratique (obligations de reddition de comptes aux parlements) et juridique (à la fois interne et externe). Du point de vue de l'efficacité des contrôles juridiques, les spécificités de la banque difficultent une exécution facile. La nouvelle architecture financière a déterminée, d'autre part, la nécessité de réorganiser les compétences des différents tribunaux dans la répartition des compétences entre les niveaux administratifs, étant attribuée telle fonction au TJUE et aux juridictions nationales sur le fondement de l'autorité qu'adopte la résolution.

Bibliografía

- ABASCAL, M.; FERNÁNDEZ DE LIS, S., y PARDO, J.C.,** *El Mecanismo Único de Resolución en el contexto de la Unión bancaria*, en Fernández Méndez de Andrés, F., *Anuario del Euro 2014*, Fundación de Estudios Financieros Madrid, 2014.
- ALBERTI ROVIRA, E.,** «*La Constitución económica de 1978: reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV aniversario de la Constitución española*», *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 71, 2004 (Ejemplar dedicado a: XXV aniversario de la Constitución (III)).
- ALBUERNE, C.,** «*La reestructuración de entidades de crédito*», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº extra 1, Madrid, 2012.
- ALEPUZ SÁNCHEZ, J.A.,** *La suficiencia del modelo regulatorio bancario para el tratamiento de las crisis bancarias*, en VV.AA., *XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía del Estado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2010.
- ALEPUZ SÁNCHEZ, J.A.,** «*Banca Central y Regulación Bancaria: ¿Dónde estamos?*», *Boletín del Centro de Estudios Monetarios Latino Americano*, México D.F., 2007.
- ALLEN, F.; CARLETTI, E.,** *The Global Financial Crisis*, Documentos de Trabajo (Banco Central de Chile), nº 575, Santiago, 2010.
- ALONSO LEDESMA, C.** *Un primer paso hacia la Unión Bancaria. El Mecanismo Único de Supervisión*, en VV.AA., *Estudios de Derecho Mercantil, liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia, 2013.
- ALONSO LEDESMA, C.,** *La resolución de entidades de crédito*, en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I. (coords.), *La reforma bancaria en la UE y España. El modelo de regulación surgido de la crisis*, Ed. Civitas, Zizur Menor, 2014.
- ANGULO RODRÍGUEZ, E.,** *La Adhesión española a la CEE y la ordenación bancaria*, en Martín-Retortillo, S. (dir.), *Estudios de Derecho Público Bancario*, CEURA, Madrid, 1987.
- ARIÑO ORTIZ, G.,** «*El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión el Estado de derecho*», *Revista de administración Pública*, nº 182, Madrid, 2010.
- ARIÑO ORTIZ, G.,** *Economía y Derecho*, en Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios de derecho público económico: (modelo de estado, gestión pública, regulación económica)*, Comares, Madrid, 1999.
- ARIÑO ORTIZ, G.,** *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

- ARIÑO ORTIZ, G.**, *Fallos y logros de los sistemas regulatorios, Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, en VV.AA., *Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, Marcial Pons, 2006.
- ARIÑO ORTIZ, G., LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. Y DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.**, *Principios de derecho público Económico: (modelo de estado, gestión pública, regulación económica)*, Comares, Madrid, 1999.
- ARIÑO, G. y DE LA CUÉTARA J. M.**, «*Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos*», *Cuadernos de Derecho Público*, nº 9, Madrid, 2000.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X.**, «*Las competencias autonómicas de supervisión de las entidades de crédito*», *Revista de Administración Pública*, nº 178, Madrid, 2009.
- ASMUSSEN, J.**, «*Hacia una unión bancaria*». *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, nº 874 (Ejemplar dedicado a: "Crisis y reforma regulatoria del sistema financiero en la U.E."), 2013.
- ATHANASSIOU, P.**, «*Competition Law and the European Financial Services Sector: An overview of Recent Developments*», *International In-house Counsel Journal*, vol. 1, No 3, Primavera 2008.
- ATHANASSIOU, P.**, *Financial Sector Supervisors' Accountability. A European Perspective*, BCE, Legal Working Paper Series, 12, 2011.
- ATTINGER, B.J.**, *Crisis Management and Bank Resolution, Quo Vadis, Europe?*, Legal Working Paper Series, BCE, nº 13, 2011.
- ÁVILA ORIVE, J.L.**, «*Reestructuración y resolución de entidades de crédito ex Ley 9/2012 y expropiación forzosa*», *RCP*, nº 19, 2013.
- AYADI, R. y LASTRA, R.**, «*Proposals for reforming deposit guarantee schemes in Europe*», *Journal of Banking Regulation*, vol. 11, 3, 210-222.
- BAGEHOT, W.**, *Lombard Street: A Description of the Money Market*, 1873, Londres.
- BALDWIN, R., CAVE, M., LODGE, M.**, *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*, Oxford University Press, 2012.
- BANCO CENTRAL EUROPEO**, «*El Mecanismo Europeo de Estabilidad*», *Boletín Mensual*, Banco Central Europeo, Julio 2011.
- BANCO CENTRAL EUROPEO**, «*The concept of systemic risk*», *Financial Stability Review*, 2009.
- TRICHET, J.C.**, «*Systemic risk*», Lecture organised by Clare College, University of Cambridge, Cambridge, 2009.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL**, «*Detecting systemic risk*», *Global Financial Stability Report*, FMI, 2009.
- BANCO CENTRAL EUROPEO**, *Guía de supervisión bancaria*, Noviembre de 2014.
- BANCO CENTRAL EUROPEO**, *The role of Central Banks in Prudential Supervisión*, 2001.

- BANCO DE ESPAÑA**, *Informe de la Comisión Interna – Análisis de los procedimientos supervisores del Banco de España y recomendaciones de reforma*, 16 de octubre de 2012.
- BANCO DE ESPAÑA**, *Memoria del Servicio de Reclamaciones*, 2012.
- BANCO DE ESPAÑA**, *Modelo de Supervisión del Banco de España*, 30 de junio de 2011.
- BANCO DE INGLATERRA**, *The role of Macroprudential Policy* (Discussion paper), Londres, 2009.
- BANCO DE PAGOS DE BASILEA**, *Informe sobre Basilea III: Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios*, Basilea, diciembre de 2010.
- BANCO MUNDIAL**, *El Estado en un mundo en transformación, Informe sobre el Desarrollo Mundial, 1997*, Banco Mundial, Washington D.C., 1997.
- BARBU, T.C., BOITAN, I.A.**, «*Implications of the single supervisory mechanism on ECB's functions and on credit institutions' activity*», *Theoretical and Applied Economics*, nº 3 vol. XX, 2013.
- BARRIOS PÉREZ, V.**, «*¿Son los bancos empresas especiales a efectos de su regulación?*», *Boletín Económico del ICE*, nº 2801, 2004.
- BARRIOS PÉREZ, V.**, «*Supervisión bancaria: supervisión pública versus disciplina de mercado*», *Boletín Económico del ICE*, núm. 2789, diciembre de 2003.
- BATILOSSI S.**, *La arquitectura financiera internacional en la época contemporánea*, en Gutiérrez Sebares, J.A.; Martínez García, F.J. (ed.), *El sistema financiero español en la España contemporánea*, Universidad de Cantabria, Santander, 2014.
- BERGES, Á., E. ONTIVEROS, Y VALERO, F.J.**, *La internacionalización del sistema financiero español*, en Malo de Molina J.L. y Martín-Aceña P. (dir.), *Un siglo de historia del sistema financiero español*, Alianza editorial, Madrid, 2011.
- BERGES, A.; ONTIVEROS, E.; VALERO, F.J.**, *La Unión Bancaria: avances e incertidumbres para el año 2014*, Documento de Trabajo OPEX nº 75/2014, Fundación Alternativas, Madrid, 2014.
- BERGES, A.; ONTIVEROS, E.; Y VALERO, F.J.**, *La Unión bancaria desde una perspectiva española*, Documento de Trabajo OPEX nº 71/2012, Fundación Alternativas, Madrid, 2012.
- BERMEJO VERA, J.**, *Inspección y régimen sancionador del Sistema financiero en España*, en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I. (coords.), *La reforma bancaria en la UE y en España. El Modelo de Regulación surgido de la crisis*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A.**, *Crisis financiera: ¿más regulación o mejor regulación?*, en VV.AA., *XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía del Estado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2010.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A.**, *Las Administraciones independientes*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

- BETANCOR, A.**, *Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Ed. Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2010.
- BEWICK, S., HEIS, R.**, «*Bail-in: The New Tool in the Resolution Box?*», *International Corporate Rescue*, vol. 11, 2014.
- BLACK, J.**, *Restructuring Global and EU Financial Regulation*, en Wymeersch, E.; Hopt, K.; y Ferrarini, G. (edit.), *Financial Regulation and Supervision, a post-crisis analysis*, Oxford University Press, 2014.
- BLINDER, A.**, «*It's Broke, Let's Fix It: Rethinking Financial Regulation*», *International Journal of Central Banking*, nº 34, vol. 6, 2010.
- BORDO, M.**, «*The Lender of Last Resort: Alternative Views and Historical Experience*», *Economic Review*, Federal Reserve Bank of Richmond, 1990.
- BORIO, C.**, «*L'approche macroprudentielle appliquée à la régulation et à la surveillance financières*», *Revue de stabilité financière*, nº 13, 2009.
- BORIO, C.**, «*La mise en oeuvre d'un cadre macroprudencial: un juste équilibre entre audace et réalisme*», *Revue d'Economie Financière*, nº 101, 2011.
- BRESCIA MORRA, C.**, *Le linee evolutive della disciplina dei controlli pubblici sulla finanza dopo la crisi recente*, en Capriglione, F. (dir.), *L'ordinamento finanziario italiano*, 2ª edición, Ed. CEDAM, Milán, 2010.
- BUCHANAN, J.**, y **G. TULLOCK.**, *El cálculo del consenso: fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, Planeta-DeAgostini, Barcelona, 1997.
- BUENO ARMIJO, A.M.**, «*El (imperfecto) sistema de garantías del derecho administrativo sancionador de la Unión Europea. A propósito de la potestad sancionadora del Banco Central Europeo*», *Revista de derecho de la Unión Europea*, nº. 23, 2012 (Ejemplar dedicado a: Reformas de los tratados de la Unión Europea y mutaciones de la unión).
- BUSCH, A.**, *Banking Regulation and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- CABALLERO MIGUEZ, G.**, «*De la jerarquía al mercado: la reforma financiera española desde la nueva economía institucional*», *Papeles de economía española*, nº 101, 2004.
- CALVO VÉRGEZ, J.**, «*La creación del fondo europeo de estabilidad financiera y del mecanismo europeo de estabilidad ante la actual situación de crisis económica y de deuda pública padecida en la zona euro*», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 12/2012, Aranzadi, 2012.
- CALVO VÉRGEZ, J.**, «*La última gran etapa en la reforma de nuestro sistema financiero: sociedad gestora de activos ("banco malo") versus "banco puente"*», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 7 (noviembre 2012), 2012.
- CALVO, A., PAREJO, J., RODRÍGUEZ, L., Y CUERVO, A.**, *Manual del sistema financiero español*, Barcelona, 2010, Ariel.

- CAPOLINO, O.**, *Il Testo unico bancario e il diritto dell'Unione Europea*, en *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Banca d'Italia, nº 75, 2014.
- CAPRIGLIONE, F.**, *Fonti Normative*, en Capriglione, F. (dir.), *L'ordinamento finanziario italiano*, 2ª edición, Ed. CEDAM, Milán, 2010.
- CARRASCO MORALES, A.**, «Notas sobre los intentos armonizadores del seguro de depósitos bancarios en la Comunidad Europea», *Información Comercial Española*, nº 703, 1992.
- CARRASCOSA MORALES, A. y DELGADO ALFARO, M.**, *Crisis bancarias: de la resolución a la resolubilidad*, en VV.AA., *Conectando con el cambio de modelo de negocio*, Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (Unacc), Madrid, 2014.
- CARRILLO DONAIRE, J.A.**, «Nuevo paradigma jurídico de la intervención pública sobre la banca», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 137, Enero-Marzo 2015.
- CARRILLO DONAIRE, J.A.**, «Una última amenaza para el Estado de Derecho: la normalización del Derecho de excepción en la intervención de entidades de crédito en crisis», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 32, noviembre de 2012.
- CARRILLO DONAIRE, J.A.**, *Intervención de entidades de crédito en crisis*, en Muñoz Machado, S. (dir.), *Sistema Bancario*, Iustel, Madrid, 2013.
- CARUANA LACORTE, J. y COARDEWENER, K.**, «La historia del Comité de Basilea en materia de regulación de la solvencia: retos pasados, presentes y futuros», *Perspectivas del sistema financiero*, Nº 102, 2011.
- CARUANA LACORTE, J.**, «Efectos y retos de la reforma regulatoria del sistema financiero», *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, Nº 874, 2013 (Ejemplar dedicado a: "Crisis y reforma regulatoria del sistema financiero en la U.E.").
- CARUANA LACORTE, J.**, «Regulación e innovación en la reciente crisis financiera», *Estabilidad financiera*, nº. 14, 2008.
- CASSESE, S.**, *La nuova architettura finanziaria europea*, en VV.AA., *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, nº 75, Banca d'Italia, septiembre de 2013.
- CATILLON, V.**, *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, Ed. LGDJ, Paris, 2011.
- ČIHÁK, M., y PODPIERA, R.**, *Is One Watchdog Better Than Three? International Experience with Integrated Financial Sector Supervision*, IMF Working Papers, Fondo Monetario Internacional, Washington D.C., 2006.
- CIRAULO, F.**, «Il processo di integrazione del mercato unico dei servizi finanziari», *Il diritto dell'economia*, nº 2, 2011.
- CLEMENT, P.**, *The term "macroprudential": origins and evolution. Macroprudential instruments and frameworks: a stocktaking of issues and experiences*, Committee for Global Financial System Bank for International Settlements, Basilea, 2010.

- CNMC**, *Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España – 2015*, 2015.
- COASE, R.**, «*The nature of the firm*», *Readings in price theory*, The American Economic Association, Londres, 1953.
- COELLO DE PORTUGAL, J.M.**, *Ordenación bancaria y soberanía*, en Rebollo Puis, M. (coord.), *La regulación económica: en especial, la regulación bancaria: actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2012.
- COLINO MEDIAVILLA, J.L.**; y **FREIRE COSTAS, R.M.**, «*La actuación temprana (primeras reflexiones sobre el anteproyecto de Ley, de 28 de noviembre de 2014, de Reestructuración y Resolución de entidades de Crédito y Empresas de Servicios de Inversión)*», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 137, Enero-Marzo 2015.
- COMISIÓN EUROPEA (GRUPO DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE LA REFORMA DEL SECTOR BANCARIO DE LA UE)**, presidido por Erkki Liikanen, Informe final, Bruselas, 2 de octubre de 2012
- COMISIÓN EUROPEA** (Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre la reforma del sector bancario de la UE), presidido por Erkki Liikanen, Informe final, Bruselas, 2 de octubre de 2012
- COMISIÓN EUROPEA**, “Hoja de ruta hacia una UB”, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, 12 de septiembre de 2012.
- COMISIÓN EUROPEA**, Comité de Sabios sobre Regulación de los Mercados de Valores, Informe final, Febrero de 2001.
- COMISIÓN EUROPEA**, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa Bruselas, 20.12.2011”. COM(2011) 900 final, que se refiere de manera exclusiva a los servicios de pago como servicios económicos de interés general.
- COMISIÓN EUROPEA**, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa Bruselas, 20.12.2011” COM(2011) 900 final, que se refiere de manera exclusiva a los servicios de pago como servicios económicos de interés general.
- COMISIÓN EUROPEA**, Comunicación de la Comisión de 1 de agosto de 2013,
- COMISIÓN EUROPEA**, Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de agosto de 2013, de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera (“Comunicación bancaria”).
- COMISIÓN EUROPEA**, Comunicación de la Comisión, de 11 de mayo de 1999, sobre la “Aplicación del marco de acción para los servicios financieros: Plan de acción”.
- COMISIÓN EUROPEA**, *Libro verde el sistema bancario en la sombra*, 19 de marzo de 2012.
- COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA**, *La mejora del gobierno corporativo en organizaciones bancarias*, Basilea, 2006

- COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA**, Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz, Banco de Pagos Internacionales de Basilea, Diciembre de 2011.
- COMITE ECONOMICO Y SOCIAL DE LA UE**, *L'éducation financière pour tous. Les stratégies et les bonnes pratiques en matière d'éducation financière au sein de l'Union européenne*, 2013.
- CONLLEDO LANTERO, F.**, «El marco comunitario para la recuperación y resolución de entidades de crédito», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27 y 28, 2014.
- COSCULLUELA MONTANER, L. y LÓPEZ BENITEZ, M.**, *Derecho Público Económico*, 3ª ed., Iustel, Madrid, 2009.
- D'AMBROSIO, R.**, *The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Banca d'Italia, nº 78, 2015.
- D'AMBROSIO, R.**, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, no 74, Banca d'Italia, Roma, 2013.
- DARNACULLETA I GARDELLA, Mª M. y SALVADOR ARMENDÁRIZ, Mª A.**, «Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera», *Revista de administración pública*, nº 183, 2010.
- DAS, U.S., QUINTYN, M., TAYLOR, M.W.**, «Los reguladores financieros necesitan independencia», *Finanzas & Desarrollo*, Diciembre de 2002.
- DAVIES, H.**, *The Financial Crisis- Who is to blame?*, Polity Press, 2010.
- DAVIS, H. Y GREEN, D.**, *Global Financial Regulation: The Essential Guide*, Polity Press, 2008.
- DE ÁGUILA QUESADA, J.; CORTÉS GARCÍA, F.J.; FERNÁNDEZ RUIZ, I.; GARCÍA MORENO, F.J.**, *El Riesgo en la Industria Bancaria. Una aproximación a Basilea II*, Fundación Cajamar, Almería, 2002.
- DE CODES ELORRIAGA, E.**, «Las nuevas medidas de Basilea III en materia de capital», *Estabilidad Financiera*, 19, 2010.
- DE LA DEHESA, G.**, *Cambios institucionales necesarios en el área Euro*, en Fernández Méndez de Andrés, F. (dir.), *La Crisis en Europa: ¿Un problema de deuda soberana o una crisis del Euro?*, Papeles de la Fundación, nº 44, Fundación de Estudios Financieros, 2012.
- DEL CAÑO PALOP, J.R.**, «Organismo de regulación y supervisión financiera: el Banco de España», *Cuadernos de derecho para ingenieros*, vol. 1, 2009.
- DEPARTAMENTO DEL TESORO DE ESTADOS UNIDOS**, *Blueprint for a Modernized Financial Regulatory Structure*, Washington D.C., Marzo 2008.
- DERMINE, J.**, «European Banking: Past, present and future», *conference paper* presentado en Second ECB Central Banking Conference «The transformation of the European financial System», Frankfurt am Main, 24 y 25 de octubre de 2002.
- DEUTSCHE BUNDESBANK**, *Monthly Report*, Frankfurt, Junio de 2014.

- DI NOIA, C. y FURLÒ, M.C.**, *The New Structure of Financial Supervision in Europe, What's next?*, en Wymeersch, E.; Hopt, K.; y Ferrarini, G. (edit.), *Financial regulation and supervision, a post-crisis analysis*, Oxford University Press, 2012.
- DIAMOND, D.**, «*Financial Intermediation and Delegated Monitoring*», *Review of Economic Studies*, 1984.
- DOMÉNECH PASCUAL, G.**, *Responsabilidad patrimonial de la Administración por el ejercicio ilegal de potestades de intervención en la economía*, en Rebollo Puig, M. (coord.), *La regulación económica: en especial, la regulación bancaria : actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, 2012.
- DONATO, L.**, *Gli strumenti della nuova vigilanza bancaria europea. Dalla legge bancaria al Single Supervisory Mechanism*, en VV.AA., *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Banca d'Italia, núm. 75, 2014.
- EIREA ÁLVAREZ, S.; ORDÁS FERNÁNDEZ, M.**, «*Un esquema de resolución múltiple para los grupos bancarios españoles globalmente sistémicos*», *Revista de Estabilidad financiera*, Banco de España, No 27, Noviembre de 2014.
- EMBID IRUJO, A.**, «*Norma, Economía y Lenguaje en el derecho de la crisis económica. El control judicial de la actividad administrativa en la economía. Algunas reflexiones*», *Documentación Administrativa*, Nueva Época, nº 1, 2014.
- EMBID IRUJO, A.**, *El Derecho de la crisis económica*, Zaragoza, 2009.
- EMBID IRUJO, A.**, *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, 2012.
- ESCOLANO, R.**, *La arquitectura financiera europea: del Tratado de Maastricht a la realidad actual*, en Fernández Méndez de Andés, F. (dir.), *La Crisis en Europa: ¿Un problema de deuda soberana o una crisis del Euro?*, Papeles de la Fundación, nº 44, Fundación de Estudios Financieros, 2012.
- ESPÍN GUTIÉRREZ, C.**, *La fuente del derecho bancario*, en La Contratación Bancaria, Dykinson, Madrid, 2007.
- ESTEVE PARDO, J.**, «*La evolución del garantismo: de las garantías personales a las garantías del Estado*», *Revista Catalana de Dret Public*, nº 46, 2013.
- ESTEVE PARDO, J.**, «*Perspectiva e impacto de la crisis desde la nueva correlación entre Estado y sociedad*», *Documentación Administrativa*, Nueva Época, nº 1, 2014.
- EVANOFF, D.**, «*Regulación financiera: la separación entre banca y comercio*», *Papeles de economía española*, Nº 130, 2011.
- FABOZZI, F., MODIGLIANI, F., Y FERRI, M.**, *Mercados e Instituciones Financieras*, Prentice Hall, México, 1996.
- FERNÁNDEZ DE LIS, S.**, «*Capitalización, riesgo sistemático y disciplina de mercado*», *Economistas*, Año Nº 29, Nº 128, 2011 (Ejemplar dedicado a: Crisis: lecciones y reformas).
- FERNÁNDEZ DE LIS, S.; MANZANO, D.; ONTIVEROS, E. Y VALERO, F.J.**, *Rescates y restructuración bancaria*, Fundación alternativas, Documento de trabajo 152/2009.

- FERNÁNDEZ MÉNDEZ DE ANDÉS, F., y NAVARRETE ROJAS, F.,** «*Un Euro con futuro. Un Mecanismo Europeo de Garantía de Depósitos y Resolución Bancaria para la moneda única europea*», *Papeles FAES*, Septiembre, 2011.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.,** «*Supervisión y disciplina bancaria en el proyecto de Ley sobre Disciplina e Intervención en las Entidades de Crédito*», *Papeles de economía española*, Nº 36, 1988.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.,** *El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria: Naturaleza, Estructura y Régimen Jurídico*, en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I. (coords.), *La reforma bancaria en la UE y en España. El Modelo de Regulación surgido de la crisis*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- FERNÁNDEZ TORRES, I.,** *La reestructuración de las entidades de crédito*, en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I. (coords.), *La reforma bancaria en la UE y en España. El Modelo de Regulación surgido de la crisis*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- FERRAN E. y BABIS, V.S.G.,** «*The European Single Supervisory Mechanism*», *Journal of Corporate Law Studies*, vol. 13, nº 2, 2013.
- FERRAN, E.,** *Understanding the New Institutional Architecture of EU Financial Market Supervisión*, en Wymeersch, E.; Hopt, K.; y Ferrarini, G. (edit.), *Financial regulation and supervisión, a post-crisis analysis*, Oxford University Press, 2012.
- FERRARINI G. y CHIODINI, F.,** *Nationally Fragmented Supervisión over Multinational Banks as a Source of Global Systemic Risk: A Critical Analysis of Recent EU Reforms*, en Wymeersch, E.; Hopt, K.; y Ferrarini, G. (edit.), *Financial regulation and supervisión, a post-crisis analysis*, Oxford University Press, 2012.
- FINANCIAL STABILITY BOARD,** *Global Shadow Banking Monitoring Report 2012*, 18 de noviembre de 2012.
- FINANCIAL STABILITY BOARD,** *Recovery and Resolution Planning for Systemically Important Financial Institutions: Guidance on Developing Effective Resolution Strategies*, 16 de julio de 2013.
- FINANCIAL STABILITY OVERSIGHT COUNCIL,** *Annual Report*, Washington, DC, 2011.
- FLORES DOÑA, Mª Sª,** «*La JERS The European Board of Systemic Risk*», *Revista de Derecho Bancaria y Bursátil*, nº 121, 2011.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL,** *Public Information Notice (PIN) No. 10/135*, septiembre de 2010.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL,** *Spain: Financial Stability Assessment*, IMF Country Report No. 12/137, Junio de 2012.
- FONTNEYNE, W. ET AL.,** «*Crisis Management and Resolution for a European Banking System*», IMF Working Papers, WP/10/70, 2010.
- FRANKS, J., y C. MAYER.,** «*Ownership and Control of German Corporations*», *Review of Financial Studies*, 14, 2001.
- FREIXAS, X.,** «*Fundamentación teórica de la regulación de los mercados financieros*», *Moneda y Crédito*, 1990.

- FRESHFIELDS, BRUCKHAUS DERINGER**, *The SSM Framework Regulation Part 2: Administrative Procedure, legal remedies and transitional provisions*, 2014.
- FUNCAS y CECA**, *El nuevo mapa de las fundaciones: de cajas de ahorros a fundaciones*, Madrid, FUNCAS, 2015.
- G20**, Declaration Summit on Financial markets and the World Economy, 15 de noviembre de 2008.
- GARCÍA- ANDRADE GÓMEZ, J.**, *Fundamento y características de la regulación bancaria, Derecho de la Regulación Económica, X. Sistema Bancario*, en Muñoz Machado, S., y Vega Serrano, J.M. (dirs.), Iustel, Madrid, 2013.
- GARCÍA ECHEVARRÍA S.**, “Libertad de mercado versus regulación”, Conferencias y trabajos de investigación del Instituto de Dirección y Organización de Empresas, N° 356, 2013.
- GARCÍA MONTALCO, J.**, «Vuelta a la "banca aburrida" en la era del desapalancamiento y la nueva regulación financiera», *Cuadernos de Información económica*, N° 238, 2014 (Ejemplar dedicado a: El sector financiero ante los retos de 2014).
- GARCIA PELAYO, M.**, *Consideraciones sobre las Cláusulas Económicas de la Constitución*, en *Obras Completas*, 3 volumen, tomo III, Madrid, 1991.
- GARCÍA SANTOS, N.**, *La defensa del consumidor de productos financieros*, en Mecanismos de prevención y gestión de futuras crisis bancarias, Fundación de Estudios Financieros, Papeles de la Fundación, núm. 42, 2011.
- GARCÍA-ÁLVAREZ, G.**, *La construcción de una UB Europea: la ABE, la supervisión prudencial del BCE y el Futuro del Mecanismo de Resolución*, en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I. (coords.), *La reforma bancaria en la UE y en España. El Modelo de Regulación surgido de la crisis*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.**, «El derecho bancario: consideraciones generales», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, La Coruña, N° 3, 1999.
- GARICANO, L., LASTRA, R.M.**, *Towards a New Architecture for Financial Stability*, en Cottier, T.; Jackson, J.; Lastra, R.M. (ed.), *International Law in Financial Regulation and Monetary Affairs*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- GIANNINI, M.S.**, «Istituti di crédito e servizi di interesse pubblico», *Moneta e Crédito*, n° 5, 1949.
- GIRBAU PEDRAGOSA, R.**, «Restricciones a la remuneración de administradores y directivos de entidades de crédito: modos, intervención y gobierno corporativo», *Revista de Derecho Bancario y bursátil*, n° 129, 2013.
- GLAESER, L., y SHLEIFER, A.**, «The Rise of the Regulatory State», *Journal of Economic Literature* XVI, 2003.
- GLINAVOS, I.**, «Regulation and the Role of Law in Economic Crisis», *European Business Law Review*, Vol. 21, No. 4, 2010.

- GÓMEZ DE MIGUEL, J.M.**, *La calidad del capital regulatorio: una reforma necesaria*, en Pérez Fernández, J. y Díez Cangas, J.C., (Coord.), *El Sistema Bancario tras la Gran Recesión*, Colección Mediterráneo Económico, nº. 19, Almería, 2011.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.**, *La intervención temprana de las entidades de crédito*, en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I. (coords.), *La reforma bancaria en la UE y en España. El Modelo de Regulación surgido de la crisis*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.**, «*Mecanismo único de resolución bancaria. Aspectos institucionales*», *Revista de Derecho Bancaria y Bursátil*, nº 136, Octubre-Diciembre 2014.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M.**, «*La respuesta a la crisis financiera: cuatro apuntes*», *Economistas*, Año Nº 27, Nº Extra 119, 2009 (Ejemplar dedicado a: España 2008. Un balance).
- GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M.**, *Competencia y Sector Financiero*, discurso pronunciado en las Jornadas de Economía y Derecho de la Competencia de la Universidad de Málaga, 23 de marzo de 2012.
- GOODHART, C.**, «*¿Cómo deberíamos regular el capital bancario y los productos financieros? ¿Cuál es el papel de los testamentos en vida?*», *Revista de Economía Institucional*, nº 23, 2010.
- GOYAL, R., KOEVA BROOKS, P., PRADHAN, M., TRESSEL, T., DELL'ARICCIA, G., LECKOW, R., PAZARBASIOGLU, C.**, IMF staff team, *A Banking Union for the Euro Area*, IMF Staff Discussion Note, Febrero de 2013.
- GREEN, D.**, *The relationship between micro-macro-prudential supervision and central banking*, en Wymeersch, E.; Hopt, K.; y Ferrarini, G. (edit.), *Financial regulation and supervision, a post-crisis analysis*, Oxford University Press, 2012.
- GROUP OF 30**, *The structure of Financial Supervision. Approaches and Challenges in a Global Marketplace*, Washington D.C., 2008.
- GROUP OF THIRTY**, *Financial Reform: A framework for financial stability*, Washington D.C., 2009.
- GUAL, J.**, *Unión bancaria: ¿de hormigón o de paja?*, Documentos de economía La Caixa, nº. 26, 2013.
- H.P. MINSKY**, «*La reforma de la banca en 1995: la derogación de la ley Glass Steagall, asuntos básicos*», *Revista de Economía Institucional*, vol. 14, n.º 26, primer semestre/2012.
- HADJEMMANUIL, CH.**, *Special Resolution Regimes for Banking Institutions: Objectives and Limitations*, Law Society Economy Working Papers 21/2013, London School of Economics and Political Science.
- HASAN, I. y MARINČ, M.**, *Should competition policy in banking be amended during crisis? Lessons from the EU*, Bank of Finland Research Discussion Papers, 7, Banco de Finlandia, Abril de 2013.

- HELLWIG, M.**, *Yes Virginia, There is a European Banking Union! But it May Not Make Your Wishes Come True*, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods Bonn, 2014/12, Max Planck Society, 2014.
- HERNÁNDEZ MARQUÉS, H.**, *Las potestades de supervisión y dirección. Especial referencia a las del Banco de España*, en Martín-Retortillo, S. (dir.), *Estudios de Derecho Público Bancario*, Ceura, Madrid, 1987.
- HOPT, K.J.**, *Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis*, en Wymeersch, E.; Hopt, K.; y Ferrarini, G. (edit.), *Financial regulation and supervision, a post-crisis analysis*, Oxford University Press, 2012.
- HUERTAS, T.**, Noviembre 2012, *Banking Union: What Will It Mean for Europe?*, LSE Financial Markets Group Paper Series.
- HÜPKES, E., QUINTYN, M., TAYLOR, M.W.**, «Sistemas de rendición de cuentas para reguladores del sector financiero», *Temas de Economía*, núm. 39, Fondo Monetario Internacional, 2006.
- IBAÑEZ SANDOVAL, J.P. y DOMINGO ORTUÑO, B.**, «La transposición de Basilea III a la legislación europea», *Revista de Estabilidad Financiera*, nº 25, Mayo de 2013.
- IGLESIAS-RODRÍGUEZ, P.**, *The Accountability of Financial Regulators. A European and International Perspective*, Wolters Kluwer, 2014.
- INSPECTION GENERALE DES FINANCES**, *De la mission de reflexion et de propositions sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activites financieres en France*, Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, 2009.
- IZQUIERDO CARRASCO, M.**, *La supervisión pública de las entidades bancarias*, en Rebollo Puig, M. (coord.), *La regulación económica: en especial, la regulación bancaria: actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel, 2012.
- JACKSON, J. y LASTRA, R.M.** (ed.), *International Law in Financial Regulation and Monetary Affairs*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- JANS, J.H., ET AL.**, *Europeisation of Public Law*, Europa Law Publishing, 2007.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.**, «Regulación en general: técnicas de regulación: autorización y figuras afines», *Cuadernos de derecho para ingenieros*, Vol. 15, 2012.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.**, «Supervisión bancaria y responsabilidad administrativa», *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 5, Nº 20, 1985.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.**, *El régimen jurídico de los rescates financieros a los estados del euro: la sentencia Pringle de 27 de noviembre de 2012, La recepción del derecho de la Unión Europea en España: derechos, mercado único y armonización fiscal fiscal en Europa*, en VV.AA., *Liber Amicorum* en homenaje a Antonio Martínez Lafuente, 2013.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.**, *Regulación bancaria y crisis financiera*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2013.

- JIMÉNEZ-BLANCO, A.**, *El Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios*, en Martín-Retortillo, S. (dir.), *Estudios de Derecho público bancario*, Madrid, 1987.
- JIMÉNEZ-BLANCO, A.**, *La función inspectora en el ámbito financiero*, en Díez Sánchez, L. (coord.), *La función inspectora*, AEPDA, INAP, 2014.
- JUNCKER, J.C., TUSK, D., DIJSELBLOEM, J., DRAGHI, M. Y SCHULZ, M.**, Realizar la Unión Económica y Monetaria europea, 22 de junio de 2015.
- KANE, E.J.**, «Regulación financiera y redes de seguridad bancaria: una comparación a escala internacional», *Papeles de Economía Española*, N° 101, 2004.
- KAUFMAN, G., y SCOTT K.**, *Does bank regulation contribute or contribute to systemic risk?*, John M. Olin Program in Law and Economics, Working Paper No. 211, 2000.
- KERJEAN, S.**, *The Legal Implications of the Prudential Supervisory Assessment of Bank Mergers and Acquisitions under EU Law*, BCE, Legal Working Papers Series, No 6, Junio de 2008.
- LABROSSE, J., OLIVARES-CAMINAL, R., SINGH, D.**, «The EU bank recovery and resolution directive – Some observations on the financing arrangements», *Journal of Banking Regulation*, Vol. 15.
- LAGUNA DE PAZ, J.C.**, «El mecanismo europeo de supervisión bancaria», *Revista de Administración Pública*, N° 194, 2014.
- LAGUNA DE PAZ, J.C.**, *Los servicios de interés económico general en la Unión Europea*, en *El Derecho Administrativo en perspectiva: en homenaje al profesor José Luis Meilán Gil*, coord. por Juan José Pernas García; Xaime Rodríguez-Arana Muñoz (dir.), Ernesto Jinesta (dir.), Vol. 2, 2014.
- LAGUNA DE PAZ, J.C.**, *La autorización administrativa*, Civitas, abril 2006.
- LAPRÉVOTE, F. CH. y PARON, M.**, «The Commission's Decisional Practice on State Aid to Banks : An Update», *European State Aid Law Quarterly*, 1/2015.
- LAROISIÈRE, J.** (Director), «Report of the High Level Group on Financial Supervision in the European Union» (Versión en Español) Bruselas, Febrero 2009.
- LASTRA, R.**, «Lender of Last Resort, an International Perspective», *International and Comparative Law Quarterly*, 48, 1999.
- LASTRA, R.**, «The Governance Structure for Financial Regulation and Supervision in Europe», *The Columbia Journal of European Law*, vol. 10, 2003.
- LASTRA, R.**, *Central Banking and Banking Regulation*, Financial Markets Group, London School of Economics, London, 1996.
- LASTRA, R.M.**, «The role of the IMF as a global financial authority», *European Yearbook of International Economic Law (EYIEL)*, vol. 2, 2011.
- LEBLOND, P.**, «The logic of a banking union for Europe», *Journal of Banking Regulation*, Vol. 15.

- LEINO, P.**, *The European Central Bank and Legitimacy Is the ECB a Modification of or an Exception to the Principle of Democracy?*, Harvard Jean Monnet Working Paper 1/01, Harver Law School, Cambridge, 2000.
- LEÑERO BOHÓRQUEZ, R.**, *El Comité de Basilea como poder público global para la armonización normativa bancaria. Implicaciones para el Derecho público*, en Salvador Armendáriz, M^a A. (dir.), *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, ed. Aranzadi, Zizur Menor, 2014.
- LEVINE, R.**, *Finance and Growth: Theory, Evidence, and Mechanisms*, en *The Handbook of Economic Growth*, de P. Aghion y S. Durlauf, North Holland, Amsterdam, 2005.
- LIIKANEN, E.**, Too-big-to-fail and a reform of banking structures, Conferencia pronunciada en el Seminario celebrado en el Banco de Italia, Roma, el 27 de junio de 2014.
- LINDE PANIAGUA, E.**, «*La supervisión como conjunto variable de potestades. Una nueva frontera del Derecho Administrativo*», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27 y 27, 2014.
- LLEWELYN, D.**, *The Economic Rationale for Financial Regulation*, FSA Ocassional Papers (Abril 1999).
- LLOPIS ESTRAMINA, F.**, «*Presente y futuro de la regulación de solvencia de las entidades de crédito españolas: de la preocupación por el capital al paradigma de la regulación macroprudencial*», *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número extraordinario 2012.
- LOOSVELD, S.**, «*Appeals against Decisions of the European Supervisory Authorities*», *Journal of International Banking Law & Regulation*, Vol. 28, No. 1.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M.**, «*Marco institucional de las sanciones comunitarias*», *Documentación administrativa*, Nº 280-281, 2008 (Ejemplar dedicado a: la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas I).
- LÓPEZ GALINDO, R.**, «*Basilea III. Novedades Regulatorias*», *Mediterráneo Económico*, vol. 19, 2011.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M^a; PEREA ORTEGA, R.**, *Banqueros sobradamente preparados: algunas reflexiones sobre la idoneidad para el desempeño*, *Diario La Ley*, 8353, 14 de julio de 2014.
- LOUIS, J.V.**, «*Le comité européen du risque systémique (CERS)*», *Cahiers de droit européen*, vol. 46, nº 5-6/2010.
- LOUIS, J.V.**, «*Vers l'Union bancaire*», *Cahiers de droit europeen*, vol. 48, nº 2, 2012.
- LUCAS VERDÚ, P.**, *Curso de Derecho político*, vol. IV, Madrid, ed. Tecnos, 1984.
- MACDONALD, R.**, *Deposit Insurance*, Handbooks in Central Banking, nº 9, Centre for Central Banking Studies, Banco de Inglaterra, Londres, 1996.
- MAGIDE HERRERO, M.**, *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, INAP, 2000.
- MANCINI M.**, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, num. 73, Banca D'Italia, 2013.

- MANGAS MARTÍN, A.**, «*La Unión Europea y su futuro: el debate competencial*», *Noticias de la Unión Europea*, Nº 218, 2003 (Ejemplar dedicado a: El Tratado de Niza).
- MARDOMINGO COZAS, J.** y **MÍNGUEZ, F.**, *Restructuring and liquidation of financial institutions: Spain*, en BRUNO, E.A. (ed.), *Global Financial Crisis: Navigating and understanding the Legal and Regulatory Aspects*, Globe Bussiness Published, Londres, 2009.
- MARTÍN ACEÑA, P.**, «*La conformación histórica de la Industria Bancaria Española*», *Mediterráneo económico*, Nº. 8, 2005 (Ejemplar dedicado a: Los retos de la Industria Bancaria en España).
- MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L.**, *Derecho Administrativo Económico*, vol. II La Ley, 1991.
- MARTÍN-ACEÑA, P.**, *La banca en España entre 1900 y 1975*, en Malo de Molina, J.L. Martín-Aceña, P., *Un siglo de historia del sistema financiero español*, Alianza editorial, Madrid, 2011.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P.**, Nuevo régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (Análisis de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios), *Diario La Ley*, nº 7778, 2012.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.**, «*Nuevo sistema conceptual*», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 3, 1999 (Ejemplar dedicado a: Privatización y liberalización de servicios).
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.**, «*Problemas de cobertura jurídica de la supervisión bancaria del BCE en la nueva Unión bancaria y apuntes para su solución*», *Revista de Estudios Europeos*, nº. 63, 2013.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.**, «*Servicio público, servicio universal y obligación de servicio público en la perspectiva del Derecho comunitario: los servicios esenciales y sus regimens alternativos*», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 39, Julio-septiembre, 2000.
- MARTÍNEZ MULERO, V.**, «*La relevancia del factor riesgo en la regulación del Fondo de Garantía de Depósitos de entidades de crédito*», *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 31, Nº 125, 2012.
- MARTÍNEZ PARERA, M.**, «*Organización de la supervisión financiera: ¿hacia un modelo twin peaks?*», *Economistas*, nº 120, 2009.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.**, «*Reflexiones sobre la Ley de Disciplina e Intervención Bancaria*», *Revista de Administración pública*, núm. 118, 1989.
- MARTÍN-RETORTILLO, S.**, *Estudio Preliminar*, en Martín-Retortillo, S. (dir.), *Estudios de Derecho Público Bancario*, CEURA, Madrid, 1987.
- MCÉLWEE, M.**, «*Law and Regulation for Global financial markets: competititon law, financial stability and the rules of game*», *Law and Financial Markets Review*, 2010.
- MEILÁN GIL, J.L.**, «*Una aproximación jurídica a la regulación económica y financiera*», *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 75, 2009.

- MÉNDEZ ÁLVAREZ-CEDRÓN J. M^a**, “Estructura de gobierno del fondo de reestructuración ordenada bancaria y los fondos de garantía de depósito”, conferencia pronunciada en las XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado, Ministerio de Justicia, 25, 26 y 27 de noviembre de 2009.
- MÉNDEZ ÁLVAREZ-CEDRÓN, J.M^a y HERNÁNDEZ CRISTÓBAL, F.**, «*La insuficiente armonización de los fondos de garantía de depósitos en la UE*», *Papeles de la Fundación de Estudios Financieros*, Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos, Madrid, 2008.
- MENÉNDEZ, A.J.**, «*Mutación y ¿quiebra? constitucional de la Unión Europea*», *Documentación Administrativa*, Nueva Época, nº. 1, 2014.
- MERSCH, Y.**, *Economic and legal limits of central banking*, Keynote speech IMFS Conference on Monetary and Financial Stability, Frankfurt am Main, 26 November 2013.
- MERSCH, Y.**, *The single market and banking union*, conferencia pronunciada en el Forum Alpbach 2013, Alpbach, 29 August 2013.
- MICHAVILA NUÑEZ, J.M.**, *Autorizaciones*, en Martín Retortillo, S. (dir.), *Estudios de Derecho Público Bancario*, Ceura, Madrid, 1987.
- MILLARUELO, A. y DEL RÍO, A.**, «*La construcción de la Unión bancaria en la UE*», *Boletín Económico*, Banco de España, noviembre de 2014.
- MINGUEZ, F.**, «*Banking resolution: new rules or a change of paradigm?*», *Financer Worldwide*, Agosto 2015.
- MISHKIN, F.**, «*The International Lender of Last Resort: What are the issues?*», *Journal of Economic Literature*, No. F3, G2.F3, G2, 2000.
- MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, M.**, Artículo 128, sinopsis de la constitución, Congreso de los Diputados (<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=128&tipo=2>).
- MORENO GARCÍA, P.**, «*El G 20 y la reforma de la arquitectura financiera internacional*», *Boletín Económico*, Banco de España, julio-agosto 2009.
- MUÑOZ MACHADO, S.**, “Relaciones económicas y privaciones patrimoniales”, en Rebollo Puig, M. (coord.), *La regulación económica: en especial, la regulación bancaria: actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, 2012, Iustel.
- MUÑOZ MACHADO, S.**, *Fundamento e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, en Muñoz Machado, S., *Derecho de la Regulación Económica*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, tomo I.
- MURPHY, E.V.**, *Who Regulates Whom and How?*, CRS Report, U.S. Congressional Research Service, 2015.
- NACIONES UNIDAS**, *Report of the Commission of Experts of the President of the United Nations General Assembly on Reforms of the International Monetary and Financial System*, septiembre de 2009.
- NAPOLITANO, G.**, «*Il meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*», *Giornale di Diritto Amministrativo*, 5/2012, 2012.

- NAVARRO E. y MOSCOSO DEL PRADO, L.**, «Ayudas públicas al sector financiero», *Especial reformas estructurales*, nº extraordinario 2012, Uría Menéndez.
- NIETO, M^a J., PEÑALOSA, J.M^a**, «Notas sobre la arquitectura de la regulación, supervisión y estabilidad financiera en Europa», *Estabilidad financiera*, nº 4, Banco de España, 2003.
- NITZE, K.**, *Finanzhilfen für Euro-Staaten in der Krise*, Duncker & Humblot, 2014.
- NOGALES GARCÍA, J.**, «La Unión bancaria en Europa», *Revista de estudios europeos*, Nº. 61, 2013.
- NOUY, D.**, «La réévaluation du risque solvabilité et de liquidité: le point de vue du superviseur», *Revue d'Economie Financiere*, nº 101, 2011.
- NUÑEZ-LAGOS BURGUERA, A., CAMACHO ARTACHO, T.**, «The SAREB: A Closer Look into the Spanish 'Bad Bank'», *International Corporate Rescue*, vol. 10, 2013.
- RAVINA MARTÍN, P.**, «El régimen jurídico aplicable a las sociedades de gestión de activos y, en particular, a la SAREB», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 33/2012.
- OJO, M.**, «The Changing Role of Central Banks and the Role of Competition in Financial Regulation during (and in the Aftermath of) the Financial Crisis», *European Law Journal*, Vol. 17, No. 4, 2011.
- ONTIVEROS BAEZA, E. Y VALERO LÓPEZ, F.J.**, «El sistema financiero español desde la Constitución: homologación internacional y la vertebración territorial», *Economía industrial*, nº 349-350, 2003 (Ejemplar dedicado a: Economía y Constitución : XXV aniversario).
- ONTIVEROS BAEZA, E., CONTHE GUTIÉRREZ, M. Y VALERO LÓPEZ, F.J.**, «Un sector financiero en mutación», *Economistas*, Año Nº 22, Nº Extra 100, 2004 (Ejemplar dedicado a: Veinte años de economía española (especial conmemorativo de los 100 números de la revista).
- ONTIVEROS, E.**, *Alfabetización e inclusión financiera*, Diario El País, 15 de septiembre de 2013.
- ORTIZ DÍAZ, J.**, «El principio de subsidiariedad y la Unión Europea», *Anuario de derecho europeo*, Nº. 4, 2004.
- OTTOW, A.**, «Europeanization of the Supervision of Competitive Markets», *European Public Law*, 18, no 1, 2012.
- PADOA-SCHIOPA, T.**, EMU and Banking Supervisión, *International finance*, 2, 2, 1999.
- PADOA-SCHIOPA, T.**, *Licensing Banks: Still Necessary?*, Group of Thirty, 2000.
- PADRÓS I REIG, C.**, «La relevancia de la "culpa in vigilando" en la regulación y supervisión financiera y bancaria», *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 31, Nº 128, 2012.
- PALOMAR OLMEDA, A. y COLOMER HERNÁNDEZ, I.**, «Aspectos administrativos y procesales de los actos de reestructuración bancaria ex Ley 9/2012», *RCP*, nº 19/2013.

- PALOMAR OLMEDA, A.**, «*El fuero jurisdiccional en las reestructuraciones bancarias*», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2012, Julio, 2012.
- PARDO, J.C.; SANTILLANA, V. y MARTÍN, G.**, *BRRD transposition in Spain: a milestone in implementing an effective resolution regime*, EuropeRegulation Watch, BBVA Research, junio de 2015.
- PARLAMENTO DEL REINO UNIDO**, Cámara de los Lores, Comité sobre la Unión Europea, 14º Informe de sesión 2008-2009, *The future of EU financial regulation and supervision*, vol. 1, 17 de junio de 2009.
- PÉREZ DE ARMIÑÁN, G.**, «*Poder político, sistema financiero y marco jurídico*», *Revista de Derecho Bancario y bursátil*, Nº 33, 1989.
- PEREZ DE LAS HERAS, B.**, *El mercado interior europeo: las libertades económicas comunitarias : mercancías, personas, servicios y capitales*, Universidad de Deusto, 2004.
- PIÑEL LÓPEZ, E.**, «*El tratamiento extraconcursal de la insolvencia de las entidades de crédito*», *Anuario de Derecho concursal*, nº 28/2013, Nº. 28, 2013.
- PISANY-FERRY, J.**, «*The known unknowns and the unknown unknowns of the EMU*», *Bruegel Policy Contributions*, 2012.
- POMED SÁNCHEZ, L.A.**, *Régimen Jurídico del Banco de España*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- PONCE SOLÉ, J.**, *Crisis, bancos privados, obligaciones de servicio público y servicio universal. Actividad bancaria y servicios de interés económico general*, en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I. (coords.), *La reforma bancaria en la UE y en España. El Modelo de Regulación surgido de la crisis*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- PONS, Mª A.**, *Las principales reformas del sistema financiero español*, en Malo de Molina, J.L. y Martín-Aceña, P., *Un siglo de historia del sistema financiero español*, Alianza editorial, Madrid, 2011.
- PONZANO, P.**, «*Un nuovo metodo per l'Unione?*», *Papers de diritto europeo*, nº 1, Centro di documentazione europea dell'Università degli Studi di Verona, 2013.
- POVEDA ANADÓN, R.**, «*La respuesta del marco regulatorio español a la crisis*», en Ortega Fernández, R. (coord.), *Mecanismos de prevención y gestión de futuras crisis bancarias*, Fundación de Estudios Financieros, Madrid, 2011.
- POWELL, J.H.**, «*Ending "Too Big to Fail"*», Remarks at the Institute of International Bankers 2013 Washington Conference, Washington, D.C., March 4, 2013.
- PSAROUDAKIS, G.**, *State Aids, Central Banks and the Financial Crisis*, ECFR 2/2012.
- QUERO, A.**, *Un modelo para una unión bancaria sólida*, Política exterior, Vol. 27, Nº 151, 2013.
- QUINTANA, R.**, Conferencia de clausura en Jornada CECA sobre Unión Bancaria, Supervisión y Gestión de Crisis en la Unión Europea, 10 de junio de 2013.

- QUINTYN, M., TAYLOR, M.W.**, *¿Deben ser independientes los reguladores del sector financiero?*, Temas de Economía, núm. 32, Fondo Monetario Internacional, 2004.
- RANDELL, C.**, «*European banking union and bank resolution*», *Law and Financial Markets Review*, Enero de 2013.
- REBOLLO PUIG, M.**, *La actividad inspectora*, en VV.AA., *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2013.
- RECALDE CASTELLS, A.**, *El papel del "Derecho" en la crisis. Algunos aspectos de la regulación financiera y de las grandes empresas en su relación con la economía*, Fundación Alternativas, 150/2009.
- RECALDE CASTELLS, J.A.**, *Transparencia y autonomía del mercado: principios inspiradores de la regulación financiera antes de la crisis*, en García Macho, R.J. (coord.) *Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado*, 2014.
- REINHART, C.N., y ROGOFF, K.S.**, *Is the 2007 U.S. Sub-Prime financial Crisis So Different? An International Historical Comparison*, Working Paper N° 13761 (National Bureau of Economic Research), 2008.
- REPULLO, R.**, *La reforma de la regulación del capital bancario*, conferencia pronunciada en las XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado, Ministerio de Justicia, 25, 26 y 27 de noviembre de 2009.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, G.**, «*La supervisión bancaria del futuro*», *Economistas*, Año N° 19, N° 89, 2001.
- RODRÍGUEZ PELLITERO, J.**, *Resolución de crisis bancarias*, en Muñoz Machado, S. (dir.), *Sistema Bancario*, Iustel, Madrid, 2013.
- RODRÍGUEZ SÁIZ, L., ET AL.**, *Manual de Sistema Financiero Español*, Ariel, Barcelona, 2000.
- ROLDÁN ALEGRE, J.M^a**, Argimón Maza, I., «*Un nuevo perímetro de regulación para después de la crisis*», *Economistas*, Año N° 27, N° 120, 2009 (Ejemplar dedicado a: La regulación de la economía).
- ROLDÁN ALEGRE, J.M^a y ARGIMÓN MAZA, I.**, «*Retos para el marco de la regulación prudencial*», *Cuadernos europeos de Deusto*, 41, 2009.
- ROLDÁN ALEGRE, J.M^a**, «*La respuesta regulatoria a la crisis financiera global*», *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, N° 863, 2011 (Ejemplar dedicado a: Euro y crisis económica).
- ROLDÁN, J M^a, y PÉREZ CID, D.**, «*El nuevo impulso regulatorio*», *Economistas*, Año N° 29, N° 128, 2011 (Ejemplar dedicado a: Crisis: lecciones y reformas).
- ROSSI, S.**, *Intervento di apertura*, en *Dal Testa unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consuenza Legale, n 75, Banca d'Italia, septiembre de 2013.
- ROXBURGH, CH.; LUND, S.; ATKINS, CH.; BELOT, S.; HU, W.W.; PIERCE, M.S.**, *Global capital markets: Entering a new era*, McKinsey Global Institute, 2009.

- SALAS FUMÁS, V.**, «*El gobierno de la empresa bancaria desde la regulación*», *Estabilidad Financiera*, 5, 2003.
- SALAS FUMÁS, V.**, «Gobierno de los Bancos y Crisis Financieras», conferencia pronunciada en las XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado, Ministerio de Justicia, 25, 26 y 27 de noviembre de 2009.
- SALAS-FUMÁS, V.**, *Regulación de capital y resultados de la empresa bancaria*, en Tejedor Bielsa, J.C. y Fernández Torres, I. (coords.), *La reforma bancaria en la UE y en España. El Modelo de Regulación surgido de la crisis*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a A.**, “El nuevo modelo de regulación bancaria y su encaje constitucional”, en Salvador Armendáriz, M^a A. (dir.), *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, ed. Aranzadi, Zizur Menor, 2014.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a A.**, *Banca Pública y Mercado: implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*, Ministerio de Administraciones Públicas, 2000.
- SÁNCHEZ ASIAÍN, J.A.**, Discurso de recepción de D. José Angel Sánchez Asiaín como académico de número en el Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 26 de mayo de 1987, Madrid.
- SANZ LÓPEZ, F.J.**, *La protección del consumidor en la normativa bancaria (Referencias a la Comunidad Autónoma de Aragón)*, Cuadernos de Consumo, nº 9, Gobierno de Aragón-Dirección General de Consumo,) 2006.
- SANZ SALA, C.O.**, *La regulación de la transparencia financiera en los EEUU como respuesta a las crisis económicas*, en García Macho, R.J., *Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado*, 2014.
- SAURINA, J.**, «*Solvencia bancaria, riesgo de crédito y regulación pública: El caso de la provision estadística española*», *Hacienda Pública / Revista de Economía Pública*, 161-(2/2002):, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 2002.
- SCHILLIG, M.**, «*Bank Reolution Regimes in Europe. Resolution Tools and Powers*», *European Business Law Review*, vol. 25, 2014.
- SCHOENMAKER, D.**, *Governance of International Banking: The financial Trilemma*, Oxford University Press, 2013.
- SEGURA SÁNCHEZ, J.**, *La actual crisis financiera: Enseñanzas para un supervisor de mercados*, Intervención en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 13 de mayo de 2006, Madrid.
- SMITS, R.**, «*The European Central Bank’s Independence and Its Relations with Economic Policy Makers*», *Fordham International Law Journal*, Volume 31, Issue 6 2007.
- SMITS, R.**, *The role of the ESCB in banking supervision*, en VV.AA., *Legal Aspects of the European System of Central Banks. Liber Amicorum Paolo Zambonio Garavelli*, Frankfurt, European Central Bank.
- SORIANO GARCÍA, J.E.**, «*Juristas y economistas*», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº. 9, 2010.

- SORIANO GARCÍA, J.E.**, «Regulación e Intervención administrativa. Algunas lecciones jurídicas sobre la crisis económica», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 19, 2011.
- STENSTRÖM, M.**, *The European Systemic Risk Board and the role of the ECB in the financial and monetary policy framework of the EU*, International Conference on the European System of Financial Supervision, University of Salzburg, Centre of European Union Studies, 29 de septiembre de 2011.
- STIGLER, G.**, «*The theory of economic regulation*», *Bell Journal of Economics*, 2, 1971.
- TAPIA HERMIDA, A.J.**, «Adaptación de la regulación española sobre solvencia de entidades financieras a la normativa de la Unión Europea: el Real Decreto-Ley 14/2013», *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 33, Nº 133, 2014.
- TAPIA HERMIDA, A.J.**, «El sistema europeo de supervisión financiera y los proyectos de supervisión centralizada de los mercados de valores en Iberoamérica», *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores*, 32/2011, Instituto Iberoamericano de Mercados de Valores, 2011.
- TAPIA HERMIDA, A.J.**, «La nueva arquitectura regulatoria del sistema bancario español: La Ley 10/2014, de Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito», *Revista de Derecho Bancario y bursátil*, nº 136, Octubre-Diciembre 2014.
- TAPIA HERMIDA, A.J.**, «La nueva Ley Bancaria: la LOSSEC de 2014», *La Ley mercantil*, Nº. 4-5 (julio-agosto), 2014.
- TAPIA HERMIDA, A.J.**, «Mercado interior, ayudas estatales y sector financiero», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº. 20, 2014.
- TAPIA HERMIDA, A.J.**, *Evolución histórica, situación y perspectivas generales del Derecho Público Bancario español*, en Martín-Retortillo, S. (dir.), *Estudios de Derecho Público Bancario*, CEURA, Madrid, 1987.
- TAYLOR, M.**, «Twin Peaks»: A Regulatory Structure for the New Century, Centre for the Study of Financial Innovation, Londres, 1995.
- TEDDE DE LORCA, P.**, «Los primeros cincuenta años del Banco de España: crisis financiera e innovaciones bancarias», *Revista de la historia de la economía y de la empresa*, Nº. 1, 2007 (Ejemplar dedicado a: Instituciones financieras en España).
- TEIXEIRA, P.**, *The Single Supervisory Mechanism: Legal and Institutional Foundations*, en VV.AA., Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, n 75, Banca d'Italia, 2013.
- TESORO DEL REINO UNIDO**, *Reforming financial Markets*, 2009.
- TOBIN, J.**, «On the efficiency of the Financial System», *Lloyds Bank Review*, nº 153, 1984.
- TORCHIA, L.**, *La regolazione tra autorità nazionali ed europee*, conferencia pronunciada en Milán, 19 de octubre de 2011.

- TORTELLA, G. y GARCÍA RUIZ, J.L.**, *Un siglo de economía española*, en Malo de Molina, J.L., y Martín-Aceña, P., *Un siglo de historia del sistema financiero español*, Madrid, Alianza editorial, 2011.
- TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UE**, *La supervisión bancaria europea toma forma – La Autoridad Bancaria Europea en un contexto en evolución*, Luxemburgo, 2014.
- TURNER, A.**, *The Turner Review. A regulatory response for global banking crisis*, FSA, Marzo, Londres, 2009.
- UGENA TORREJÓN, R.**, «*El Mecanismo Único de supervisión Europeo*», *Revista de Derecho de la Unión europea*, nº 27-28, 2014-2015.
- URBANEJA CILLÁN, J.**, «*La reestructuración del sistema financiero español. El proceso de reforma tras la asistencia financiera a la banca española*», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 32, enero de 2014.
- URÍA FERNÁNDEZ, F.**, «*El nuevo régimen europeo de resolución bancaria*», *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 34, Nº 138, 2015.
- URÍA FERNÁNDEZ, F.**, *Reestructuración bancaria y Derecho de la competencia*, en XXXI Jornadas de Estudio de la Abogacía del Estado, Ministerio de Justicia, 2010.
- URÍA, FERNÁNDEZ, F.** “Crisis financiera, mecanismos de apoyo a las entidades de crédito en dificultades y derecho de la competencia”, *Estabilidad Financiera*, nº 18, 2010.
- VALERO LÓPEZ, F.J.; LÓPEZ, M.**, «*Hacia un nuevo Código Bancario en España*», *Cuadernos de Información económica*, Nº 238, 2014 (Ejemplar dedicado a: El sector financiero ante los retos de 2014).
- VAN ROMPUY, H., ET. AL.**, *Towards a Genuine Economic and Monetary Union*, Bruselas, 5 de diciembre de 2012.
- VAQUER CABALLERÍA, M.**, «*Del FROB y los stress test: aportaciones a la teoría sobre las formas de actividad de la Administración*», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 157, 2013.
- VÁZQUEZ LEPINETTE, T.**, «*La Ley 9/2012, de reestructuración y resolución de las entidades de crédito como derecho de excepción*», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 30/2013.
- VEGA SERRANO, J.M.**, *La Regulación Bancaria*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2011.
- VEGARA FIGUERAS, D.**, «*Una panorámica de la Unión Bancaria*», *Revista de Estabilidad financiera*, Banco de España, No 27, Noviembre de 2014.
- VERHELST, S.**, *Assessing the Single Supervisory Mechanism: Passing the Point of No Return for Europe’s Banking Union*, Egmont Royal Institute for International Relations, Gante, 2013.
- VERÓN, N.**, *A realistic Bridge Towards European Banking Union*, Policy Brief 13-17, Peterson Institute for International Economics, Junio de 2013.
- VERÓN, N.**, *Banking Union in Nine Questions*, for the Interparliamentary Conference under Article 13 of the Fiscal Compact, Palazzo Montecitorio (Rome), 30 September 2014.

- VIVES X.**, *La industria financiera española en el inicio del siglo XXI: situación y retos de futuro*, en Malo de Molina J.L. y Martín-Aceña P. (dir.), *Un siglo de historia del sistema financiero español*, alianza editorial, Madrid, 2011.
- VIVES, X.**, «Competencia, regulación y estabilidad del sistema bancario», *Papeles de economía española*, N° 94, 2002.
- VIVES, X.**, *El paradigma de la competencia en el sector bancario después de la crisis*, IESE Occasional Paper, OP-196, 2011.
- WARE, D.**, *Principios básicos de supervisión bancaria*, Centro de Estudios de Banca Central, Banco de Inglaterra, Londres, mayo de 1996.
- WEENINK, H., SCHULZE STEINEN, P.**, «State aid in the financial services sector», *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2008.
- WEL, S.-J., AYHAN KOSE, M., PRASAD, E., ROGOFF, K.**, *Globalización financiera más allá de la culpabilización*, Finanzas y desarrollo: publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, Vol. 44, N°. 1, 2007.
- WISSINK, L.; Duijkersloot, T.; Widdershoven, R.**, «Shifts in Competences between Member States and the EU in the New Supervisory System for Credit Institutions and Their Consequences for Judicial Protection», *Utrecht Law Review*, vol. 10, issue 5, 2014.
- WITTE, A.**, «The application of National Banking Supervision Law by the ECB: Three Parallel Modes of Executing EU Law?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1, 2014.
- WYMEERCH, E.**, *The European Financial Supervisory Authorities or ESAS*, en Wymeersch, E.; Hopt, K.; y Ferrarini, G. (edit.), *Financial regulation and supervisión, a post-crisis analysis*, Oxford University Press, 2012.
- WYMEERSCH, E.**, «The Structure of Financial Supervisión in Europe: About Single Financial Supervisors, Twin Peaks and Multiple Financial Supervisors», *European Business Organization Law Review*, n° 8, 2007.
- WYMEERSCH, E.**, *The European Banking Union a First Analysis*, Financial Law Institute Working Paper Series WP 2012-07.
- WYMEERSCH, E.**, *The single supervisory mechanism or “SSM”, part one of the Banking Union*, Working Paper Research No 255, Banco Nacional de Bélgica, 2014.
- ZAVVOS, GEORGE S. y KALTSOUNI, S.**, The Single Resolution Mechanism in the European Banking Union: Legal Foundation, Governance Structure and Financing (September 15, 2014). This paper will be published as a separate chapter in: Matthias Haentjens & Bob Wessels (eds.), *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, Edward Elgar Publishing Ltd, Cheltenham, UK, 2015 (Forthcoming).
- ZUNZUNEGUI, F.**, *La regulación jurídica internacional del mercado financiero, Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*, Vol.2, 2009.

