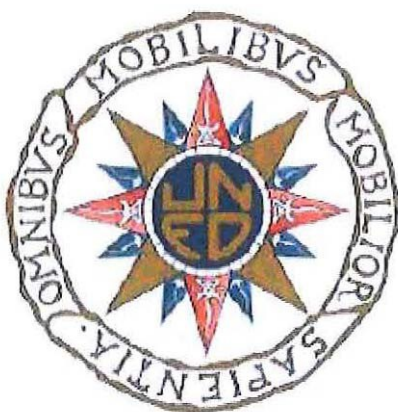


UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

2015



TESIS DOCTORAL

**LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN Y GESTIÓN
DE CRISIS BANCARIAS**

Autor:

SANTIAGO PERNÍAS SOLERA
LICENCIADO EN DERECHO

Director:

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TESIS DOCTORAL

**LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN Y GESTIÓN
DE CRISIS BANCARIAS**

Autor:

SANTIAGO PERNÍAS SOLERA
LICENCIADO EN DERECHO

Director:

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

ÍNDICE

ÍNDICE	i
ÍNDICE DE TABLAS, CUADROS Y GRÁFICOS	xi
ABREVIATURAS.....	xiii
ÍNDICE EXTENDIDO.....	787

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO. LA ACTIVIDAD BANCARIA

I.	INTRODUCCIÓN.....	17
II.	EL AHORRO.....	19
1.	Introducción.....	19
2.	La producción desde el lado de la oferta.....	20
3.	La demanda agregada.....	21
4.	La remuneración de los factores. La renta	22
5.	La renta disponible.....	22
6.	Algunas equivalencias básicas	25
7.	La capacidad o necesidad de financiación	26
8.	La materialización del ahorro.....	28
9.	Conclusiones sobre el ahorro	29

III.	LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA	31
1.	Introducción.....	31
2.	Las inversiones directas en capital y deuda.....	33
3.	Los mercados financieros	36
4.	Las empresas de servicios de inversión.....	37
5.	Los intermediarios financieros	41
6.	Instrumentos de capital e instrumentos de deuda	42
7.	Financiación vía capital I. Los fondos de inversión en renta variable	44
8.	Financiación vía capital II. El capital-riesgo.....	48
9.	Las entidades aseguradoras	51
10.	Financiación mediante deuda	54
IV.	LA ACTIVIDAD BANCARIA TÍPICA	59
1.	La actividad típicamente bancaria.....	59
2.	La categorización del ahorro	60
3.	La materialización del ahorro.....	66
4.	El crédito bancario.....	72
5.	La dilución de riesgos y la transformación de plazos	75
6.	La actividad típica bancaria. Conclusión	77

CAPÍTULO SEGUNDO.

LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

I.	INTRODUCCIÓN	81
II.	LAS ENTIDADES DE CRÉDITO	84
1.	Bancos	85
2.	Cajas de ahorros	90
3.	Cooperativas de crédito	97
4.	Banca oficial y banca pública. El ICO	99

ÍNDICE

5.	Establecimientos financieros de crédito	102
6.	Las Fundaciones bancarias	106
III.	EL COEFICIENTE DE CAJA	123
IV.	EL MERCADO INTERBANCARIO DE DEPÓSITOS.....	125
V.	LA “VENTANILLA DE REDESCUENTO”	127
VI.	EL PRESTAMISTA DE ÚLTIMA INSTANCIA	131
VII.	LOS SISTEMAS DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS	133
1.	Los sistemas de garantía de depósitos	133
2.	El estándar internacional	134
3.	La garantía de los depósitos en la Unión Europea	138
4.	La Directiva 2014/49 sobre sistemas de garantía de los depósitos	141
5.	El Fondo de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito.....	146

CAPÍTULO TERCERO.

LA REGULACIÓN BANCARIA

SECCIÓN PRIMERA.

APROXIMACIÓN A LA HISTORIA DE LA REGULACIÓN BANCARIA EN ESPAÑA

1.	Introducción.....	159
2.	Desde los inicios a la ley de bancos de 1856	161
3.	La industrialización	180
4.	El cambio de siglo	201
5.	Crisis y aislamiento	222
6.	Crecimiento y cambio	237
7.	El salto a la modernidad	259
8.	Conclusiones	276

SECCIÓN SEGUNDA.

LA REGULACIÓN PRUDENCIAL

I.	LA JUSTIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN BANCARIA	280
1.	Los dos posicionamientos básicos en torno a la regulación bancaria	280
2.	La corriente liberal.	282
3.	La preservación de la estabilidad financiera como justificación de la regulación	285
4.	Sistema de pagos y política monetaria	288
5.	Regulación prudencial y regulación de conducta.....	293
II.	LA REGULACIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO	294
1.	La regulación prudencial	294
2.	La generación de normas bancarias globales	297
3.	<i>International standards setters</i>	298
III.	LOS ACUERDOS DEL COMITÉ DE BASILEA	304
1.	El paradigma regulatorio de los años 80	304
2.	El Acuerdo de capitales de 1988	306
3.	Basilea II.....	307
4.	Basilea III	310
IV.	LA RECEPCIÓN DE LOS ACUERDOS DEL COMITÉ DE BASILEA EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO Y ESPAÑOL	314
1.	El proceso español de adaptación a las Directivas comunitarias	314
2.	La Directiva 2006/48 CRD.....	315
3.	La CRR /CRD IV y el nuevo marco regulatorio en la Unión	317
V.	LA REGULACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO	320

**CAPÍTULO CUARTO.
CRISIS BANCARIAS**

I.	LAS CRISIS BANCARIAS	323
1.	Introducción.....	323
2.	Generalizaciones respecto de las crisis bancarias.	325
3.	Causas de la crisis de una entidad de crédito	327
II.	LA CRISIS FINANCIERA INICIADA EN 2007	328
1.	Introducción.....	328
2.	La fase del ciclo anterior a la crisis	329
3.	Los desequilibrios acumulados.	330
4.	Inicio de la crisis. La crisis de confianza.....	333
5.	Recesión económica	335
6.	La crisis de la eurozona y del euro	336
7.	La crisis financiera en España. La reestructuración del sistema crediticio	338
8.	Respuesta europea a la crisis	340
9.	Las reformas emprendidas por las instituciones de la Unión Europea.....	343
10.	La Unión Bancaria.....	345
11.	Las reformas en España.....	348
12.	Conclusiones	350
III.	GENERALIZACIONES SOBRE LAS CAUSAS DE LAS CRISIS	351
1.	Causas comunes	351
2.	Nuevas causas.....	352

**CAPÍTULO QUINTO. MECANISMOS
GENÉRICOS DE PREVENCIÓN**

I.	CONTROLES DE ACCESO A LA ACTIVIDAD	355
1.	Régimen de autorización administrativa para el acceso a la actividad	355
2.	Transmisión de participaciones cualificadas	375
II.	IDONEIDAD DE ACCIONISTAS Y ADMINISTRADORES	383
1.	Idoneidad de los accionistas	383
2.	Idoneidad de los miembros de los órganos de gobierno, directores generales y asimilados	385
III.	LA GOBERNANZA DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO	390
1.	Introducción.....	390
2.	Los Principios de gobierno corporativo de la OCDE.....	392
3.	La Guía del Comité de Basilea. Principios de gobierno corporativo para bancos.	395
4.	La Guía de la EBA sobre gobierno interno de las entidades de crédito	407
5.	El gobierno corporativo en la CRD IV.....	409
6.	El gobierno corporativo en la Ley de ordenación, supervisión y solvencia...	410
IV.	LOS MECANISMOS DE CONTROL INTERNO. <i>THE “THREE LINES OF DEFENCE”</i>	414
1.	El control interno	414
2.	La función de gestión de riesgos	416
3.	La función de cumplimiento normativo	426
4.	La auditoría interna	428
V.	LOS MECANISMOS DE CONTROL EXTERNO	437
1.	La auditoría legal de cuentas	437
2.	Disciplina de mercado. El Pilar 3 de Basilea	451
3.	Información financiera	463

CAPÍTULO SEXTO.

LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

I.	LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL.	477
1.	Definición.....	478
2.	Planteamiento general	483
3.	La organización de la supervisión	489
4.	Los <i>Core Principles</i> de Basilea	493
5.	Evolución reciente de la supervisión.....	500
6.	La supervisión basada en riesgo. El modelo SABER	502
II.	FINES Y OBJETIVOS DE LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL	507
III.	LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL EN LA UE	514
1.	Ámbito objetivo de la supervisión prudencial.....	515
2.	El ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva y el Reglamento.....	518
3.	Las facultades de supervisión en la CRD IV.....	520
4.	Atribuciones del supervisor en el Reglamento CRR.....	528
IV.	LA LEY 10/2014 DE ORDENACIÓN SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO	532
1.	La ordenación y disciplina de las entidades de crédito	532
2.	La función supervisora del Banco de España. Sujetos y objeto de la supervisión.....	534
3.	Potestades de supervisión.....	536
4.	Obligaciones del supervisor	545
5.	Los colegios de supervisores	547
6.	Referencia a la protección del cliente de entidades de crédito.....	548
V.	EL MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISIÓN	550
1.	Justificación de la creación de un Mecanismo Único de Supervisión	550
2.	Funciones supervisoras del BCE.....	553
3.	Reparto de competencias dentro del MUS	555
4.	Potestades supervisoras	558

5.	Garantías procesales. El Comité Administrativo de Revisión	562
6.	Derecho de recurso	563
VI.	LA SUPERVISIÓN MACROPRUDENCIAL	563
1.	La supervisión macroprudencial. Características definitorias.....	563
2.	Riesgo sistémico.....	566
3.	Instituciones encargadas de la supervisión macroprudencial.....	567
4.	Los instrumentos de política macroprudencial.....	575

**CAPÍTULO SÉPTIMO. MECANISMOS
ESPECÍFICOS DE PREVENCIÓN**

I.	MARCO REGULATORIO E INSTITUCIONAL.....	587
1.	Especificidad de los mecanismos preventivos	587
2.	Antecedentes	589
3.	Marco regulatorio e institucional I.....	596
4.	Marco regulatorio e institucional II.....	612
II.	PLANIFICACIÓN DE LA RECUPERACIÓN Y LA RESOLUCIÓN ..	625
1.	La planificación preventiva	625
2.	Plan de recuperación (<i>recovery plan</i>).....	628
3.	Plan de resolución (<i>resolution plan</i>)	634
4.	Valoración de la resolubilidad.....	636
5.	Acuerdos de ayuda financiera dentro de un grupo	643
6.	Requerimiento mínimo de fondos propios y pasivos admisibles (<i>MREL</i>).....	646
III.	LAS MEDIDAS DE ACTUACIÓN TEMPRANA	649
1.	El Pilar 2 de Basilea	649
2.	Las medidas de actuación temprana en el artículo 104 de la CRD IV	652
3.	El Título III de la BRRD	656
4.	La actuación temprana en la Ley 11/2015.....	657

5.	Multiplicidad de planes	661
6.	Intervención o sustitución provisional de administradores como medida de actuación temprana.....	662
7.	Competencias de intervención temprana en el MUS	665
8.	Amortización o conversión de instrumentos de capital de nivel 1 adicional ante un evento contingente.....	666
9.	La posibilidad de actuación del Fondo de Garantía de Depósitos	668

**CAPÍTULO OCTAVO. MECANISMOS
DE GESTIÓN DE CRISIS**

I.	INTRODUCCIÓN.....	671
II.	AMORTIZACIÓN O CONVERSIÓN DE INSTRUMENTOS DE CAPITAL REGULATORIO EN EL PUNTO DE NO VIABILIDAD....	673
III.	LA RESOLUCIÓN DE ENTIDADES INVIABLES.....	680
1.	La Ley 11/2015 de recuperación y resolución de entidades de crédito.....	680
2.	Objetivos de la resolución	682
3.	Concepto de entidad inviable.	683
4.	Excepción de la ayuda financiera pública extraordinaria no constitutiva de causa de inviabilidad	683
5.	Procedencia de la resolución.	684
6.	Apertura del procedimiento de resolución	685
IV.	EFFECTOS <i>EX LEGE</i> DE LA APERTURA DEL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN	690
1.	Sustitución del órgano de administración y los directores generales o asimilados como medida de resolución.	690
2.	Valoración de los activos y pasivos de la entidad en resolución.....	691
3.	Amortización o conversión de los instrumentos de capital regulatorio en el punto de entrada en resolución	695
V.	LOS INSTRUMENTOS DE RESOLUCIÓN	698

1.	Consideraciones generales	698
2.	Venta del negocio de la entidad	699
3.	Transmisión de activos y pasivos a una entidad puente.....	701
4.	Transmisión de activos a una sociedad de gestión de activos	703
5.	El instrumento de recapitalización interna	705
VI.	LAS POTESTADES DE LA AUTORIDAD DE RESOLUCIÓN Y LAS MEDIDAS DE SALVAGUARDA.	716
1.	Facultades del FROB.....	716
2.	Medidas de salvaguarda	719
3.	Régimen procesal	720
VII.	RÉGIMEN SANCIONADOR	722
VIII.	EL CONCURSO DE ENTIDADES DE CRÉDITO	726
1.	Preferencia de la resolución frente al concurso.....	726
2.	Liquidación concursal de las entidades resueltas	727
3.	Especialidades del concurso de entidades de crédito	729
4.	Clasificación de los créditos.....	730

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES.....	731
ANEXO I.- LEGISLACIÓN	743
ANEXO II.- JURISPRUDENCIA	757
ANEXO III. - BIBLIOGRAFÍA	767
ANEXO IV.- DOCUMENTOS	779

ÍNDICE DE TABLAS, CUADROS Y GRÁFICOS

	<u>Página</u>
España. PIB a precios de mercado	21
Contabilidad Nacional. Cuentas del sector hogares e ISFLSH	23
Contabilidad Nacional. PIB a precios de mercado y sus componentes	24
Sociedades no financieras. Pasivos financieros. Por instrumentos y sectores de contrapartida I	33
Sociedades no financieras. Pasivos financieros. Por instrumentos y sectores de contrapartida II	35
Monetary and financial indicators. Dic. 2012	43
Instituciones de Inversión Colectiva. Patrimonio	44
Fondos de Inversión. Patrimonio por vocación	47
Entidades de capital riesgo	50
Banks and insurers: Differences and similarities with regard to systemic interaction	53
Deuda de los sectores no financieros materializada en valores representativos de deuda y préstamos	55
Selected Financial Intermediation Entities and Debt Instruments	58
Balance reservado. Estado M.1.1. Crédito a la clientela	74
Balance de las entidades de crédito españolas. Diciembre 2014	80
Lista de actividades objeto de reconocimiento mutuo	89
Operaciones de política monetaria del Eurosistema	130
IADI. Core Principles for Effective Deposits Insurance Systems.	136
FSB. Key Standards for Sound Financial Systems	300
Basilea II	310
Basilea III	313

CRD IV. Criterios técnicos relativos al tratamiento de los riesgos	422
Pilar 3. Disclosure. Formularios	456
Regulación de la información financiera y prudencial	465
BCBS. Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz	495
SABER. Matriz de riesgos	506
BCBS. Report on the impact and accountability of banking supervision	510
Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación del Reglamento CRR	519
ESRB. Objetivos intermedios e instrumentos macroprudenciales indicativos.	576
FSB. Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions	603
Información que se debe incluir en los planes de recuperación	632
Cuestiones que las autoridades de resolución deben considerar al valorar la resolución de una entidad o un grupo	641
BCBS. Orientaciones para identificar y hacer frente a bancos en dificultades	679
Ley 11/2015. Infracciones muy graves	724

ABREVIATURAS

AAPP	Administraciones Públicas
ABE	Autoridad Bancaria Europea
AESP	Autoridad Europea de Seguros y Pensiones
AEVM	Autoridad Europea de Valores y Mercados
AIAF	Asociación de Intermediarios de Activos Financieros
APR	Activos ponderados por riesgo
BCBS	<i>Basel Committee on Banking Supervision</i>
BCE	Banco Central Europeo
BCPs	<i>Basel Core Principles</i>
BIS	<i>Bank for International Settlements</i>
BOE	Boletín Oficial del Estado
BRRD	<i>Bank Recovery and Resolution Directive</i>
CBE	Circular del Banco de España
CEBS	<i>Committee of European Banking Supervisors</i>
CECA	Confederación Española de Cajas de Ahorros
CEIOPS	<i>Committee of European Insurance and Occupational Pensions</i>
CESR	<i>Committee of European Securities Regulators</i>
CET 1	<i>Common Equity Tier 1</i>
CIRBE	Central de Información de Riesgos del Banco de España
CNAE	Clasificación Nacional de Actividades Económicas
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CRD	<i>Capital Requirement Directive 2006/48</i>
CRD IV	<i>Capital Requirement Directive 2013/36 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions</i>

CRR	<i>Capital Requirement Regulation 575/2013 on prudential requirements for credit institutions</i>
DGS	<i>Deposit Guarantee Scheme</i>
DGSD	<i>Deposit Guarantee Scheme Directive 2014/49</i>
DGSFP	Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones
DO	Diario Oficial de la UE
EBA	<i>European Banking Authority</i>
ECB	<i>European Central Bank</i>
ECOFIN	<i>Economic and Financial Affairs Council</i>
EEA	<i>European Economic Area</i>
EFC	Establecimientos financieros de crédito
EIOPA	<i>European Insurance and Occupational Pensions Authority</i>
ELA	<i>Emergency Liquidity Assistance</i>
ESFS	<i>European System of Financial Supervision</i>
ESMA	<i>European Securities and Markets Authority</i>
ESRB	<i>European Systemic Risk Board</i>
EU	<i>European Union</i>
FASB	<i>Financial Accounting Standards Board (USA)</i>
FEEF	Fondo Europeo de Estabilidad Financiera
FGDEC	Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito
FMI	Fondo Monetario Internacional
FROB	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria
FSA	<i>Financial Services Authority (UK)</i>
FSB	<i>Financial Stability Board</i>
FSF	<i>Financial Stability Forum</i>
FUR	Fondo Único de Resolución
G20	<i>Group of Twenty (G-20) Finance Ministers and Central Bank Governors</i>
GHOS	<i>Governors and Heads of Supervision</i>
G-SIB	<i>Global Systemically Important Bank</i>
G-SIFI	<i>Global Systemically Important Financial Institution</i>

ABREVIATURAS

IAASB	<i>International Auditing and Assurance Standards Board</i>
IAS	<i>International Accounting Standard</i>
IASB	<i>International Accounting Standards Board</i>
ICO	Instituto de Crédito Oficial
IFAC	<i>International Federation of Accountants</i>
IFRS	<i>International Financial Reporting Standard</i>
IIC	Instituciones de Inversión Colectiva
IMF	<i>International Monetary Fund</i>
IOSCO	<i>International Organisation of Securities Commissions</i>
IRB	<i>Internal ratings-based approach</i>
ISA	<i>International Standard on Auditing</i>
LGD	<i>Loss Given Default</i>
LOLR	<i>Lender of Last Resort</i>
LOSS	Ley 10/2014 de Ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito
MEDE	Mecanismo Europeo de Estabilidad
MoU	<i>Memorandum of Understanding</i>
MUR	Mecanismo Único de Resolución
MUS	Mecanismo Único de Supervisión
NIA	Norma Internacional de Auditoría
NIC	Norma Internacional de Contabilidad
NIIF	Norma Internacional de Información Financiera
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OICVM	Organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios
RWA	<i>Risk Weighted Assets</i>
SAREB	Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria
SEBC	Sistema Europeo de Bancos Centrales
SEPA	<i>Single Euro Payments Area</i>
SEPBLAC	Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias

SIB	<i>Systemically Important Bank</i>
SIFI	<i>Systemically Important Financial Institution</i>
SIP	Sistema Institucional de Protección
SPE/V	<i>Special purpose entity/vehicle</i>
SRB	<i>Single Resolution Board</i>
SRF	<i>Single Resolution Fund</i>
SRM	<i>Single Resolution Mechanism</i>
SSM	<i>Single Supervisory Mechanism</i>
SSMR	<i>Single Supervisory Mechanism Regulation 1024/2013</i>
TBTF	<i>Too big to fail</i>
Tier 1	<i>Equity capital (core capital)</i>
Tier 2	<i>Secondary bank capital</i>
UE	Unión Europea
UEM	Unión Económica y Monetaria (Europea)

INTRODUCCIÓN

El objeto de esta Tesis es recopilar y analizar de manera sistemática el conjunto de mecanismos, regulatorios e institucionales, que, unas veces de manera implícita y otras de forma expresa, el ordenamiento ha dispuesto para prevenir y, en su caso, gestionar las crisis bancarias.

Los bancos desempeñan un papel central en la economía en cuanto que soporte del sistema de pagos y canalizadores del ahorro hacia la inversión. Disponen por ello de reserva de actividad protegida legalmente respecto de la captación de depósitos u otros fondos reembolsables del público. Pero más allá de esa reserva legal, la actividad bancaria, la protegida y la abierta a la competencia de otros sectores, resulta crucial en la captación de determinadas modalidades de ahorro y en la concesión de ciertas clases de financiación que, en conjunto, forman la actividad típica bancaria, mediante la que se canaliza una porción muy significativa de los flujos financieros de la economía de un país.

En el ejercicio de su actividad, además de administrar el sistema de pagos, los bancos desempeñan, fundamentalmente, dos funciones, la transformación de plazos y la dilución de riesgos, que permiten movilizar grandes masas de ahorro, manteniéndolo

disponible a la vista o a corto plazo para sus titulares, y dirigirlo hacia la financiación a mayor plazo de proyectos de inversión y de gastos de consumo de empresas y familias; y hacerlo, además, de manera eficaz, eficiente y segura.

Para que estas funciones se desarrollen con normalidad se requiere, en primer lugar, de la confianza de los ahorradores. Producto de la evolución del negocio bancario a lo largo del tiempo, se han ido generando una serie de elementos que, junto a las entidades de crédito, conforman lo que podríamos llamar la institución bancaria: el sistema de garantía de depósitos, el mercado interbancario, la ventanilla de liquidez del banco central y el prestamista de última instancia, que, en conjunto, contribuyen al mantenimiento de la confianza de los ahorradores y permiten el ejercicio regular de la actividad bancaria.

La experiencia también ha mostrado que, a pesar de ese conjunto de elementos, la quiebra de un banco es, sin embargo, posible y que en caso de producirse afecta, no solamente a sus acreedores, sino que pone en peligro la confianza en el conjunto de entidades y supone un riesgo para la estabilidad financiera.

La estabilidad financiera, entendida como aquella situación en la que el sistema financiero facilita la asignación eficaz de los recursos económicos; valora y gestiona adecuadamente los riesgos; y mantiene su capacidad para desempeñar estas funciones esenciales incluso cuando se enfrenta a shocks externos (SCHINASI), es una condición necesaria para el correcto funcionamiento de la economía de un país y su ausencia genera indeseadas consecuencias en la inversión, el crecimiento y el empleo. De ahí que los poderes públicos asuman como uno de sus cometidos la preservación de la estabilidad financiera.

Es esta idea del mantenimiento de la confianza de los ahorradores y de la preservación de la estabilidad financiera la que justifica la necesidad de la regulación bancaria, es decir, el sometimiento de las entidades de crédito a un intenso y extenso conjunto de normas que ordenan y disciplinan el ejercicio de sus actividades e incluso su propia existencia, así como el establecimiento de un régimen de supervisión a cargo de una autoridad pública.

INTRODUCCIÓN

La regulación, dado ese lugar central de los bancos en la economía, alcanza a ordenar un amplio campo de las actividades bancarias, como el papel de las entidades de crédito en los mecanismos de transmisión de la política monetaria, el funcionamiento del sistema de pagos, la protección de los derechos de los usuarios o la prevención del blanqueo de capitales; y una parte de esa regulación, la llamada regulación prudencial, se orienta a velar por la fortaleza, la estabilidad y la solvencia de las entidades de crédito y la preservación de la estabilidad financiera.

No toda la regulación prudencial tiene como finalidad expresa la prevención de crisis de entidades de crédito. En puridad, ni siquiera es esa su principal función, sino que el objetivo de la regulación es, ante todo, atender al adecuado desempeño de las instituciones, mercados e instrumentos financieros para que cumplan eficazmente el papel que tienen asignado en el funcionamiento de la economía: la canalización del ahorro a la inversión.

No obstante, sí es posible observar, aun en segundo plano, una cierta intención preventiva que recorre el conjunto de la regulación prudencial de las entidades de crédito, derivada de la constatación de que, como dijimos, la quiebra de una entidad constituye una amenaza para el funcionamiento del conjunto del sistema y pone en riesgo la estabilidad financiera del país. De hecho, el ordenamiento ya recogía unas, siquiera mínimas, medidas genuinamente preventivas a disposición del supervisor,

La crisis económica y financiera global iniciada en 2007 ha puesto en cuestión la validez de los mecanismos existentes para la prevención y gestión de crisis bancarias y ha supuesto una profunda revisión, tanto a nivel internacional como comunitario, del conjunto del ordenamiento prudencial de la actividad bancaria, con mayor intensidad en lo relativo a incrementar la fortaleza, solvencia y resistencia de las entidades de crédito, elevando los requerimientos de capital y liquidez que les resultan exigibles (Basilea III), y a mejorar su supervisión, tanto micro como macroprudencial, y, por otra parte, con la creación de un nuevo marco para la resolución ordenada de las empresas bancarias inviables (*resolution framework*), que recoge un conjunto de medidas, estas sí, específicamente orientadas a la prevención de crisis y, en caso de que se produzca, a su gestión ordenada, con la finalidad de incrementar la resistencia del sistema, eliminar la

garantía implícita del Estado a las entidades demasiado grandes para dejarlas quebrar, minimizar el riesgo para la estabilidad financiera y evitar que el coste de las crisis bancarias lo asuman los contribuyentes.

* * * * *

Desde los iniciales trabajos de S. MARTÍN-RETORTILLO sobre Derecho público bancario, la regulación prudencial de las entidades de crédito ha sido objeto de estudio con carácter general por E. LINDE PANIAGUA, J. LATORRE, A. JIMÉNEZ-BLANCO y J.M. VEGA SERRANO.

En aspectos específicos, la regulación de solvencia de las entidades de crédito ha sido analizada por R. POVEDA, J.M. GÓMEZ DE MIGUEL y A.J. TAPIA HERMIDA; M.A. SALVADOR ARMENDARIZ ha abordado el tratamiento del riesgo sistémico; y un nutrido grupo de autores han centrado su atención en los aspectos institucionales de las Cajas de ahorros. A partir de los trabajos de J. ESTEVE PARDO sobre el Derecho de riesgos, J. GARCÍA-ANDRADE ha estudiado la inserción de la regulación bancaria en el Derecho público sobre la gestión de riesgos.

La supervisión bancaria ha sido objeto de análisis desde la óptica del Derecho administrativo por E. LINDE PANIAGUA, J.C. LAGUNA DE PAZ, R.M. LASTRA y, especialmente en lo referido a la función inspectora, por M. IZQUIERDO CARRASCO y A. JIMÉNEZ-BLANCO.

Varias obras colectivas tienen la regulación bancaria como tema central o formando parte del ordenamiento administrativo/económico, de las que cabe citar los capítulos dedicados a “La intervención de la Administración en el Sistema Financiero”, en *Parte especial del Derecho Administrativo. La intervención de la Administración en la Sociedad*, de E. LINDE PANIAGUA (coord.); *Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario*, de S. MUÑOZ MACHADO y J.M. VEGA SERRANO (dirs); y

INTRODUCCIÓN

Derecho Bancario y Bursátil, de F. ZUNZUNEGUI (dir.), este último a mitad de camino entre el derecho mercantil y el administrativo.

Las crisis bancarias, sin embargo, no han sido objeto de una especial atención por parte de la doctrina administrativista en España. La crisis bancaria en España del periodo 1977-1985 fue estudiada por A. CUERVO y S. MARTIN-RETORTILLO, este último desde el punto de vista jurídico, junto con J. FANJUL que abordó los aspectos institucionales, E. PIÑEL los referidos a la regulación bancaria, A. ROJO y F. SÁNCHEZ CALERO la perspectiva del Derecho civil y mercantil y T-R. FERNÁNDEZ la del Derecho administrativo. Algo después el tratamiento jurídico de las crisis bancarias fue estudiado por F.J. PRIEGO y, ya respecto de la última crisis, por A.PINILLOS y M.M. DARNACULLETA. Las crisis bancarias, fundamentalmente sus causas, desde la óptica de la supervisión prudencial ha sido analizada por A. DE JUAN.

El tratamiento de la resolución en el nuevo marco europeo de recuperación y resolución de entidades de crédito ha sido analizado por F. CONLLEDO LANTERO, J. RODRÍGUEZ PELLITERO, R. UGENA TORREJÓN y F. URÍA FERNÁNDEZ.

El objeto de esta Tesis es la recopilación, sistematización y análisis de los mecanismos de prevención y gestión de crisis bancarias contemplados en el ordenamiento comunitario y español, y su evolución histórica; el análisis de los nuevos estándares internacionales en la materia y los instrumentos recién creados, diseñados para reducir el riesgo de crisis y mitigar sus efectos; y la revisión del conjunto de herramientas, atribuciones y potestades de las que dispone la Administración para la prevención y gestión de crisis bancarias.

Pretendemos con ello mostrar una visión transversal sobre el conjunto del ordenamiento bancario, respecto de los instrumentos jurídicos dispuestos para la prevención y gestión de crisis, aspecto que entendemos no ha sido abordado con anterioridad por los estudios de Derecho administrativo referidos a las entidades de crédito.

Dos reflexiones adicionales en torno a cómo vamos a enfocar el análisis de los mecanismos de prevención y gestión de crisis en este trabajo:

- La primera es que toda crisis de una entidad de crédito tiene el potencial de convertirse en sistémica, independientemente del tamaño de la entidad afectada, por lo que en este trabajo no hemos considerado procedente el distinguir entre crisis atendiendo a su condición de individuales o sistémicas; los mecanismos de prevención y gestión de crisis bancarias lo son para afrontar todas ellas.
- La segunda es que el ordenamiento dispone de un conjunto de elementos: regulación, supervisión y resolución, que constituyen, idealmente, un conjunto completo, coherente y consistente con el papel asignado a la actividad bancaria en la economía y orientado a un fin, que es, principalmente, la preservación de la estabilidad financiera. La interrelación entre estos elementos y la coordinación tanto de su regulación como de su puesta en práctica son elementos esenciales en la prevención de crisis y su análisis, en conjunto, constituye la parte central de esta Tesis.

* * * * *

El ordenamiento bancario, esto es, el sometimiento de las entidades de crédito a un específico régimen regulatorio de su actividad, se articula en torno a tres conceptos básicos:

- una serie de normas, de distinto rango, que tendencialmente forman un conjunto coherente y homogéneo, orientadas a delimitar las posibilidades de actuación de las empresas bancarias, de naturaleza privada, en el marco de una economía de libre mercado; son lo que la Ley denomina normas de ordenación y disciplina;
- un régimen público de supervisión prudencial, que se superpone a los mecanismos de control privados, tanto internos (el gobierno corporativo de las empresas) como externos (la auditoría legal de cuentas) y que no se limita a la mera comprobación del cumplimiento de las normas (monitorización) por parte de las entidades, sino que atiende a su comportamiento y solidez (solvencia,

rentabilidad, liquidez,...), a la sanidad del sistema financiero y a la preservación de la estabilidad financiera; y

- un conjunto de potestades que habilitan a la Administración y le permiten interferir, con distintos niveles de intensidad, en las actividades de las empresas bancarias: desde las meras recomendaciones a la resolución ordenada; acompañadas de un específico régimen sancionador.

Estos tres elementos, regulación, supervisión y capacidad de intromisión de la Administración, que comportan una restricción de la libertad de empresa y una limitación en el ejercicio de derechos privados, se justifican sin embargo por la necesidad de preservar una serie de intereses públicos que requieren de una especial protección jurídica. Estos intereses públicos no constituyen un bloque claramente delimitado, no siempre aparecen definidos de manera explícita en la legislación, su composición y el peso relativo de sus integrantes han ido variando, pero es posible identificar un núcleo central, que se mantiene a lo largo del tiempo, que resulta esencial para el correcto funcionamiento de la economía, y que está directamente relacionado, entre otros aspectos, con la necesidad de preservar la estabilidad del sistema financiero, la confianza de los depositantes, los derechos de los usuarios, el flujo de crédito a la economía, el suministro regular de medios de pago y el mantenimiento de los servicios bancarios básicos.

Bajo el concepto de regulación y supervisión prudenciales estamos haciendo referencia a aquella parte del ordenamiento cuyo objetivo, de entre los antes enunciados, es específicamente la vigilancia de la solvencia de las entidades de crédito y la preservación de la estabilidad financiera. Es por tanto esta parte del ordenamiento, la regulación y supervisión prudenciales la que resulta relevante desde la óptica de la prevención y gestión de crisis.

La experiencia histórica demuestra, y la crisis actual ha permitido constatar, que entre los elementos que en mayor medida alteran el correcto funcionamiento de la economía y resultan perturbadores para la estabilidad del sistema se encuentran, sin duda, las situaciones de crisis bancarias. Y no tanto por los efectos que la quiebra de una entidad de crédito pueda tener para la propia empresa y los intereses de sus accionistas

(en lo que los bancos no son distintos del resto de las sociedades mercantiles), cuanto por los indeseados efectos que ello comporta en la merma de la confianza de los depositantes en general, en el efecto contagio sobre otras entidades y sus acreedores, en el riesgo de propagación a la totalidad del sistema financiero, dada la elevada interconexión de sus miembros, y en la necesidad de comprometer recursos públicos para paliar las externalidades que origina.

Por ello, para evitar la aparición de situaciones de crisis y mitigar sus posibles efectos, el ordenamiento dispone de toda una serie de medidas que se pueden agrupar en tres grandes categorías: las normas que de forma genérica contribuyen a reducir el riesgo de crisis, las medidas específicamente diseñadas para la prevención de crisis y las herramientas de gestión de crisis bancarias.

Las primeras son esencialmente de naturaleza legislativa, de carácter genérico, no discriminatorias, que afectan por igual, con una mínima modulación, a la totalidad de los intermediarios financieros y que, con mayor o menor intensidad, están presentes en el conjunto de la regulación bancaria, desde el régimen autorizativo hasta las obligaciones de transparencia, pero que adquieren una especial relevancia en los requerimientos de solvencia de las entidades de crédito, en sus tres manifestaciones (los tres Pilares de Basilea) de recursos propios mínimos en función de los riesgos, examen supervisor de la adecuación del capital y divulgación de información con sometimiento a la disciplina de mercado. La regulación prudencial bancaria no es exclusiva ni principalmente preventiva, aunque muchos de sus elementos, en especial los referidos a la solidez de los intermediarios, muestran una clara orientación en este sentido.

Las dos siguientes, dejando al margen la mera planificación, solo entran en juego, sin embargo, ante situaciones “patológicas” de las entidades, tienen que ver con actuaciones concretas de la Administración, dirigidas de forma específica sobre entidades previamente identificadas individualmente, se despliegan en virtud de potestades otorgadas a la Administración ejercitables con un amplio margen de discrecionalidad, y tiene un marcado carácter idiosincrásico; o, dicho en otros términos, las crisis teóricas se previenen en abstracto, pero las crisis reales se gestionan caso a caso.

INTRODUCCIÓN

* * * * *

El trabajo se presenta dividido en ocho capítulos en los que es posible diferenciar tres bloques.

El primero de estos bloques está presidido por la idea de que *la especialización y complejidad sobre la que opera una determinada rama del Derecho exigen con carácter previo el conocimiento profundo de dicha realidad* (M^a.M. DARNACULLETA y M^a.A. SALVADOR ARMENDARIZ)

Nos ha parecido por ello necesario dedicar una parte inicial a algunos aspectos esenciales de la actividad bancaria, comenzando por el papel de los bancos en la canalización del ahorro a la inversión, diferenciándolo del desempeñado por otros intermediarios financieros, y las funciones de transformación de plazos y dilución de riesgos que caracterizan a la actividad bancaria.

El ahorro constituye la materia prima de la intermediación bancaria y, aun siendo conscientes de la dificultad de su categorización de forma precisa y de que, con la información disponible, las pruebas no son concluyentes, parece conveniente diferenciar entre distintas modalidades de ahorro, con el fin de aislar aquellas que constituyen el ahorro típico bancario, materialización de la confianza de los depositantes, y merecedor por tanto de alguna forma de protección jurídica de su integridad, a diferencia de aquel otro que incorpora un componente de riesgo (y rentabilidad) voluntariamente asumido por sus tenedores y cuyo resultado puede dejarse al juego del mercado, preservando el ordenamiento la transparencia y la libre concurrencia.

Algo similar, aunque con no pocos matices, cabría apuntar en torno al crédito. La concesión de crédito no es una actividad reservada a los bancos; de hecho el otorgar financiación, siempre que sea utilizando para ello recursos propios, es una actividad completamente libre; y el crédito no es, además, la única forma que tienen las empresas de obtener financiación; la apelación al mercado o a inversores institucionales o

privados para captar recursos en forma de capital o de deuda son alternativas igualmente disponibles. Pero eso no oculta el hecho de que hay determinadas modalidades de crédito que, si no exclusivas, sí son típicamente bancarias atendiendo a su plazo, cuantía, etc. (desde el préstamo hipotecario a familias para adquisición de vivienda, a los elevados créditos sindicados para financiar grandes proyectos de inversión) que son difícilmente sustituibles por otras alternativas de mercado.

La interrupción del flujo de regular de crédito bancario a la economía, debido a las dificultades financieras de las entidades prestamistas, como se ha comprobado con la reciente crisis, supone un lastre para la actividad empresarial, la inversión y el crecimiento económico.

La actividad típica bancaria, es decir, la captación de depósitos del público y la concesión de crédito, constituyen no solo el objeto propio de las entidades de crédito, sino la principal justificación de la regulación prudencial. Sin perjuicio de que los bancos desarrollen, y la regulación contemple, otras actividades y funciones, lo que se persigue con la regulación prudencial es, en esencia, preservar el normal desenvolvimiento de la actividad típica, sin que se vea alterado por la eventual situación de dificultad, comportamiento inadecuado o quiebra de alguna entidad de crédito.

Otro aspecto del funcionamiento de la actividad bancaria que interesa destacar tiene que ver con el hecho de que, para que los bancos puedan captar recursos a corto plazo, incluso disponibles a la vista, y puedan prestarlos a mayor plazo, se requiere de la confluencia de una serie de elementos, producto de la evolución del negocio bancario y de su regulación a lo largo de más de un siglo, elementos que en conjunto constituyen lo que podríamos llamar la institución bancaria.

La idea que intentamos expresar con este concepto es que la banca no son los bancos, no exclusivamente; es decir, para el ejercicio de la actividad bancaria, para el desempeño de la función bancaria, se requiere algo más que las entidades; es necesaria la disposición de otra serie de elementos que permitan la transformación de plazos, preservando a la vez la disponibilidad de recursos líquidos con los que atender las necesidades de los depositantes y ofreciendo a éstos la seguridad de que, en el peor de

INTRODUCCIÓN

los casos, el reembolso de sus depósitos está asegurado (por el soberano). El coeficiente de reservas mínimas, el mercado interbancario de depósitos, el papel del banco central como suministrador de liquidez y prestamista de última instancia y la existencia de un sistema de garantía de depósitos, constituyen, junto a las entidades de crédito, ese entramado institucional, que hace posible la actividad bancaria en las sociedades modernas.

Un tercer capítulo está referido a la regulación bancaria, en el que hemos dedicado una sección al desarrollo histórico de la regulación bancaria en España, que permite apreciar cómo han ido evolucionado las instituciones y la regulación hasta el momento inmediatamente anterior a la reciente crisis y, en una segunda sección, nos hemos detenido en repasar el proceso de generación de normas tras el proceso de reformas emprendido por organismos internacionales de distinta naturaleza y cómo los estándares por ello generados, sin fuerza vinculante, acaban sin embargo convertidos en normas jurídicas tras su incorporación al ordenamiento de la Unión Europea, con especial atención a lo que constituye la columna vertebral de la regulación prudencial bancaria: los requerimientos de solvencia de las entidades de crédito emanados de los acuerdos alcanzados en el Comité de Supervisión Bancaria, conocidos como Basilea I, II y III.

El primer bloque se cierra con un capítulo dedicado a las crisis bancarias. La revisión de las causas y las consecuencias de la última crisis económica y financiera iniciada en 2007, completa el capítulo anterior y nos permite reflexionar sobre algunas generalizaciones en torno a las crisis bancarias, que justifican la reforma emprendidas y el nuevo entramado regulatorio e institucional referido al ordenamiento global de la actividad bancaria y su concreción en la Unión Europea.

* * * * *

Conviene reiterar que el objetivo central de la regulación prudencial no es la prevención de crisis, sino el correcto funcionamiento de las entidades de forma que

cumplan adecuadamente el papel que tienen asignado en la canalización de recursos financieros. El escenario que pretenden regular las normas de ordenación bancaria es el del normal funcionamiento (*going concern*) de las empresas bancarias y solo de manera secundaria y accesoria el de inviabilidad (*gone concern*).

No obstante, en la regulación prudencial, aunque está dirigida, fundamentalmente, a las entidades de crédito sanas y solventes, subyace la idea de que continúen siéndolo y, en este sentido, una cierta intencionalidad preventiva está presente de manera implícita en el conjunto de la ordenación bancaria.

A estos mecanismos genéricos de prevención de crisis está dedicado el segundo de los bloques a los que antes hacíamos referencia.

La exigencia de autorización administrativa para la creación de una entidad de crédito, o la adquisición de una participación significativa en la misma, está condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos en cuanto a capital mínimo, idoneidad de accionistas y administradores apreciada por la autoridad supervisora, disponibilidad de procedimientos de gestión y control, y transparencia y accesibilidad para la supervisión, que configuran un régimen *sui generis* de acceso a la actividad específicamente bancario, que trata de evitar la entrada de aspirantes que, por insuficiencia de recursos, falta de capacidad o ausencia de claridad en sus negocios, resultan inadecuados para el ejercicio de la actividad bancaria, por cuanto pondrían en riesgo el normal desenvolvimiento de la entidad y, con ello, el correcto funcionamiento del sistema.

Pero, como antes apuntábamos, el ordenamiento bancario se orienta al funcionamiento ordinario de las entidades en situaciones de normalidad y para ello, una vez obtenida la autorización, se requiere una adecuada gobernanza empresarial y el establecimiento de una serie de mecanismos de control, tanto internos como externos.

La gobernanza de las empresas es objeto de creciente preocupación por parte de los organismos internacionales y, en el caso de los bancos, tanto el Comité de Basilea como la Autoridad Bancaria Europea han emitido sus correspondientes guías, incorporadas después al ordenamiento comunitario y español, con la finalidad de que las entidades de

INTRODUCCIÓN

crédito adecúen la composición y funciones de sus órganos de gobierno y la capacidad y responsabilidades de sus consejeros y administradores a las actividades que desarrolla la entidad, los riesgos que asume en sus negocios y el fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales a las que está sometida.

Dentro de esta exigencia de adecuado gobierno corporativo cabe enmarcar los mecanismos de control interno que la regulación bancaria requiere implantar a las entidades de crédito para su correcto funcionamiento, fundamentalmente en tres ámbitos: la función de control de los riesgos a los que la entidad está expuesta como consecuencia de sus actividades y del desenvolvimiento de los mercados en los que opera; la función de cumplimiento normativo, de creciente importancia en el ámbito bancario, dada la intensidad de la regulación a la que los bancos están sometidos y los elevados costes de su incumplimiento; y la función de auditoría interna, que complementa las dos anteriores y permite a los administradores adquirir una razonable seguridad sobre el adecuado funcionamiento de los mecanismos de control. La utilización por la regulación del término “función” se justifica por estar referido, no tanto a cargos concretos (como el de *chief risk officer*), comités (como el de riesgos o el de auditoría) o departamentos (como el de auditoría interna), cuanto al cometido que se espera que éstos desempeñen.

De no menor importancia desde la perspectiva de la prevención de crisis bancarias resultan los mecanismos de control externos a las propias entidades. En primer lugar, el sometimiento de las empresas bancarias, como todas las empresas de interés público, a la auditoría regular de sus cuentas por un auditor habilitado al efecto, que en el caso de los bancos implica la obligación de éste de comunicar a los supervisores las infracciones de normas de obligado cumplimiento y los riesgos para la continuidad de la empresa de los que haya tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones. Un segundo elemento de control externo está representado por la obligación de las entidades de formular información financiera que reúna determinadas características exigibles en cuanto a pertinencia, fidelidad y relevancia, dirigida a las partes interesadas (*stakeholders*), ya sea de manera pública con fines de información general, ya sea de carácter reservado como la remitida de forma obligatoria, periódica y estandarizada al supervisor.

Completa estos mecanismos de control externo el llamado Pilar 3 establecido por el Comité de Basilea, formando parte del acuerdo de Basilea II, para complementar los requerimientos mínimos de capital y fomentar la disciplina de mercado mediante el establecimiento de una serie de requisitos de divulgación, que permita a los agentes del mercado evaluar información relevante referida a las actividades, los riesgos y la suficiencia de capital de la entidad.

La supervisión prudencial ocupa un lugar destacado entre los mecanismos que el ordenamiento ha dispuesto para prevenir las crisis de entidades bancarias y es un elemento esencial de lo que en otro apartado, siguiendo a R. Poveda, hemos llamado el paradigma regulatorio que se instauró en los años 80 del pasado siglo, caracterizado por el ejercicio de la actividad bancaria dentro de un marco de libertad de mercado, el sometimiento de todas las entidades a un único conjunto de normas centradas, fundamentalmente, en la preservación de su solvencia, y la supervisión de aquéllas por una autoridad pública investida de amplias potestades para intervenir en su actividad y en su caso sancionar conductas inadecuadas.

La organización de la supervisión, sus funciones y las potestades supervisoras han sido analizadas en ese capítulo, en el que se ha prestado atención al recientemente creado Mecanismo Único de Supervisión, uno de los elementos integrantes de la Unión Bancaria, así como a la supervisión macroprudencial, que si bien no es una novedad en el ordenamiento bancario, si ha renacido con nuevo ímpetu bajo el impulso de la crisis.

* * * * *

La tercera y última parte de la Tesis es la referida a los mecanismos dispuestos por el ordenamiento bancario expresamente para la prevención y, en su caso, gestión de crisis, mecanismos que cabe situar en un nuevo marco para la recuperación y resolución de entidades de crédito, prácticamente inexistente con anterioridad a la última crisis, y

INTRODUCCIÓN

diseñado y puesto en práctica en un corto espacio de tiempo, tras la experiencia de las dificultades que el sector bancario ha atravesado, especialmente en el área del euro.

El marco de recuperación y resolución ha dado lugar a un nuevo entramado institucional, con la atribución al supervisor de mayores potestades, ejercitables además en fases tempranas del deterioro, la creación de unas nuevas autoridades administrativas, tanto nacionales como europea, encargadas de la resolución de entidades inviables, y la constitución de mecanismos públicos de financiación de la resolución nutridos con recursos aportados *ex ante* por las propias entidades. En el ámbito de la Unión Bancaria estas reformas se han concretado en la creación del Mecanismo Único de Resolución y del Fondo Único de Resolución, con una nueva agencia europea al frente, la Junta Única de Resolución.

El complejo esquema regulatorio diseñado aborda el problema de la prevención y gestión en diversas fases, desde la planificación a la resolución o la liquidación de la entidad.

En la fase de planificación, mientras la entidad se encuentra en situación de normalidad, cabe situar la elaboración por las propias entidades de planes de recuperación, y la planificación y valoración de la resolubilidad de cada una de éstas realizada por la autoridad de resolución, incluyendo en este último apartado la fijación de un volumen mínimo exigible de capital y pasivos susceptibles de absorber pérdidas (MREL) en caso de resolución y la posibilidad de requerir la adopción de medidas correctoras.

La crisis de una entidad de crédito no se presenta de manera súbita; por el contrario, las situaciones de crisis responden, salvo excepciones, a un proceso de deterioro paulatino, más o menos rápido e intenso; una especie de enfermedad degenerativa, pero reversible. Una de las funciones de la supervisión prudencial es, precisamente, exigir la adopción de medidas de actuación en una fase temprana que permitan detener el deterioro, de forma que la entidad pueda revertir el proceso. Si se presentasen dificultades que puedan ser superadas por la entidad con sus propios medios, el ordenamiento otorga al supervisor la potestad de decidir la adopción de algunas de entre

un amplio conjunto de medidas de intervención temprana y de exigir su cumplimiento para retornar a la normalidad.

Y si finalmente el supervisor concluye que la entidad es inviable, corresponde a la autoridad de resolución decidir entre instar el procedimiento concursal ordinario para proceder a su liquidación o abrir un procedimiento de resolución ordenada, y haciendo uso de los instrumentos que el ordenamiento pone a su disposición, proceder a sanear la entidad, venderla por el todo o por partes, o reflotarla, disponiendo en primer lugar de los recursos de accionistas y acreedores, de los fondos aportados por la industria bancaria a continuación, y solo en último término y con carácter excepcional apelando a fondos públicos.

En conjunto, el marco de recuperación y resolución puede entenderse como un mecanismo diseñado para reducir al máximo la probabilidad de insolvencia, limitar hasta donde sea posible las pérdidas en caso de que ocurra y asignar éstas a los accionistas y acreedores antes de que recaigan sobre el contribuyente.

* * * * *

Una vez que el ordenamiento ha desplegado este enorme arsenal de medidas preventivas, cabría esperar, como conclusión, que el funcionamiento de los controles tanto internos como externos y la mejora de la gobernanza de las entidades, el reforzamiento de la supervisión prudencial con la puesta en marcha del MUS, la planificación de la recuperación y la resolución llevada a cabo por las entidades y la autoridad de resolución, y la adopción en caso de necesidad de medidas de intervención temprana por el supervisor, investido de unas potestades que le otorgan unas posibilidades de actuación casi ilimitadas, conviertan en remotas las probabilidades de que la crisis de una entidad de crédito llegue a materializarse.

CAPÍTULO PRIMERO.

LA ACTIVIDAD BANCARIA

I. INTRODUCCIÓN

Un trabajo dedicado a los mecanismos de prevención y gestión crisis bancarias requiere, necesariamente, de una mínima reflexión en torno a dos cuestiones básicas: en primer lugar, la referida a qué hacen los bancos, o más precisamente, qué hacen los bancos que resulta tan relevante para la economía y la sociedad como para requerir que una rama del ordenamiento jurídico, la regulación bancaria, esté expresamente dedicada a ordenar sus actividades, en mayor medida de la que se regulan cualesquiera otras actividades económicas; muestre un especial interés en evitar que los bancos entren en crisis, cuando diariamente lo hacen multitud de empresas que no suscitan tal atención; y, finalmente, que sea un ente público el encargado de gestionar la resolución ordenada de las entidades de crédito inviables, en lugar de proceder a su liquidación por el procedimiento concursal que de ordinario se utiliza para el resto de sociedades mercantiles en tal situación.

Una segunda pregunta, que se deriva de la anterior ampliándola para abarcar no solo el qué, sino también el cómo lo hacen, tiene que ver con la forma en que se desarrolla la actividad bancaria y con el conjunto de elementos necesarios para que los bancos cumplan la función que se espera de ellos. A estas dos cuestiones están dedicados los dos primeros capítulos.

Partiendo de la *definición de empresa bancaria como aquella que tiene por objeto la captación de fondos del público para invertirlos por cuenta propia en operaciones de préstamo y crédito y que, además, asume el riesgo de insolvencia de los prestatarios y el de liquidez que se origina al cambiar los plazos*¹, a la primera pregunta, qué hacen los bancos, intentaremos responder acercándonos a los elementos básicos de esta definición: los fondos captados del público y las operaciones de préstamo y crédito que, en conjunto, constituyen el objeto de lo que habitualmente se conoce como actividad típica bancaria. De ahí que el primer capítulo, dedicado a la actividad bancaria, esté orientado a concretar la definición de ahorro, sus variantes y su materialización en pasivos bancarios, así como a la financiación de la economía, en especial, a través del crédito bancario.

En el segundo capítulo queremos mostrar cómo, para el desarrollo de la actividad bancaria, no basta con la existencia de entidades de crédito encargadas de desarrollarla. La captación de fondos del público, basada en la mera confianza del ahorrador en la entidad depositaria, y la canalización del ahorro a la inversión, cuando comporta transformación de plazos, requieren de una serie de elementos que, actuando conjuntamente, hacen posible que el sistema funcione con normalidad y que justifican que, de forma algo imprecisa, podamos referirnos a ellos como una institución, producto de la evolución y el perfeccionamiento del modelo a través de los años.

El objetivo de estos dos primeros capítulos se puede resumir en la idea de que, para entender la importancia de los esfuerzos encaminados a prevenir y, en su caso, gestionar, las crisis bancarias, es imprescindible reflexionar primero acerca de qué hacen los bancos, por qué su papel es relevante para el correcto funcionamiento de la

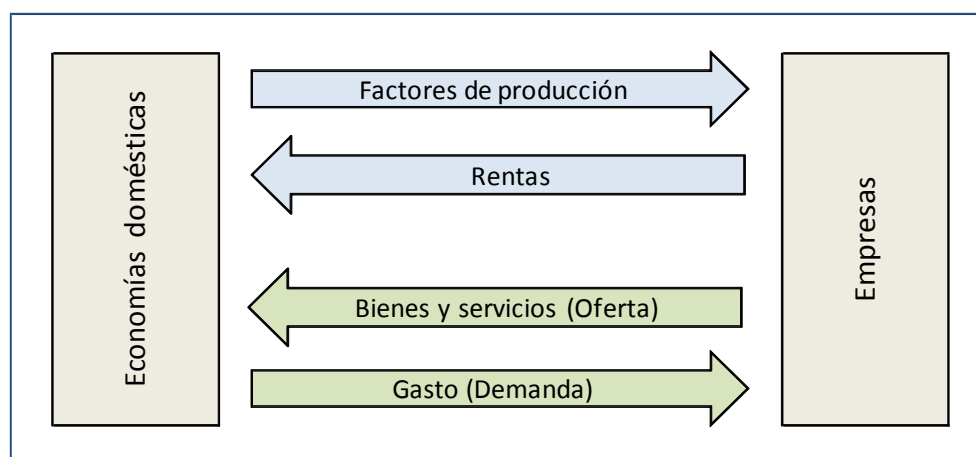
¹ BANCO DE ESPAÑA. La función supervisora del Banco de España. Razones para su existencia http://www.bde.es/bde/es/areas/supervision/funcion/razones/Razones_para_su_existencia.html

economía del país, qué aspectos de su actividad es preciso preservar y qué otros pueden, incluso deben, dejarse al libre funcionamiento de las fuerzas del mercado y, en fin, qué intereses públicos hay en juego y quiénes son los principales perjudicados en caso de crisis bancaria.

II. EL AHORRO

1. Introducción

El conjunto de la actividad económica de un país se puede analizar desde tres enfoques distintos: desde el punto de vista de la producción de bienes y servicios, es decir de la oferta; desde el lado de la demanda de esos mismos bienes y servicios; y desde la perspectiva de las rentas que perciben los agentes económicos.



En una primera aproximación simplificada, unos agentes económicos, normalmente las empresas, producen bienes y servicios, y utilizan para ello los factores de producción (trabajo, tierra, capital,...) que otros agentes, en último término las economías domésticas, ponen a su disposición. Como contraprestación, estas últimas reciben unas rentas (remuneración de los asalariados, rentas por alquileres, intereses, dividendos,...), que a su vez utilizan para la adquisición de los bienes y servicios que consumen.

Además, en las economías avanzadas actuales el sector público juega un papel destacado, tanto como oferente y demandante de bienes y servicios, como en su función de recaudar impuestos y generar transferencias (rentas en ambos sentidos) a los demás agentes. Otro tanto cabría decir del resto de mundo y de la importancia creciente de las transacciones económicas, en bienes, servicios y rentas, con el exterior.

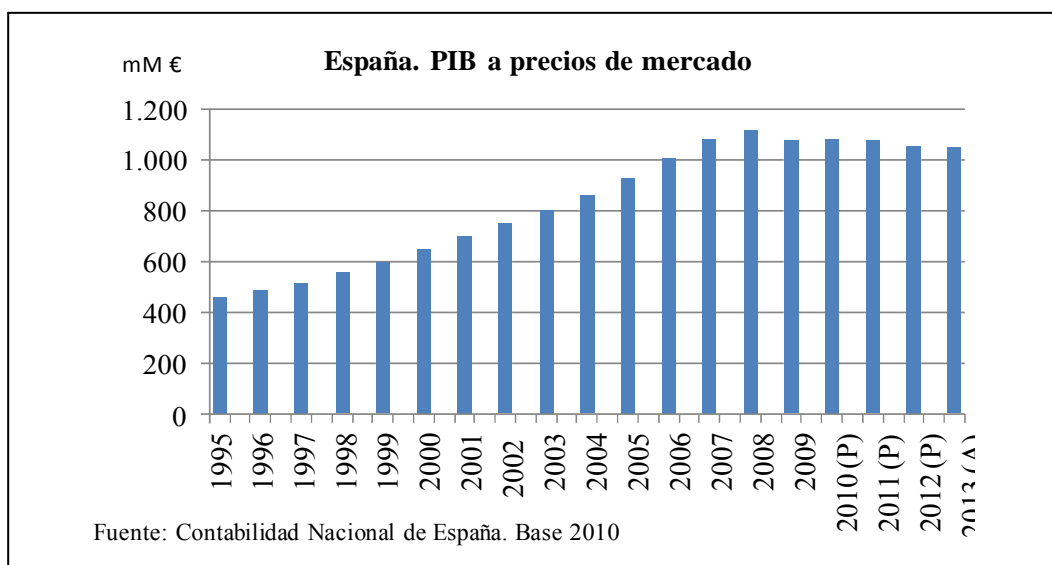
En los siguientes párrafos haremos una esquemática descripción de las principales variables económicas, así como de la identidad entre producción (desde el lado de la oferta), gasto (desde el lado de la demanda) y renta, para alcanzar una definición de inversión y de ahorro. Interesa resaltar la identidad básica entre el ahorro y la inversión y, en especial, precisar el concepto de ahorro, en la medida en que constituye la materia prima de la intermediación financiera (la canalización del ahorro a la inversión) y, singularmente, de las entidades de crédito (bancos de depósitos, cajas de ahorros, ...).

Conforme a la clasificación habitualmente utilizada, agruparemos los agentes económicos en cinco grandes sectores: las entidades financieras; las empresas distintas de las anteriores, es decir las sociedades no financieras; los hogares, denominación que agrupa a las familias y a las entidades sin ánimo de lucro al servicio de los hogares; las administraciones públicas; y el sector exterior, también citado como resto del mundo.

2. La producción desde el lado de la oferta

El Producto Interior Bruto (PIB) se define como el valor de mercado del conjunto de bienes y servicios finales producidos en el país en un periodo determinado, definición de la que conviene recalcar que se trata solo de bienes y servicios finales (los consumos intermedios se tienen en cuenta para evitar el doble cómputo), producidos en el periodo (excluyendo por tanto las transacciones de bienes y servicios producidos en periodos anteriores), valorados a precios de mercado (y no al coste de los factores, como veremos a continuación), y producidos en el país, tanto si se destinan al mercado interior como a la exportación.

CAPÍTULO PRIMERO LA ACTIVIDAD BANCARIA



El PIB es una de las principales variables macroeconómicas, proporciona una medida sintética de la actividad económica de la nación y es la referencia habitualmente utilizada para valorar la magnitud y la evolución de otras muchas variables.

3. La demanda agregada

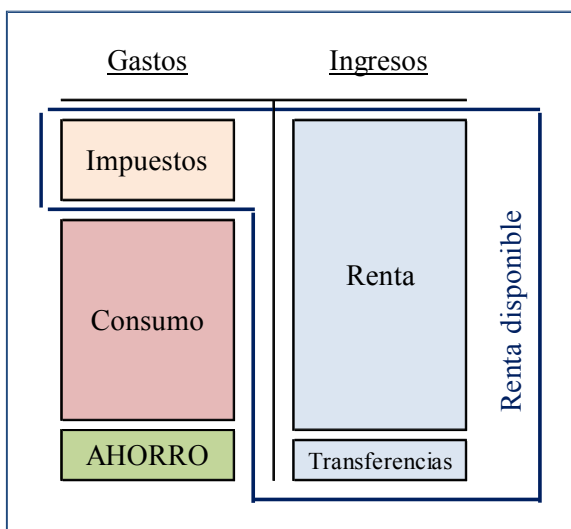
El conjunto de los bienes y servicios producidos en el interior del país, el PIB, más los adquiridos del resto de mundo, las importaciones, tienen por finalidad atender las necesidades (la demanda) de consumo de las economías domésticas², la compra de bienes y servicios por parte de las administraciones públicas, los gastos de inversión (o formación bruta de capital en términos de contabilidad nacional), y la demanda procedente del exterior (las exportaciones). Consumo, inversión, gasto público y exportaciones constituyen por tanto los componentes de la demanda agregada, que resultan equivalentes a la oferta, es decir, al PIB más las importaciones.

² Excedería de las pretensiones de este trabajo entrar en la descripción pormenorizadas de cada uno de los componentes de la demanda y detenerse en las, no siempre obvias, convenciones contables que permiten, por ejemplo, distinguir entre gastos de consumo e inversión de los distintos sectores.

Las definiciones de cada uno de los conceptos utilizados en la contabilidad nacional se encuentra en el Reglamento (UE) 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. DO 174 de 26.6.2013

4. La remuneración de los factores. La renta

Para producir bienes y servicios los agentes económicos proporcionan los factores de producción (trabajo, capital,...); factores que es necesario remunerar. La producción



analizada desde el punto de vista de la remuneración de los factores es la renta.

Por conceptos, la remuneración de los factores se desglosa en rentas de la propiedad (por alquileres, intereses y dividendos, entre otras), beneficios de las sociedades mercantiles y remuneración de los asalariados (incluyendo cotizaciones sociales). En términos de contabilidad nacional, sin embargo, el

PIB, atendiendo a la distribución funcional de la renta, se descompone en: remuneración de los asalariados, excedente bruto de explotación³ e impuestos a la producción y a las importaciones.

5. La renta disponible

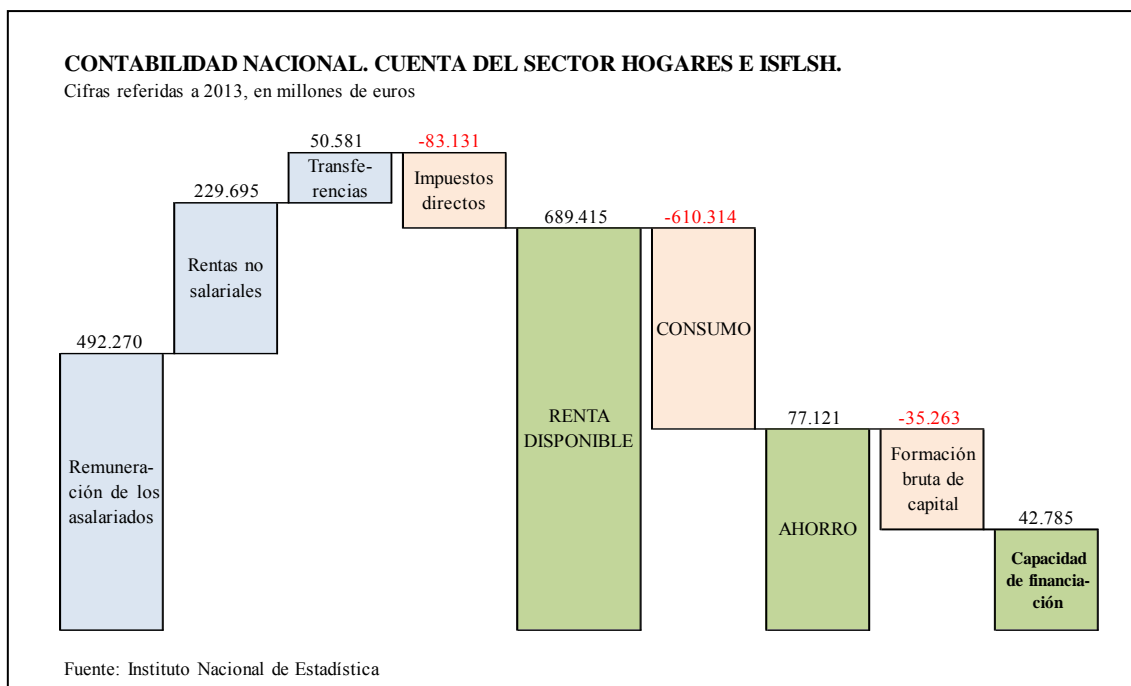
Junto a la renta que los agentes económicos perciben como contraprestación de los factores productivos, éstos reciben igualmente transferencias procedentes del sector público en forma de subvenciones y subsidios (por pensiones, desempleo,...). En conjunto, los ingresos percibidos de ambas fuentes constituyen la renta personal.

La renta personal tiene tres finalidades: una parte se destina al pago de impuestos y contribuciones, que deducidos de la renta personal dan lugar a la renta personal disponible; otra parte se destina al consumo de bienes y servicios; y, finalmente, el

³ Obsérvese que el excedente bruto de explotación ya recoge la depreciación (consumo de capital) y es anterior al pago de intereses y a la distribución de los resultados empresariales, tanto los repartidos vía dividendos, como los beneficios retenidos por las empresas; lo que permite igualar el PIB y los componentes de la renta citados.

CAPÍTULO PRIMERO LA ACTIVIDAD BANCARIA

resto, lo que queda, es el ahorro. De forma que, en su construcción habitual, el ahorro de define como aquella parte de la renta personal disponible que no se destina al consumo.



LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN Y GESTIÓN DE CRISIS BANCARIAS

Contabilidad Nacional de España. Base 2010

Producto interior bruto a precios de mercado y sus componentes

Precios corrientes

Unidad: millones de euros

Demanda	2003	2008	2013 (A)
Gasto en consumo final	597.730	843.061	814.532
- Gasto en consumo final de los hogares	456.041	623.029	599.537
- Gasto en consumo final de las ISFLSH	7.001	10.511	10.777
- Gasto en consumo final de las AAPP	134.688	209.521	204.218
Formación bruta de capital	223.553	330.352	198.892
- Formación bruta de capital fijo	222.197	326.064	194.310
- Variación de existencias y adquisiciones menos cesiones de objetos valiosos	1.356	4.288	4.582
Exportaciones de bienes y servicios	204.462	282.589	331.073
Importaciones de bienes y servicios	222.273	339.795	295.316
PRODUCTO INTERIOR BRUTO APRECIOS DE MERCADO	803.472	1.116.207	1.049.181
Oferta	2003	2008	2013 (A)
Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	27.171	25.561	26.578
Industria	140.977	183.870	168.603
Construcción	79.692	113.190	55.070
Servicios	479.845	703.051	708.220
- Comercio transporte y hostelería	169.399	224.635	228.198
- Información y comunicaciones	33.827	44.071	39.726
- Actividades financieras y de seguros	34.298	55.125	35.587
- Actividades inmobiliarias	50.537	91.968	114.455
- Actividades profesionales	47.474	74.609	70.527
- Administración pública, sanidad y educación	116.270	173.798	178.677
- Actividades artísticas, recreativas y otros servicios	28.040	38.845	41.050
Impuestos netos sobre los productos	75.787	90.535	90.710
PRODUCTO INTERIOR BRUTO APRECIOS DE MERCADO	803.472	1.116.207	1.049.181
Rentas	2003	2008	2013 (A)
Remuneración de los asalariados	386.223	559.777	490.253
Excedente de explotación bruto / Renta mixta bruta	339.380	465.182	458.590
Impuestos netos sobre la producción y las importaciones	77.869	91.248	100.338
PRODUCTO INTERIOR BRUTO APRECIOS DE MERCADO	803.472	1.116.207	1.049.181

(A) Estimación avance

Fuente: INE

6. Algunas equivalencias básicas

Los conceptos económicos que hemos venido describiendo nos permiten formular algunas de las equivalencias básicas.

Decíamos que la oferta iguala a la demanda en el sentido de que lo que se produce en el país, el PIB, más las importaciones de bienes del exterior (M) satisface la demanda interna destinada al consumo de las economías doméstica (C), la inversión o formación bruta de capital (I) y el gasto del sector público (G), además de las exportaciones:

$$\mathbf{PIB = C + I + G + X - M}$$

Y, por otra parte, la remuneración de los factores productivos, la renta (R), junto a las transferencias recibidas del sector público (Tp) y, tras el pago de impuestos (Ip), da lugar a la renta disponible (RD).

El destino de la renta disponible es, o bien el consumo C, o bien el ahorro A; luego:

$$\mathbf{PIB + Tp - Ip = RD = C + A; \text{ que podemos reformular como:}}$$

$$\mathbf{PIB = C + A + Ip - Tp}$$

Igualando ambas ecuaciones: $C + I + G + X - M = C + A + Ip - Tp$; o también:

$$\mathbf{I + (X - M) = A + (Ip - G - Tp)}$$

Si denominamos déficit público (DP) a la situación en la que $[(Ip - G - Tp) < 0]$; y déficit exterior (DX)⁴ a la situación en que $[(X-M) < 0]$; la equivalencia anterior se puede representar igualmente como:

$$\mathbf{I + DP = A + DX}$$

⁴ Conviene en este punto señalar que el déficit exterior se puede ver, tanto desde el punto de vista de los bienes y servicios, como desde el punto de vista financiero: si se importa más de lo que se exporta, la diferencia se debe, es decir, el sector exterior está financiando la economía nacional; el hecho de que a cambio se entreguen billetes del banco central del país importador no modifica esta apreciación: los billetes de banco también son una promesa de pago futuro.

Lo que nos permite alcanzar algunas conclusiones:

En ausencia de déficit público ($DP = 0$; $I_p = G + T_p$) y con unas cuentas equilibradas con el exterior ($Dx = 0$; $M = X$), la inversión es igual al ahorro $I = A$: solo se puede invertir aquello que se ahorra.

Si el sector público presenta déficit ($Dp > 0$), el ahorro doméstico debe financiar la inversión y el déficit público: $I + Dp = A$. Alternativamente, el ahorro público, es decir cuando las cuentas públicas presentan excedentes, ese superávit contribuye a la financiación de la inversión: $I = A + (-Dp)$

Si el ahorro doméstico resulta insuficiente para financiar la inversión más el déficit público, es necesario apelar a la financiación exterior, tal como vimos: $I + DP = A + DX$

Dicho en otros términos, partiendo de unas cuentas equilibradas $I = A$, si se desea incrementar la inversión, generar un déficit público o ambas cosas a la vez, es preciso incrementar el ahorro, recurrir a la financiación exterior ($M > X$) o ambas cosas a la vez.

De forma que la definición según la cual el sistema financiero tiene como finalidad la canalización del ahorro a la inversión, cabría ampliarla añadiendo que entre sus funciones también está, como veremos más adelante, la de canalizar la financiación exterior y contribuir a la financiación del déficit público.

7. La capacidad o necesidad de financiación

Retomando un razonamiento anterior, decíamos que, en una economía en la que solo existiesen los sectores hogares y empresas, la inversión es igual al ahorro, afirmación que, en ausencia de transacciones financieras, sería igualmente válida a cualquier nivel:

una unidad económica cerrada, ya se trate de un país o de una familia, solo puede invertir aquello que previamente ha ahorrado⁵.

Ocurre sin embargo que la inmensa mayoría de las unidades económica no son economías cerradas. Además, sus apetencias de inversión no son siempre coincidentes en el tiempo con su capacidad de ahorro; de hecho, lo normal es que no lo sean. De tal forma que, en un determinado momento del tiempo, habrá unidades económicas (tanto da que hablemos de un país o de una familia) con superávit de ahorro, es decir que han sido capaces de ahorrar más de lo que, en ese momento del tiempo, tienen previsto invertir; y habrá unidades económicas con proyectos de inversión que requieren recursos por encima de su capacidad de ahorro, son deficitarias de ahorro.

En términos de contabilidad nacional, con el ahorro se financia la formación bruta de capital, es decir la inversión. La diferencia, en cada uno de los sectores de la economía, entre su ahorro y su formación bruta de capital es la capacidad de financiación, en el caso de que su volumen de ahorro en el periodo exceda la cuantía de la formación bruta de capital, o necesidad de financiación en caso contrario.

A la diferencia, en un periodo temporal determinado, entre el ahorro y la inversión se le denomina capacidad o necesidad de financiación. Volveremos más adelante sobre la distinción entre ahorro y capacidad de financiación.

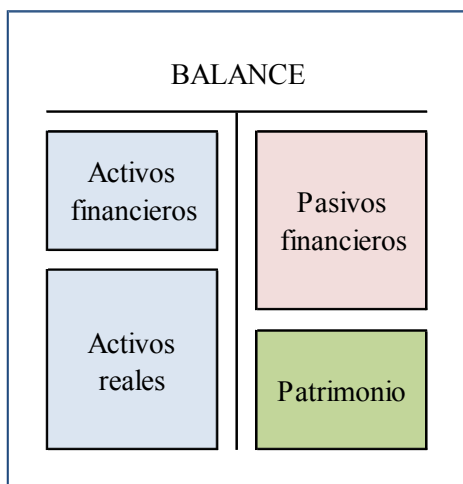
En el caso de la economía española, tomando como referencia los sectores económicos, el sector Hogares mostró en 2013 una capacidad de financiación de 42.785 millones de euros (equivalente al 4,1% del PIB), el sector Sociedades no financieras de 29.065 millones de euros (2,8% del PIB) y el sector Instituciones financieras de 21.744 millones de euros (2,1% del PIB); mientras que el sector Administraciones públicas tenían unas necesidades de financiación de 72.239 millones de euros (-7,1% del PIB).

⁵ Robison Crusoe suele ser un ejemplo recurrente para ilustrar esta proposición: para *invertir* tres días en construir una escalera, previamente tuvo que *ahorrar* comida suficiente para subsistir esos tres días. A. PASTOR, *La ciencia humilde. Economía para ciudadano*, Ares y Mares, 2011.

8. La materialización del ahorro

Los conceptos que hemos venido utilizando hasta ahora (renta disponible, ahorro, déficit,...) son magnitudes flujo, es decir expresan corrientes de recursos y empleos durante un determinado periodo de tiempo; así, nos referimos habitualmente al PIB trimestral, la inversión anual, etc. En los siguientes párrafos nos referiremos a magnitudes fondo (o stock), porque nos interesa observar dónde se materializan el ahorro y la inversión.

Partiremos para ello del balance simplificado de una unidad económica cualquiera, tanto da que se trate de una familia o de una sociedad no financiera, para reflejar su situación, no ya durante un periodo de tiempo,



sino en un determinado momento (por ejemplo, al final de un ejercicio económico). En el lado izquierdo de su balance, conforme a la convención habitualmente utilizada en la contabilidad mercantil, aparecen la totalidad de los activos (conjunto de bienes y derechos a su favor), tanto activos reales (vivienda, maquinaria, existencias, ...) como activos financieros (depósitos bancarios, cuentas pendientes de cobro,...); en el lado

derecho se reflejan los pasivos (conjunto de deudas y obligaciones a su cargo), normalmente en forma de pasivos financieros (facturas pendientes de pago, préstamos, ...); la diferencia entre activos y pasivos (simplificando: entre lo que se tiene y lo que se debe) constituye el patrimonio neto de la unidad económica en cuestión, de forma que ambos lados del balance están siempre equilibrados.

El paso de las magnitudes flujo a las magnitudes stock se entiende fácilmente tomando como ejemplo una unidad económica que, en un determinado periodo de tiempo, obtenga un ahorro positivo, es decir no consuma la totalidad de su renta disponible. Ese ahorro constituye un incremento de su patrimonio neto (todo lo demás constante, su patrimonio neto al final del periodo es mayor que al inicio) que, para

equilibrar el balance, se traduce inmediatamente, ya sea en un incremento de sus activos, ya sea en una disminución de sus pasivos.

En sentido contrario, si el ahorro del periodo fuese negativo (es decir, su gasto en consumo supera a la renta que ha obtenido en el periodo), el decremento patrimonial producido se corresponde, ya sea con un incremento de los pasivos (se endeuda para consumir), ya sea con una disminución de los activos (p.e., dispone del saldo de su cartilla de ahorros).

Idéntico razonamiento se puede hacer desde el lado de la inversión en el caso de las empresas. La materialización de la inversión o formación bruta de capital (flujo) se refleja en el lado izquierdo del balance (stock), normalmente en forma de activos reales (capital productivo). Si una empresa desea realizar una nueva inversión en activos reales, solo podrá hacerlo si incrementa su patrimonio (ahorra), incrementa sus pasivos (se endeuda), o desinvierte en otros activos (p.e., disponiendo del saldo de sus cuentas bancarias).

Trasladada por tanto a magnitudes stock, la capacidad o necesidad de financiación de una unidad económica (o de un sector, o de un país) se traduce en un incremento o decremento de su patrimonio neto, que se corresponde (balance siempre equilibrado) con incrementos o decrementos de los activos y pasivos financieros⁶.

9. Conclusiones sobre el ahorro

Lo hasta aquí visto nos permite formular unas primeras conclusiones en torno a aquellos aspectos de las variables económicas descritas, y en especial al ahorro, que resultan relevantes para la actividad financiera y bancaria, que se pueden resumir en cuatro ideas:

⁶ A lo largo de todo este trabajo utilizaremos una simplificación, que es el considerar que la materialización del ahorro en activos reales se corresponde íntegramente con la formación bruta de capital, es decir, con capital productivo, y que la capacidad de financiación se materializa en su totalidad en activos financieros. Sabemos que esto no es siempre así en la realidad y que una parte del ahorro se materializa en determinados activos que, con independencia de su clasificación contable, no responden a la idea de activos productivos ni son activos financieros.

- En las economías desarrolladas, la contraprestación de la corriente de bienes y servicios entre las distintas unidades económicas, está constituida, en su inmensa mayoría, por flujos dinerarios, que se canalizan, en su mayor parte, a través del sistema de pagos institucional. Son estos flujos dinerarios los que resultan relevantes desde el punto de vista de la actividad de las empresas financieras en cuanto que (principales) proveedores de servicios de pagos.

La remuneración de los factores origina unas rentas que, en buena parte, son flujos dinerarios desde los pagadores a los perceptores. Otro tanto cabría señalar en relación al consumo; se trata igualmente de flujos dinerarios desde los consumidores hacia los proveedores de bienes y servicios. En una economía avanzada una fracción muy significativa de esos flujos se canalizan a través del sistema bancario de pagos.

El gasto de las administraciones públicas, las transferencias de renta de éstas a los hogares en forma de prestaciones dinerarias y, más significativamente si cabe, la corriente de cobros y pagos derivada de las exportaciones e importaciones constituyen flujos dinerarios difícilmente realizables por los agentes económicos fuera del sistema bancario.

- Desde un punto de vista más específicamente financiero, resulta relevante el desfase temporal (y espacial) que se produce entre ingresos y gastos en cada una de las unidades económicas (entre la percepción de la renta y el gasto en consumo; entre la venta de los bienes producidos y su cobro), y ello con independencia de la magnitud del desfase (años o minutos).
- Siguiendo a las cuentas nacionales hemos definido la capacidad de financiación de cada sector como la diferencia (el neto) entre el ahorro y la inversión en ese sector. Sin embargo, con independencia de cuál sea el saldo neto final del sector económico correspondiente durante un periodo de tiempo dado, para la actividad financiera lo relevante son los saldos brutos, es decir, todo el ahorro, en la medida en que supone capacidad de financiación, y toda la inversión, que comporta necesidad de financiación, y no solo la parte que resta tras deducir la inversión del ahorro.

Dicho en otros términos, el sistema bancario no intermedia solamente el ahorro excedentario de los sectores, ni siquiera de las unidades económicas. Los bancos intermedian cada uno de los desfases de cada una de las unidades económicas, entendiendo desfase en ese doble sentido: la diferencia, en volumen, entre ahorro e inversión y, también, la diferencia temporal (y espacial) entre ambas variables.

- Pasando de los flujos a los stocks, en la materialización del ahorro el sistema financiero juega el papel central, tanto como emisor de instrumentos financieros, como, en lo que constituye su principal función, canalizador de los recursos disponibles desde las unidades económicas excedentarias de ahorro hacia los demandantes con necesidad de financiación para sus inversiones.

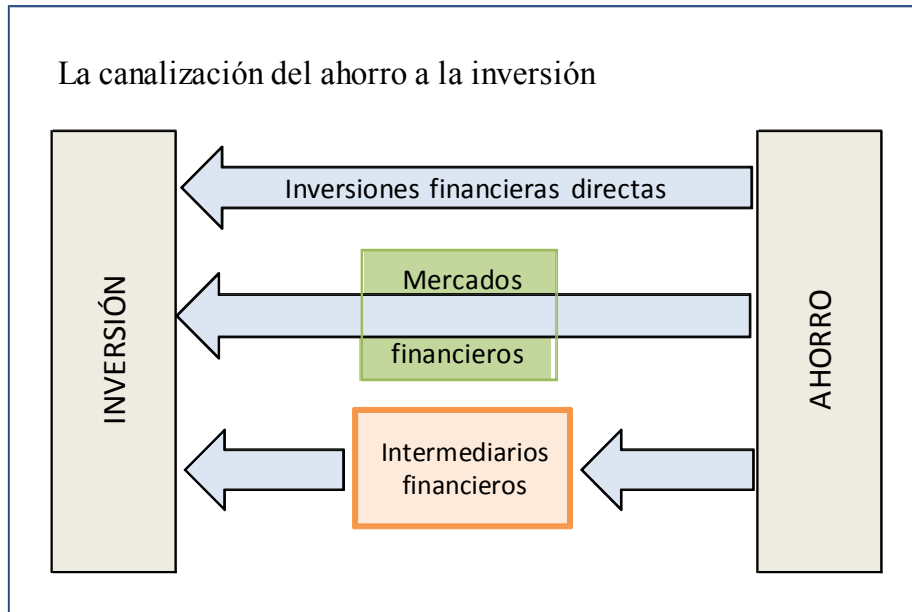
A esta función dedicaremos el siguiente apartado, no sin antes reiterar la importancia de la estrecha vinculación entre sistema de pagos y sistema financiero.

III. LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA

1. Introducción

La actividad financiera se define, precisamente, como aquella que tiene por finalidad conectar a las unidades económicas con exceso de ahorro, es decir, con capacidad de financiación, con las unidades económicas que tienen necesidad de financiación dado que su ahorro resulta insuficiente para atender, en un determinado momento, sus proyectos de inversión.

Además, cabe esperar que los ahorradores deseen obtener alguna recompensa por sus recursos (recordemos que para ahorrar hay que renunciar a consumir) y que los inversores estén dispuestos, mediante alguna remuneración, a atraer los recursos que necesitan.



Para canalizar el ahorro excedentario a la inversión productiva, hay esencialmente tres formas mediante las cuales conectar a las unidades económicas con capacidad de financiación con las unidades económicas con proyectos de inversión y necesidades de financiación: las inversiones financieras directas, los mercados financieros y los intermediarios financieros.

Antes de entrar en la explicación de estas tres modalidades conviene recordar que hemos definido el ahorro, siguiendo la terminología utilizada en la contabilidad nacional, como la parte de la renta disponible que queda tras lo destinado al consumo; y que una parte del ahorro se destina a la inversión (formación bruta de capital), mientras que el resto, la capacidad o necesidad de financiación supone una variación patrimonial que se materializa (conforme a una convención que utilizaremos) en activos y pasivos financieros.

CAPÍTULO PRIMERO
LA ACTIVIDAD BANCARIA

Sociedades no financieras.		Pasivos financieros. Por instrumentos y sectores de contrapartida.					
Dic. 2013 (en millones de euros)		Por contrapartes					
<u>Por instrumentos</u>	Total	Sociedades no financieras	Instituciones financieras		Administra- ciones públicas	Hogares	Resto del mundo
			Monetarias	No monetarias			
Valores distintos de acciones	22.122	2.103	7.538	2.707	63	4.638	5.073
Derivados	7.996		7.996				
Préstamos	1.297.107	217.699	608.953	102.605	31.593		336.258
Acciones y otras participaciones	1.714.470	553.169	133.616	18.120	95.834	384.632	529.099
-Acciones cotizadas	373.592						
-Acciones no cotizadas	695.479						
-Otras participaciones	645.399						
Otras cuentas pendientes de pago	427.006	309.961	14.825	10.530	34.909	14.605	42.174
Total	3.468.701	1.082.932	772.928	133.962	162.399	403.875	912.604

Fuente: Elaboración propia a partir de las Cuentas Financieras de la Economía Española (2006-2013) SEC 95.

2. Las inversiones directas en capital y deuda

Bajo el término inversiones directas⁷ nos referiremos a aquellas situaciones en el que las unidades económicas con recursos excedentarios, seleccionan y, cuando se produce la concurrencia de intereses entre ambas partes, materializan la financiación, en forma de capital o de deuda, a las demandantes de recursos, por sus propios medios o con el auxilio de algún tipo de agente financiero, mediante acuerdos contractuales bilaterales, realizados fuera de los mercados financieros organizados.

En contra de lo que pudiera creerse, esta modalidad de financiación empresarial es una de las más importantes en nuestro país. Basta un somero vistazo a las cuentas financieras de la economía española para comprobarlo. En España hay casi tres millones de sociedades mercantiles, de las cuales apenas un centenar tienen acciones admitidas a

⁷ Estamos utilizando este término en un sentido muy distinto del habitualmente empleado en otros ámbitos.

En el campo de la regulación del mercado de valores, por financiación directa se suele entender aquella que no está intermediada por las entidades de crédito e incluye la realizada, a través de instituciones de inversión colectiva, en los mercados de valores, a la que nosotros dedicamos un apartado distinto.

En las estadísticas sobre balanza de pagos se denomina «inversor directo» al que tiene un interés a largo plazo y una influencia significativa en la gestión de la empresa en la que participa, ...

La regla práctica que sugiere el Manual [de Balanza de Pagos -MBP5- del Fondo Monetario Internacional] para la identificación de estas relaciones es la del 10 %, es decir, se considera inversor directo al propietario de un 10 % o más del capital de una empresa. Véase Nota metodológica en: Banco de España. *Balanza de Pagos de España 2013*.

cotización en las bolsas; el resto han obtenido su capital fuera de los mercados organizados. En términos agregados, el 78 % del capital de las sociedades no financieras españolas está constituido por acciones y participaciones no cotizadas, y aproximadamente el 60% ha sido aportado por los sectores no financieros residentes.

Tomando como referencia las cuentas financieras de la economía española correspondientes al ejercicio 2013, se puede estimar que algo más del 60 % de todos los pasivos financieros de las sociedades no financieras españolas responden a esta modalidad de financiación, frente a un 11% obtenido en los mercados financieros regulados y algo menos del 27% que corresponde a financiación aportada por las entidades financieras (en forma distinta de acciones, participaciones o valores distintos de acciones).

CAPÍTULO PRIMERO
LA ACTIVIDAD BANCARIA

Sociedades no financieras.

Pasivos financieros. Por instrumentos y sectores de contrapartida.

Dic. 2013 (en millones de euros)

Financiación directa	2.141.111	61,7%
Préstamos	401.088	
de otras Sociedades no financieras	217.699	
de Administraciones públicas	31.593	
del Resto de mundo	151.796 (e*)	
Acciones no cotizadas	695.479	
Otras participaciones	645.399	
Otras cuentas pendientes de pago	399.145	
a otras Sociedades no financieras	309.961	
a Administraciones públicas	34.909	
a Hogares	14.605	
al Resto de mundo	39.670 (e*)	
Financiación obtenida en los mercados	395.714	11,4%
Valores distintos de acciones	22.122	
Acciones cotizadas	373.592	
Financiación obtenida de las instituciones financieras (**)	931.875	26,9%
Derivados	7.996	
Préstamos	711.558	
Otras cuentas pendientes de pago	25.355	
del Resto de mundo	186.966 (e*)	
Total	3.468.700	

(e*) Estimado, asignado a la instituciones financieras del resto del mundo el mismo peso que a las nacionales

(**) Excepto Acciones y Valores distintos de acciones

Fuente: Elaboración propia a partir de las Cuentas Financieras de la Economía Española (2006-2013) SEC 95.

3. Los mercados financieros

Una segunda modalidad de canalizar el ahorro a la inversión es a través de los mercados financieros. Los mercados financieros, más o menos organizados oficialmente⁸, son, como cualquier otro mercado, el lugar de encuentro de oferentes y demandantes, en este caso de financiación, o más precisamente de activos financieros, y su clasificación (mercados primarios o de emisión y secundarios o de negociación; de capital y de deuda; mayoristas y minoristas,...) obedece a una variada casuística.

Los mercados presentan una serie de características diferenciadoras: permiten reducir considerablemente el coste de búsqueda; muestran una tendencia a la estandarización de los contratos, lo que reduce los costes de transacción y la posibles disputas en la interpretación de su contenido, pero, a su vez, limita las opciones de oferentes y demandantes; imponen requisitos de entrada, ya sea a los participantes (miembros del mercado), ya sea a los demandantes de recursos (emisores) y exige el cumplimiento de determinadas obligaciones, fundamentalmente en el terreno de la transparencia.

Constituyen una forma de poner en contacto el ahorro con la inversión más eficiente que la búsqueda directa y, en el caso de los mercados secundarios, dan al tenedor de los

⁸ Tal como establece el Artículo 31 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores:

1. Son mercados regulados aquéllos sistemas multilaterales que permiten reunir los diversos intereses de compra y venta sobre instrumentos financieros para dar lugar a contratos con respecto a los instrumentos financieros admitidos a negociación, y que están autorizados y funcionan de forma regular, conforme a lo previsto en este Capítulo y en sus normas de desarrollo, con sujeción en todo caso, a condiciones de acceso, admisión a negociación, procedimientos operativos, información y publicidad.

2. Los mercados regulados españoles reciben la denominación de mercados secundarios oficiales. A tales efectos, se considerarán mercados secundarios oficiales de valores los siguientes:

a) Las Bolsas de Valores.

b) El Mercado de Deuda Pública en Anotaciones.

c) Los Mercados de Futuros y Opciones, cualquiera que sea el tipo de activo subyacente, financiero o no financiero.

d) El Mercado de Renta Fija, AIAF.

e) Cualesquiera otros, de ámbito estatal, que, cumpliendo los requisitos previstos en el apartado 1, se autoricen en el marco de las previsiones de esta Ley y de su normativa de desarrollo, así como aquellos, de ámbito autonómico, que autoricen las comunidades autónomas con competencia en la materia. [En la actualidad, además de los citados, el Mercado Electrónico de Renta Fija (MERF), el Sistema Electrónico de Negociación de Deuda (SEND) y el Mercado de Futuros del Aceite de Oliva].

instrumentos financieros acceso a la liquidez. Con todo, su principal aportación a las transacciones financieras es que permiten fijar un precio de los activos basado en la confluencia de oferta y demanda, precio que estará tanto más cerca del equilibrio cuanto mayor sea la transparencia, profundidad⁹ y amplitud¹⁰ del mercado en cuestión¹¹.

Al igual que en las transacciones directas, no es descartable la intervención de algún agente financiero, en su función de auxiliar a los intervinientes, de asesoramiento, de mediación, etc., a ellos nos referiremos en el siguiente apartado; pero también en este caso, por muy impersonales que sean las transacciones en los mercados organizados, el resultado final son contratos bilaterales entre oferentes y demandantes, sin la presencia de un intermediario financiero que se interponga entre ambos.

Los agentes financieros a los que nos referimos realizan una labor de mera mediación (bróker) por la que, a cambio de una comisión, aportan información, reducen los costes de búsqueda, proporcionan asesoramiento, pueden realizar alguna forma de selección previa, etc. Interesa destacar que no se interponen entre oferente y demandante, no “intermedian” en el sentido que más adelante daremos a la función de intermediación financiera.

4. Las empresas de servicios de inversión

Los agentes financieros a los que nos referíamos son las empresas de servicios de inversión, reguladas en el Título V de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores¹², entendidas como aquellas empresas *cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros sobre los instrumentos*

⁹ Se considera que un mercado es tanto más profundo cuanto mayor sea el número de oferentes y demandantes de los bienes, instrumentos financieros en nuestro caso, en él intercambiados, o más precisamente, de órdenes de compra y de venta de esos bienes.

¹⁰ Se considera que un mercado es tanto más amplio cuanto mayor sea la variedad de bienes en él intercambiados y por tanto cuanto mayor sea la posibilidad de que oferentes y demandantes intercambien bienes ajustados a sus necesidades concretas.

¹¹ Libertad de acceso, libre concurrencia en la formación de precios, ausencia de injerencias por parte de las autoridades económicas y administrativas y flexibilidad se citan igualmente entre las características deseables para el buen funcionamiento de los mercados financieros.

¹² Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE de 29), modificada en reiteradas ocasiones.

financieros señalados en el artículo 2 de la propia Ley¹³, así como determinados servicios auxiliares.

Tienen la consideración de servicios de inversión:

- a) La recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros.*

¹³ Conforme al Artículo 2 de la Ley, quedan comprendidos en su ámbito de aplicación:

1. Los valores negociables emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, y agrupados en emisiones. Tendrá la consideración de valor negociable cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero.

Se considerarán en todo caso valores negociables, a los efectos de la presente Ley:

- a) Las acciones de sociedades y los valores negociables equivalentes a las acciones, así como cualquier otro tipo de valores negociables que den derecho a adquirir acciones o valores equivalentes a las acciones, por su conversión o por el ejercicio de los derechos que confieren.*
- b) Las cuotas participativas de las cajas de ahorros y las cuotas participativas de asociación de la Confederación Española de Cajas de Ahorros.*
- c) Los bonos, obligaciones y otros valores análogos, representativos de parte de un empréstito, incluidos los convertibles o canjeables.*
- d) Las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias.*
- e) Los bonos de titulización.*
- f) Las participaciones y acciones de instituciones de inversión colectiva.*
- g) Los instrumentos del mercado monetario entendiendo por tales las categorías de instrumentos que se negocian habitualmente en el mercado monetario tales como las letras del Tesoro, certificados de depósito y pagarés, salvo que sean librados singularmente, excluyéndose los instrumentos de pago que deriven de operaciones comerciales antecedentes que no impliquen captación de fondos reembolsables.*
- h) Las participaciones preferentes.*
- i) Las cédulas territoriales.*
- j) Los «warrants» y demás valores negociables derivados que confieran el derecho a adquirir o vender cualquier otro valor negociable, o que den derecho a una liquidación en efectivo determinada por referencia, entre otros, a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas, riesgo de crédito u otros índices o medidas.*
- k) Los demás a los que las disposiciones legales o reglamentarias atribuyan la condición de valor negociable.*
- l) Las cédulas y bonos de internacionalización.*

Así como los instrumentos financieros derivados (contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo) y otros derivados sobre subyacentes no financieros (materias primas, variables climáticas,...) siempre que presenten las características de los instrumentos financieros derivados, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si se negocian en un mercado regulado o sistema multilateral de negociación, se liquidan a través de cámaras de compensación reconocidas o son objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía.

CAPÍTULO PRIMERO
LA ACTIVIDAD BANCARIA

Se entenderá comprendida en este servicio la puesta en contacto de dos o más inversores para que ejecuten operaciones entre sí sobre uno o más instrumentos financieros.

- b) La ejecución de dichas órdenes por cuenta de clientes.*
- c) La negociación por cuenta propia.*
- d) La gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los clientes.*
- e) La colocación de instrumentos financieros sin base en un compromiso firme.*
- f) El aseguramiento de instrumentos financieros o colocación de instrumentos financieros sobre la base de un compromiso firme.*
- g) El asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. ...*
- h) La gestión de sistemas multilaterales de negociación.*

Y se consideran servicios auxiliares los siguientes:

- a) La custodia y administración por cuenta de clientes de los instrumentos previstos en el artículo 2.*
- b) La concesión de créditos o préstamos a inversores, para que puedan realizar una operación sobre uno o más de los instrumentos previstos en el artículo 2, siempre que en dicha operación intervenga la empresa que concede el crédito o préstamo.*
- c) El asesoramiento a empresas sobre estructura del capital, estrategia industrial y cuestiones afines, así como el asesoramiento y demás servicios en relación con fusiones y adquisiciones de empresas.*
- d) Los servicios relacionados con las operaciones de aseguramiento de emisiones o de colocación de instrumentos financieros.*
- e) La elaboración de informes de inversiones y análisis financieros u otras formas de recomendación general relativa a las operaciones sobre instrumentos financieros....*

f) Los servicios de cambio de divisas, cuando estén relacionados con la prestación de servicios de inversión.

g) Los servicios de inversión así como los servicios auxiliares que se refieran al subyacente no financiero de los instrumentos financieros derivados ... cuando se hallen vinculados a la prestación de servicios de inversión o a los servicios auxiliares. Se entenderá incluido el depósito o entrega de las mercaderías que tengan la condición de entregables.

La Ley del Mercado de Valores, atendiendo a sus posibilidades de actuación, diferencia cuatro categorías de empresas de servicios de inversión:

- Las sociedades de valores, que pueden operar profesionalmente, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, y realizar todos los servicios de inversión y servicios auxiliares antes citados.
- Las agencias de valores, que profesionalmente sólo pueden operar por cuenta ajena, con representación o sin ella, realizando los servicios de inversión y los servicios auxiliares citados con excepción de la negociación por cuenta propia, el aseguramiento o colocación de instrumentos financieros y la concesión de créditos o préstamos a inversores.
- Las sociedades gestoras de carteras que exclusivamente pueden prestar los servicios de inversión relativos a la gestión discrecional e individualizada de carteras y el asesoramiento en materia de inversión, así como el asesoramiento a empresas sobre estructura del capital, estrategia industrial, fusiones y adquisiciones y cuestiones afines, y la elaboración de informes de inversiones y análisis financieros.
- Las empresas de asesoramiento financiero, por último, exclusivamente pueden prestar asesoramiento a clientes en materia de inversión y a empresas sobre estructura del capital y cuestiones afines, así como elaborar informes de inversiones y análisis financieros.

Las entidades de crédito, aunque no sean empresas de servicios de inversión según las define la Ley del Mercado de Valores, podrán realizar habitualmente todos los servicios previstos en la misma, siempre que su régimen jurídico, sus estatutos y su

autorización específica les habiliten para ello, en cuyo caso les serán de aplicación las disposiciones prevista en la propia Ley y en sus normas de desarrollo en cuanto a la realización y disciplina de los servicios de inversión y actividades auxiliares, así como a su posible participación en los mercados secundarios oficiales.

En todo caso, insistimos en la idea de que las empresas de servicios de inversión son meros auxiliares¹⁴ que colaboran en la tarea de poner en contacto a oferentes y demandantes de fondos, esto es, en la canalización del ahorro a la inversión, pero, a diferencia de los intermediarios financieros, sin afectar a la relación entre ambas partes que continúa siendo una relación bilateral y directa.

5. Los intermediarios financieros

Los intermediarios financieros se definen, fundamentalmente, por dos características: se interponen entre el ahorro y la inversión; y generan (crean, emiten) instrumentos financieros para atender las necesidades de ambas partes.

Tanto en la financiación directa como en la realizada en los mercados financieros las transacciones se materializan en contratos bilaterales que vinculan a ahorradores de un lado y demandantes de financiación del otro. Con los intermediarios financieros ese vínculo directo se rompe. Los intermediarios financieros se interponen entre oferentes y demandantes de fondos y se constituyen en contraparte de cada uno de ellos: toman por cuenta propia los fondos de los ahorradores y financian, también por cuenta propia, a los demandantes de recursos financieros. La relación directa que se establece es ahora entre ahorrador e intermediario por un lado, sin vinculación alguna de aquél con el destino que éste dé a los fondos tomados y, por otro, entre el intermediario y un receptor de los fondos, en forma de capital o de deuda, ajeno igualmente al origen último de la financiación recibida.

Precisamente por ello, y a diferencia de la estandarización propia de los mercados financieros organizados, orientados a las transacciones en masa entre un colectivo despersonalizado de intervinientes cuanto más amplio mejor, los intermediarios

¹⁴ Salvo, lógicamente, las sociedades de valores cuando actúan por cuenta propia.

financieros tienden a la especificación, ya sea por la vía de restringir los activos en los que invertir y/o las características de los pasivos a emitir, como en el caso de las entidades de inversión, entendidas aquí en el sentido más genérico del término, ya sea mediante la personalización de los instrumentos financieros, diseñados a medida de cada contraparte, tanto por el activo (préstamos y créditos) como por el pasivo (depósitos, pagarés, bonos,...), en el caso de las entidades de crédito.

6. Instrumentos de capital e instrumentos de deuda

Hasta ahora hemos venido refiriéndonos a la financiación en un sentido genérico, sin diferenciar la financiación vía capital de la financiación mediante deuda. En una convención frecuentemente utilizada el término mercado de capitales hace referencia a las distintas formas de financiación a largo plazo e incluye tanto los instrumentos de capital en sentido estricto, como los instrumentos de deuda a largo plazo; mientras que la expresión mercado de deuda se reserva para aquellos referidos a estos últimos instrumentos emitidos con vencimiento a corto plazo, generalmente hasta un año.

En nuestro caso, sin embargo, en una inicial aproximación, nos interesa diferenciar claramente los instrumentos de capital¹⁵, entendidos como aquellos que otorgan una participación en la propiedad de la empresa que los emite, distinguiéndolos de los instrumentos de deuda, que representan para el deudor una obligación de reembolsar la

¹⁵ **Participaciones en el capital y en fondos de inversión (F.5)**

5.139 *Definición: Las participaciones en el capital y en fondos de inversión son derechos sobre el valor residual de los activos de las unidades institucionales que las emiten.*

5.140 *Las participaciones en el capital y en fondos de inversión se clasifican en dos subcategorías:*

a) *participaciones en el capital (F.51), y*

b) *participaciones en fondos de inversión (F.52).*

Participaciones en el capital (F.51)

5.141 *Definición: Las participaciones en el capital son un derecho sobre el valor residual de una sociedad, una vez satisfechos todos los pasivos.*

5.142 *La propiedad de las participaciones en el capital de personas jurídicas normalmente está representada por acciones, valores de renta variable, certificados de depósito, participaciones, u otros documentos similares. Acciones y valores de renta variable son sinónimos.*

Reglamento (UE) 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. DO de 26.6.2013

CAPÍTULO PRIMERO
LA ACTIVIDAD BANCARIA

cantidad tomada en préstamo más sus correspondientes intereses. Volveremos más adelante sobre estas diferencias para ampliar sus detalles.

Nos interesa esta distinción porque donde queremos llegar es a la intermediación crediticia, que es la actividad típicamente bancaria. Para ello, vamos a dedicar los próximos apartados en primer lugar a aquellos intermediarios financieros cuyo objeto principal es la financiación vía capital (títulos de renta variable), aunque ello nos obligue a una pequeña digresión para introducir a las instituciones de inversión colectiva y, en segundo lugar, más adelante, para diferenciar la intermediación en deuda representada por valores negociables (títulos de renta fija), de la típicamente bancaria materializada en créditos y préstamos. Donde queremos situar el foco de atención es la financiación crediticia por cuanto constituye, no solo la principal actividad de los bancos, sino la principal fuente de financiación (exclusión hecha de la Deuda pública) de la economía española y europea (no así de la norteamericana, donde la financiación a través de los mercados financieros ocupa un lugar predominante).

Monetary and financial indicators.					
Dic. 2012. (€ trillions)	Euro	United			
	area	EU	States	Japan	China
Credit	16.4	22.3	12.3	10.5	8.4
Outstanding debt securities	16.6	22.7	26.6	11.1	2.6
MFI	5.4				
Financial corporations (ex MFI)	3.2				
Non financial corporations	1.0				
General government	7.0				
Stock market capitalization	4.5	7.5	16.0	2.7	2.8
Fuente: European Central Bank					

7. Financiación vía capital I. Los fondos de inversión en renta variable

La Ley 35/2003 de instituciones de inversión colectiva¹⁶, varias veces modificada para su adaptación a sucesivas Directivas comunitarias, define las Instituciones de Inversión Colectiva (IIC) como aquellas que tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos. Las IIC pueden revestir la forma de sociedad de inversión o de fondo de inversión, y podrán ser de carácter financiero o no financiero.

Las sociedades de inversión son aquellas IIC que adoptan la forma de sociedad anónima y cuyo objeto social es el antes descrito, mientras que los fondos de inversión son IIC configuradas como patrimonios separados sin personalidad jurídica,

Instituciones de inversión colectiva. Patrimonio	
Importes en miles de euros	
	2013
Fondos de inversión	156.680.060
Sociedades de inversión	27.620.822
IIC de IIC de inversión libre	350.295
IIC de inversión libre	1.036.682
Total IIC financieros	185.687.859
FII	3.682.555
SII	853.672
Total IIC inmobiliarias	4.536.227
Fuente: CNMV	

pertenecientes a una pluralidad de inversores, incluidos entre ellos otras IIC, cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario, y cuyo objeto es la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos

en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos.

El patrimonio de los fondos de inversión está constituido por las aportaciones de los partícipes y sus rendimientos. Cada una de las partes alícuotas en que se divide el patrimonio de un fondo se denomina participación. Las participaciones, sin valor nominal, tienen la condición de valores negociables. Dentro de un mismo fondo podrán existir distintas clases de participaciones que se podrán diferenciar, entre otros aspectos,

¹⁶ Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. (BOE de 5).

CAPÍTULO PRIMERO LA ACTIVIDAD BANCARIA

por la divisa de denominación, por la política de distribución de resultados o por las comisiones que les sean aplicables. El valor liquidativo de cada clase de participación será el que resulte de dividir el valor de la parte del patrimonio del fondo que corresponda a dicha clase por el número de participaciones de esa clase en circulación.

Por lo que se refiere a las IIC de carácter no financiero cabe citar a las IIC inmobiliarias, entendidas como aquellas sociedades y fondos que tengan por objeto principal la inversión en bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento, que podrán adquirir en sus distintas fases de construcción, pudiendo compatibilizarlo, de acuerdo con las limitaciones que se establezcan reglamentariamente, con la inversión de una parte de su activo en valores negociados en mercados secundarios¹⁷.

En cuanto a las IIC de carácter financiero, es decir aquellas que tengan por objeto la inversión en activos e instrumentos financieros, cabría diferenciar a las entidades de tipo abierto que veremos a continuación, de las de tipo cerrado¹⁸, entre las que se incluyen las instituciones de inversión colectiva (sociedades y fondos) de inversión libre, los

¹⁷ Distinta de este figura son las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (SOCIMI), cuyo objeto social principal es la adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento, incluyendo la rehabilitación de edificaciones; la tenencia de participaciones en el capital de otras SOCIMI o en el de otras entidades que tengan el mismo objeto social que aquéllas y que estén sometidas a un régimen similar; y la tenencia de acciones o participaciones de Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliaria reguladas en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

Las SOCIMI están reguladas por la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (BOE de 27).

¹⁸ La distinción entre los tipos cerrado y abierto hace referencia en estos casos al pasivo, en el sentido de que una vez constituida la entidad, los partícipes permanecen invariables hasta su liquidación (tipo cerrado) o se admite que vayan saliendo unos y entrando otros nuevos partícipes (tipo abierto). Normalmente, estas últimas se orientan al público en general, mientras que las de tipo cerrado solo admiten inversores cualificados.

Como veremos en otros apartados, cabe esta misma distinción referida al activo, según que los activos en que invierten se mantengan inalterados hasta su vencimiento, como en los fondos de titulización, o vayan entrando y saliendo activos, como en los *ABCP conduits*.

denominados *hedge funds*¹⁹, y las entidades de capital riesgo; a estas últimas nos referiremos en un apartado más adelante.

La Directiva 2009/65/CE²⁰ regula los Organismos de Inversión Colectiva en Valores Mobiliarios (OICVM) (*Undertakings for collective investment in transferable securities, UCITS*), que podrán revestir la forma contractual (fondos comunes de inversión gestionados por una sociedad de gestión) o de *trust (unit trust)* o la forma estatutaria (sociedad de inversión), y los define como aquellos organismos:

- a) cuyo objeto exclusivo sea la inversión colectiva, en valores mobiliarios o en otros activos financieros líquidos ... de los capitales obtenidos del público, y cuyo funcionamiento esté sometido al principio de reparto de riesgos, y*
- b) cuyas participaciones sean, a petición de los partícipes, recompradas o reembolsadas, directa o indirectamente, con cargo a los activos de estos organismos.*

Las inversiones de un OICVM habrán de estar materializadas en:

- valores mobiliarios e instrumentos del mercado monetario admitidos o negociados en un mercado regulado, o con el compromiso de solicitar su admisión antes de un año desde su emisión, entendiéndose
 - por valores mobiliarios:
 - i) las acciones y demás valores asimilables a acciones,
 - ii) las obligaciones y demás formas de deuda titulizada,
 - iii) cualesquiera otros valores negociables que otorguen derecho a adquirir dichos valores mobiliarios mediante suscripción o canje;
 - y por instrumentos del mercado monetario los instrumentos que habitualmente se negocian en el mercado monetario que sean líquidos y tengan un valor que pueda determinarse con precisión en todo momento;

¹⁹ Dada la naturaleza de este tipo de entidades, orientadas a inversores cualificados, el ordenamiento comunitario (Directiva 2011/61/UE) se enfoca preferentemente a la regulación de las gestoras y no tanto, como ocurre en los fondos de inversión convencionales, de las actividades e inversiones de las entidades.

²⁰ Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (DO de 17.11.2009)

CAPÍTULO PRIMERO
LA ACTIVIDAD BANCARIA

- participaciones de OICVM o de otros organismos de inversión colectiva autorizados;
- depósitos en entidades de crédito que sean a la vista o con vencimiento no superior a 12 meses;
- instrumentos financieros derivados;
- instrumentos del mercado monetario no negociados en un mercado regulado cuando la emisión o el emisor de dichos instrumentos estén regulados con fines de protección de los inversores y del ahorro; y
- otros activos líquidos accesorios.

En España, estos organismos están regulados por la Ley 35/2003 a la que hemos hecho referencia²¹. En el caso de los fondos, su denominación deberá ir seguida de la

Fondos de Inversión. Patrimonio por vocación	
	2013
Total patrimonio fondos (miles de euros)	156.680.060
1. Monetario	8.420.947
2. Renta Fija Euro	45.409.480
3. Renta Fija Internacional	1.228.427
4. Renta Fija Mixta Euro	4.008.324
5. Renta Fija Mixta Internacional	4.129.717
6. Renta Variable Mixta Euro	1.555.665
7. Renta Variable Mixta Internacional	4.756.767
8. Renta Variable Euro	8.632.840
9. Renta Variable Internacional	8.849.035
10. IIC de Gestión Pasiva	16.515.867
11. Garantizado de Rendimiento Fijo	31.481.216
12. Garantizado de Rendimiento Variable	12.044.757
13. De Garantía Parcial	459.071
14. Retorno Absoluto	4.659.874
15. Global	4.528.072

Fuente: CNMV

expresión "Fondo de Inversión", o bien de las siglas "F.I." Las sociedades de inversión deberán adoptar la forma de sociedad anónima y su capital social será susceptible de aumentar o disminuir dentro de los límites del capital máximo o mínimo fijados en sus estatutos, mediante la venta o adquisición por la sociedad de sus propias acciones, sin necesidad de acuerdo de la junta general. Su denominación deberá ir seguida de la

expresión "Sociedad de Inversión de Capital Variable", o bien de las siglas "SICAV"²².

En cuanto a los fondos de inversión, atendiendo a su vocación inversora se clasifican (a efectos meramente comerciales, sin que ello suponga ninguna distinción legal), entre otras posibilidades, en renta fija, renta variable y mixtos.

²¹ El desarrollo reglamentario de la Ley se encuentra en el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva (BOE de 20).

²² Los listados completos de fondos y sociedades de IIC se pueden consultar en la página web de la CNMV: <https://www.cnmv.es/portal/Gpage.aspx?id=CONL1&IdPerfil=3>

En este punto nos interesa destacar las IIC financieras orientadas, en todo o en parte, a la inversión en renta variable por cuanto estamos haciendo referencia a aquellos intermediarios financieros que proporcionan recursos en forma de instrumentos de capital, bien sea mediante la adquisición de instrumentos financieros de esta naturaleza admitidos a negociación en mercados regulados, como acabamos de describir en relación a los OICVM (o *UCITS*), bien sea mediante la aportación de capital o préstamos participativos fuera de estos mercados, como veremos en el siguiente apartado dedicado al capital-riesgo.

8. Financiación vía capital II. El capital-riesgo

El capital-riesgo se define como aquellas estrategias de inversión que canalizan financiación de forma directa o indirecta a empresas, maximizan el valor de la empresa aportando gestión y asesoramiento profesional, y desinvierten en la misma con el objetivo de aportar elevadas plusvalías para los inversores²³. El capital-riesgo comprende tanto lo que se ha venido denominando *venture capital*, destinado a las primeras fases de desarrollo de las empresas (capital semilla), como *private equity*, término este último que incluye las operaciones de mayor envergadura de reestructuración empresarial y financiación de adquisiciones apalancadas (*leveraged buy-out*).

Aun cuando los antecedentes legislativos del capital-riesgo en España se remontan a sendos Reales Decretos-leyes de los años 1976 y 1986²⁴, la primera norma específicamente dedicada a este tipo de entidades fue la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y sus sociedades gestoras. Esta Ley introdujo las dos modalidades de entidades, las sociedades y los fondos (administrados por sociedades gestoras), y los sujetó a un régimen de autorización, supervisión, inspección y sanción por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, homologable al resto de sujetos que actúan en los mercados financieros.

²³ Véase Preámbulo de la Ley 22/2014.

²⁴ Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas, que fue el promotor de las sociedades de desarrollo industrial, y Real Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales.

CAPÍTULO PRIMERO LA ACTIVIDAD BANCARIA

Respetando el esquema básico recogido en la Ley 1/1999, la Ley 25/2005 reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras²⁵ supuso un impulso al capital-riesgo en España, agilizando el régimen administrativo, flexibilizando las posibilidades de inversión, introduciendo figuras financieras similares a las existentes en otros países del entorno y adaptando su régimen fiscal.

La actualmente vigente Ley 22/2014²⁶ ha supuesto la adaptación de la regulación española a la Directiva 2011/61²⁷ reguladora de los gestores de fondos de inversión alternativa (*Alternative Investment Funds Managers, AIFM Directive*) y la modificación de la legislación anterior a fin de fomentar una mayor captación de fondos que permita la financiación de un mayor número de empresas, especialmente las de pequeño y mediano tamaño en sus primeras etapas de desarrollo y expansión.

El capital riesgo constituye una especie del género de la inversión colectiva de tipo cerrado, definida por la Ley como *la realizada por las entidades de capital-riesgo y demás entidades de inversión colectiva en las que la política de desinversión de sus socios o partícipes cumpla con los siguientes requisitos:*

- a) que las desinversiones se produzcan de forma simultánea para todos los inversores o partícipes, y,*
- b) que lo percibido por cada inversor o partícipe lo sea en función de los derechos que correspondan a cada uno de ellos, de acuerdo con los términos establecidos en sus estatutos o reglamentos para cada clase de acciones o participaciones.*

²⁵ Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras (BOE de 25).

²⁶ Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE de 13).

²⁷ Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativa y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) n° 1060/2009 y (UE) n° 1095/2010. Esta norma introduce por primera vez una regulación dentro de la Unión Europea de los gestores de fondos de inversión alternativa, en los que se incluyen, entre otras, las instituciones de inversión colectiva de inversión libre (IICIL), o *hedge funds* en su terminología internacional, las instituciones de inversión colectiva de instituciones de inversión colectiva de inversión libre (IICICIL), los fondos y sociedades de inversión inmobiliaria y las entidades de capital riesgo.

Así, son entidades de capital-riesgo aquellas entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, que pueden adoptar la forma jurídica de sociedades o de fondos, gestionadas

Entidades de capital riesgo. 2013		
Entidades registradas en la CNMV	nº entidades	
Sociedades de capital riesgo	130	
Fondos de capital riesgo	126	
Actividad en España (*)	nº operaciones	Importe millones €
Inversiones	543	2.357
Nuevos Fondos (**)		482
Desinversiones	342	1.451
(*) los datos de refieren a 198 operadores nacionales y extranjeros		
(**) solo operadores nacionales		
Fuente: CNMV y Asociación Española de Entidades de Capital Riesgo		

por una sociedad gestora autorizada y que obtienen capital de una serie de inversores mediante una actividad comercial. El objeto principal de las entidades de capital riesgo consiste en la toma de participaciones temporales en el capital de empresas de naturaleza no inmobiliaria ni financiera

que, en el momento de la toma de participación, no coticen en el primer mercado de bolsas de valores o en cualquier otro mercado regulado equivalente de la Unión Europea o del resto de países miembros de la OCDE²⁸.

Las entidades de capital riesgo se encuentran sujetas al cumplimiento de un *coeficiente obligatorio de inversión*, de forma que deberán mantener, como mínimo, el 60 por ciento de su activo computable, en determinados activos que representen:

²⁸ No obstante lo anterior, también podrán extender su objeto principal a:

a) La inversión en valores emitidos por empresas cuyo activo esté constituido en más de un 50 por ciento por inmuebles, siempre que al menos los inmuebles que representen el 85 por ciento del valor contable total de los inmuebles de la entidad participada estén afectos, ininterrumpidamente durante el tiempo de tenencia de los valores, al desarrollo de una actividad económica en los términos previstos en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

b) La toma de participaciones temporales en el capital de empresas no financieras que coticen en el primer mercado de bolsas de valores o en cualquier otro mercado regulado equivalente de la Unión Europea o del resto de países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, siempre y cuando tales empresas sean excluidas de la cotización dentro de los doce meses siguientes a la toma de la participación.

c) La inversión en otras ECR conforme a lo previsto en esta Ley Artículo 9.2 de la Ley 22/2014.

CAPÍTULO PRIMERO
LA ACTIVIDAD BANCARIA

- acciones u otros valores o instrumentos financieros que puedan dar derecho a la suscripción o adquisición de aquéllas y participaciones en el capital de empresas que formen parte de su política de inversiones;
- préstamos participativos a estas empresas, cuya rentabilidad esté completamente ligada a los beneficios o pérdidas de la empresa de modo que sea nula si la empresa no obtiene beneficios;
- otros préstamos participativos a empresas que formen parte de su política de inversiones (hasta el 30% del activo computable);
- acciones o participaciones de otras entidades de capital riesgo; y
- acciones y participaciones en el capital de empresas no financieras que cotizan o se negocian en un segundo mercado de una bolsa española o equivalente de otros países, especializado en valores de pequeñas y medianas empresas, y la concesión de préstamos participativos a las mismas.

En suma, como señalábamos, se trata de intermediarios financieros que canalizan el ahorro hacia la inversión bajo la modalidad, básicamente, de participaciones temporales en el capital de las empresas.

9. Las entidades aseguradoras

La actividad aseguradora²⁹ constituye en sí misma una rama del ordenamiento del sistema financiero, altamente especializada y con unas marcadas particularidades, por lo que no va a ser objeto de estudio en este trabajo³⁰.

²⁹ La actividad aseguradora se define indirectamente por referencia al contrato de seguro: *El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.* Artículo primero de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE de 17)

³⁰ A propósito de la actividad aseguradora desde la óptica del derecho administrativo, véanse las siguientes obras y la bibliografía y legislación en ellas citadas:

E. LINDE PANIAGUA, *El Derecho Público del seguro*, Ed. Montecorvo, 1977.

E. LINDE PANIAGUA y J. LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, "La intervención de la Administración en el Sistema Financiero. La intervención de la Administración en los Seguros Privados", en *Parte especial del Derecho Administrativo. La intervención de la Administración en la Sociedad*, E. Linde Paniagua (coord.), 2ª edición, Colex, Madrid 2012.

Nos limitaremos a dejar constancia del hecho de que las entidades aseguradoras³¹ son intermediarios financieros³², sometidos a un específico régimen administrativo de autorización, de requerimientos de solvencia, de supervisión y sancionador, en los que la función de canalización del ahorro a la inversión no resulta siempre evidente, especialmente en determinadas modalidades de seguro, si bien es clara, en general, en las modalidades de vida y en especial en aquellas que además de cobertura de riesgos incorporan alguna forma de capitalización (y obviamente en los fondos de pensiones).

No obstante, para dar una idea de la magnitud del conjunto del sector asegurador en España, el total balance agregado a 31 de diciembre de 2013 de las sociedades, mutuas y mutualidades de previsión ascendía a 280 mil millones de euros³³, frente a los 190 mil millones de euros que, tal como veíamos en un apartado anterior, sumaba el patrimonio de las instituciones de inversión colectiva y, en ambos casos, muy lejos de los 2,7 billones de euros que totaliza el balance de las entidades de crédito.

J. LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, *Estudio y clasificación de los seguros privados desde la perspectiva del derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, 2013.

³¹ Una no-definición de empresa de seguros se encuentra en la Directiva 2009/138/CE, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II): «*empresa de seguros*»: una empresa de seguros directos de vida o distintos del seguro de vida que haya recibido autorización, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14.

³² *Just like banks, insurers are financial intermediaries as far as their life insurance business lines are concerned. Their liabilities represent financial claims for policyholders, and their assets are predominantly financial assets. Insurers collect savings, intermediate between savers and investors, channel funds, and fulfil a function of capital allocation in the economy. They are indeed important sources of funding for the real economy, also as a wide range of assets are eligible for them.* THIMANN, C. How insurers differ from banks: Implications for systemic regulation. Voex.org, 17 October 2014.

³³ Véase la Memoria Estadística Anual de Entidades Aseguradoras que publica la Dirección General de Seguros del Ministerio de Economía y Competitividad.

Banks and insurers: Differences and similarities with regard to systemic interaction³⁴

Four differences		Two similarities
1. Institutional interconnectedness		1. Financial intermediaries
Banks are institutionally connected through the interbank market	Insurers are stand-alone operators	Banks and insurers are financial intermediaries between savers and investors
2. Maturity transformation & leverage		2. Financial investors
Maturity transformation and leverage inherent in banking	Insurers match asset & liabilities; leverage quasi-absent	Banks and insurers are large-scale investors in financial markets
3. Exposure to liquidity risk		
Banks face inherent liquidity risk	Insurers are liquidity-rich	
4. Role on money, credit and payment system		
Banks create money, credit and constitute the payment system	Insurers do not create money or credit; they use the payment system	

³⁴ C. THIMANN, “How Insurers Differ from Banks: A Primer on Systemic Regulation”, *SRC Special Paper* n° 3, London School of Economic and Political Science, July 2014

10. Financiación mediante deuda

La financiación mediante instrumentos de deuda es, en España y en Europa, la principal modalidad de aportación de recursos financieros a los sectores económicos en términos de volumen, con una considerable diferencia respecto de los restantes tipos de pasivos financieros. Tal como anticipamos en un apartado anterior, la financiación vía deuda presenta dos variantes muy diferentes: la instrumentada en valores negociables y la formalizada mediante contratos de crédito y préstamo³⁵. Ambas variantes son utilizadas también de manera muy desigual atendiendo al sector prestatario.

³⁵ **Valores representativos de deuda (F.3)**

5.89 *Definición: Los valores representativos de deuda son instrumentos financieros negociables que acreditan la existencia de una deuda*

Principales características de los valores representativos de deuda

5.90 *Los valores representativos de deuda tienen las siguientes características:*

- a) *una fecha de emisión del valor representativo de deuda;*
- b) *un precio de emisión al que los inversores compran los valores representativos de deuda cuando se emiten;*
- c) *una fecha de amortización o vencimiento, en la que contractualmente debe reembolsarse definitivamente el principal;*
- d) *un valor de amortización o nominal, que es el importe que debe pagar el emisor al titular al vencimiento;*
- e) *un plazo de vencimiento original, que es el período desde la fecha de emisión hasta el pago definitivo contractualmente estipulado;*
- f) *un plazo de vencimiento restante o residual, que es el período a partir de la fecha de referencia hasta el pago definitivo contractualmente estipulado;*
- g) *un interés nominal que el emisor paga a los titulares de los valores representativos de deuda. El interés puede establecerse para toda la vida del valor representativo de deuda o variar con arreglo a la inflación, los tipos de interés o los precios de un activo. Las letras y los valores representativos de deuda con cupón cero no ofrecen intereses en forma de cupón;*
- h) *fechas de pago de cupón, en las cuales el emisor paga el cupón a los titulares de los valores;*
- i) *el precio de emisión, el precio de amortización y el tipo de interés pueden estar denominados (o ser liquidados) en moneda nacional o en monedas extranjeras;*
- j) *la calificación crediticia de los valores representativos de deuda, que evalúa la solvencia de una emisión específica de valores representativos de deuda. Las calificaciones son asignadas por organismos reconocidos.*

En cuanto a la letra c), en el primer párrafo, la fecha de vencimiento puede coincidir con la conversión de un valor representativo de deuda en una acción. En este contexto, la convertibilidad significa que el titular puede canjear un valor representativo de deuda por capital ordinario del emisor. La posibilidad de canje significa que el titular puede canjear el valor representativo de deuda por acciones o participaciones de una sociedad distinta al emisor. La deuda perpetua, que no tiene establecida una fecha de vencimiento, se clasifica como valores representativos de deuda.

CAPÍTULO PRIMERO
LA ACTIVIDAD BANCARIA

Deuda de los sectores no financieros materializada en valores representativos de deuda y en préstamos						
Dic. 2013. (millones de euros)						
Por instrumentos	% PIB	M €	Por prestatarios			Hogares
			Administraciones públicas	Sociedades no financieras		
Valores representativos de deuda	87,5	895.027	872.905	22.122		
Préstamos	241,1	2.466.822	380.551	1.297.107	789.164	
Total	328,6	3.361.849	1.253.456	1.319.229	789.164	

Por prestatarios	% PIB	M €	Por prestamistas				
			Administraciones públicas	Sociedades no financieras	Hogares	Instituciones financieras	Resto del mundo
Administraciones públicas	122,5	1.253.456	250.160	27.138	10.103	547.681	418.374
Sociedades no financieras	129,0	1.319.229	31.656	219.802	4.638	721.802	341.331
Hogares e ISFLSH	77,1	789.164	910			785.237	3.017
Total	328,6	3.361.849	282.726	246.940	14.741	2.054.720	762.722

Fuente: Elaboración propia a partir de las Cuentas Financieras de la Economía Española (2006-2013) SEC 95.

Así, las administraciones públicas se financian mayoritariamente mediante la emisión de valores negociables, la Deuda pública, generalmente negociada en mercados organizados, con la finalidad de tener acceso a un colectivo amplio de potenciales inversores, tanto nacionales como extranjeros. La deuda privada materializada en valores negociables apenas representa en España el 2,5% del total de estos instrumentos de deuda en circulación, cifra que no es muy diferente de la media de la eurozona. Ya

Préstamos (F.4)

5.112 *Definición:* Los préstamos se crean cuando los acreedores prestan fondos a los deudores.

Principales características de los préstamos

5.113 Los préstamos se caracterizan por los siguientes rasgos:

- a) las condiciones por las que se rigen, o bien las establecen las instituciones financieras que los conceden, o bien se acuerdan, directamente o a través de un intermediario, entre el prestamista y el prestatario;
- b) la iniciativa de realizar una operación de préstamo suele partir del prestatario, y
- c) un préstamo es una deuda incondicional para el acreedor, que debe reembolsarse a su vencimiento y devenga intereses.

Distinción entre operaciones con préstamos y operaciones con valores representativos de deuda

5.120 Las operaciones con préstamos (F.4) se distinguen de las operaciones con valores representativos de deuda (F.3) por el hecho de que los préstamos son instrumentos financieros no negociables, mientras que los valores representativos de deuda son instrumentos financieros negociables.

5.121 Casi siempre, los préstamos se materializan en un único documento y se realizan entre un solo acreedor y un solo deudor. En cambio, las emisiones de valores representativos de deuda consisten en un amplio número de documentos idénticos, cada uno de los cuales ostenta un importe en números redondos, que en conjunto constituyen el importe total que se toma prestado.

Reglamento (UE) 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (DO de 26.6.2013).

hicimos referencia a las instituciones de inversión colectiva que, atendiendo a su vocación inversora, dirigen los recursos captados hacia esta modalidad de financiación.

En sentido contrario, el grueso de la financiación a los hogares y las sociedades no financieras³⁶ se materializa en contratos de crédito y préstamos formalizados con los intermediarios financieros especializados en esta función, básicamente las entidades de crédito.

Con una visión algo más amplia, la Autoridad Bancaria Europea considera³⁷ además *other entities carrying on in the European Union bank-like activities within the scope of credit intermediation*.

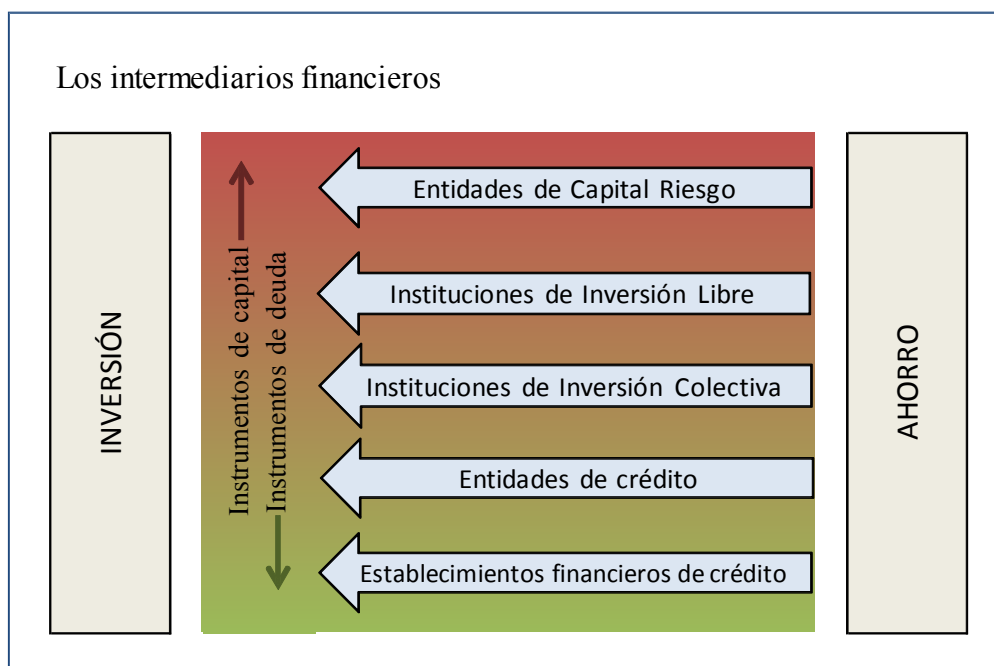
*The four key features of credit intermediation considered are: (a) maturity transformation (borrowing short and lending/investing on longer timescales); (b) liquidity transformation (using cash-like liabilities to buy less liquid assets); (c) leverage; (d) credit risk transfer (transferring the risk of credit default to another person for a fee). Examples of entities carrying on credit intermediation include: money market funds, special purpose vehicles engaged in securitisation transactions, securities and derivatives dealers and companies engaged in factoring, leasing or hire purchase*³⁸.

³⁶ Distinta de la que las sociedades no financieras obtienen directamente de otros sectores que, tal como veíamos en un apartado anterior, resulta ser la principal fuente de recursos de estas sociedades.

³⁷ EUROPEAN BANKING AUTHORITY. Opinion of the European Banking Authority on matters relating to the perimeter of credit institutions. EBA/Op/2014/12, 27 November 2014

³⁸ Ya hemos hecho referencia en apartados anteriores a las sociedades de valores cuando actúan por cuenta propia (*securities and derivatives dealers*) y a las instituciones de inversión colectiva, una de cuyas modalidades son los fondos cuya vocación inversora puede dirigirse a activos del mercado monetario (*money market funds*) (en España, los Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario –FIAMM– estuvieron regulados, como una categoría específica de fondos, por la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, derogada por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva).

En apartados sucesivos nos referiremos a los fondos de titulización de activos (*special purpose vehicles engaged in securitisation transactions*) y a los establecimientos financieros de crédito (*companies engaged in factoring, leasing or hire purchase*).

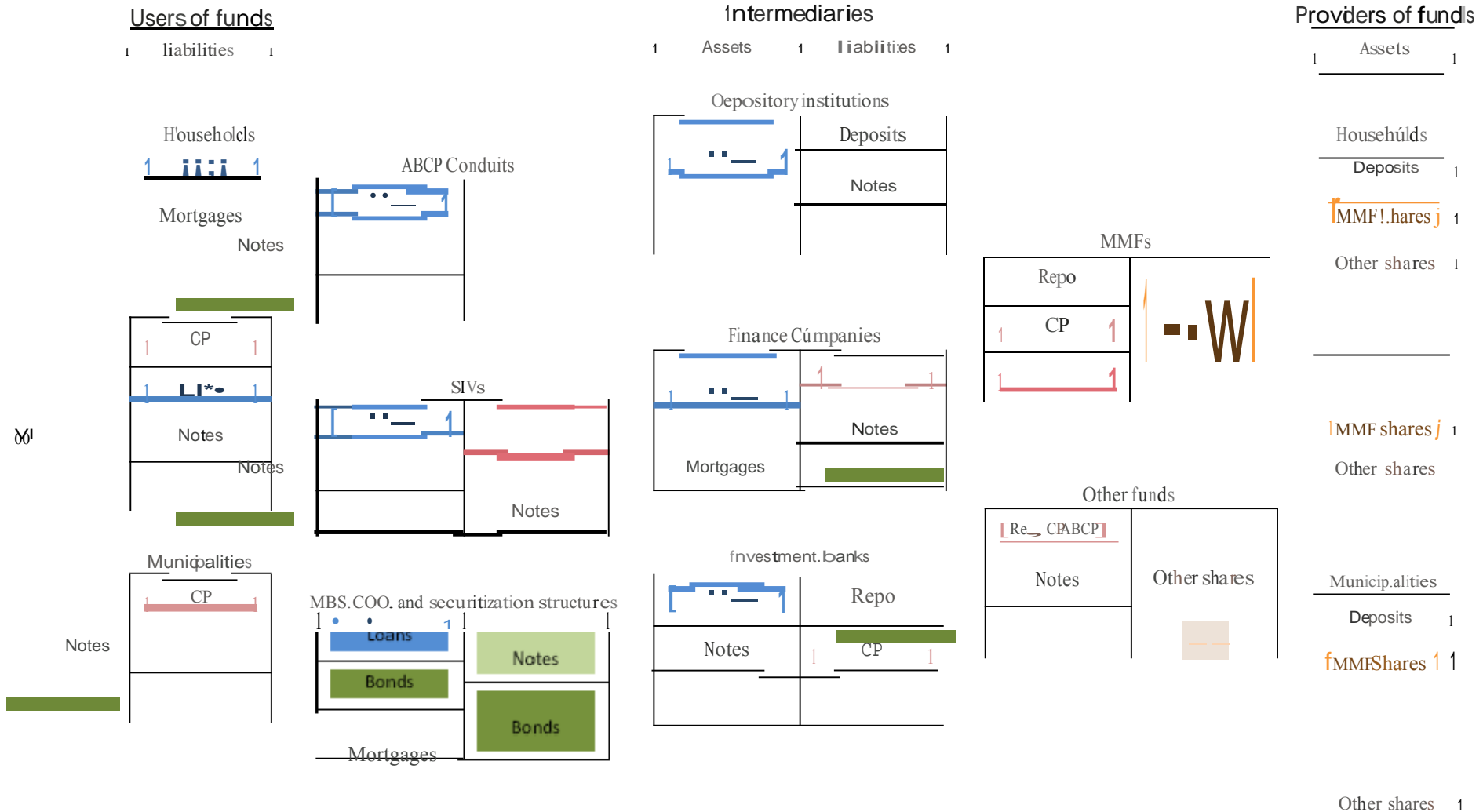


Por tanto, el repaso hasta aquí realizado a las tres posibles formas de canalización del ahorro a la inversión: inversiones financieras directas, mercados financieros e intermediarios financieros; junto a los principales instrumentos utilizados: acciones y participaciones, valores representativos de deuda y préstamos, así como a los agentes intervinientes en el proceso: empresas de servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva y entidades de crédito³⁹, nos permite tener una visión general del sistema financiero, definido precisamente como *el conjunto de instituciones, medios y mercados, cuyo fin primordial es canalizar el ahorro que generan las unidades de gasto con superávit, hacia los prestatarios o unidades de gasto con déficit. El sistema financiero comprende, pues, tanto los instrumentos o activos financieros, como las instituciones o intermediarios y los mercados financieros*⁴⁰. En los siguientes apartados continuaremos avanzando en la delimitación de una específica categoría de los intermediarios financieros: las entidades de crédito.

³⁹ Hemos dejado fuera, por las razones antes expuestas, a las entidades aseguradoras.

⁴⁰ J.A. PAREJO, L. RODRÍGUEZ, A. CUERVO y A. CALVO, *Manual del sistema financiero español*, Ariel, 20ª ed., 2007.

Selected Financial Intermediation Entities and Debt Instruments



Note. Other funds include securitization cash reinvestment pools, hedge funds, mutual funds, government investment pools, and other asset managers. CP refers to unsecured commercial paper. Notes are medium-term debt instruments; bonds are long-term debt instruments. Importantly, this figure does not represent all instruments and entities. For example, not included in this diagram are equity securities or securities directly held by households, corporations, and municipalities. Source: Pozsar, 2008.

IV. LA ACTIVIDAD BANCARIA TÍPICA

1. La actividad típicamente bancaria

A la hora de abordar el tratamiento de la prevención y gestión de crisis bancarias resulta obligado formularse una pregunta previa: ¿por qué es tan importante el papel de los bancos en la economía como para precisar de una específica regulación, distinta y más intensa que la del resto de agentes?

Un primer paso para intentar responder a la pregunta es ver en qué consisten las actividades que desarrollan los bancos y, de manera especial, cuáles de estas actividades son realizadas por los bancos, ya sea de manera excluyente (no pueden realizarlas otros intermediarios financieros) como la captación de depósitos del público, ya sea de manera preferente, aunque no exclusiva, como la concesión de crédito. A estas actividades son a las que nos referiremos bajo la denominación genérica de actividad típica bancaria, entendida como aquella que define, que identifica, que diferencia a las empresas bancarias del resto de intermediarios financieros.

En su funcionamiento habitual los bancos desarrollan la práctica totalidad de las actividades financieras posibles (excepción hecha de la aseguradora) y actúan por cuenta ajena (bróker, agencias de valores), por cuenta propia (*dealer*, sociedades de valores), invierten en activos de todo tipo (renta fija, variable, préstamos,...) y emiten instrumentos financieros variados (depósitos, pagarés, bonos,...). Solo algunas de estas actividades forman parte de la actividad típica bancaria, mientras que las demás las desarrollan diferentes intermediarios.

Para intentar precisar en qué consiste la actividad típicamente bancaria, vamos a seguir una triple aproximación: las categorías de ahorro, los instrumentos materialización del ahorro y la función desarrollada por los bancos en el sistema financiero. La actividad financiera se identifica con la canalización del ahorro a la inversión y no todo el ahorro intermediado se dirige hacia las entidades de crédito. Es posible identificar, sin embargo, algunas modalidades de ahorro que constituyen los pasivos típicamente bancarios y que, además, se materializan en unos concretos instrumentos financieros, los depósitos bancarios, respecto de los cuales la legislación

establece la reserva de actividad a favor de las entidades de crédito. Además, junto a la mera canalización del ahorro a la inversión, los bancos cumplen una doble función en el sistema financiero: diluyen los riesgos del ahorrador y realizan la transformación de plazos que permite que, mediante recursos tomados a corto plazo, se financien inversiones a largo. A todo ello vamos a dedicar los siguientes apartados.

2. La categorización del ahorro

2.1. El ahorro finalista

Sin pretensiones de exhaustividad, es posible establecer una mínima categorización del ahorro atendiendo a las relaciones de los ahorradores, de las unidades económicas excedentarias de recursos financieros, con los intermediarios financieros y con los bancos en particular, categorías que, siendo conscientes de lo impreciso de sus límites, podríamos denominar: el ahorro finalista, el ahorro coyuntural a corto plazo y el ahorro *sensu stricto*.

Las unidades económicas excedentarias de recursos financieros disponen como hemos venido viendo de distintas opciones para que su ahorro llegue a la inversión productiva. Utilizamos aquí la expresión ahorro finalista para referirnos a aquella parte del ahorro sobre la que los agentes, de manera consciente, planificada, deciden sobre su destino en busca de la combinación de rentabilidad, liquidez y riesgo que consideran adecuada. En esa búsqueda acudirán, según su conveniencia, a la financiación directa, a los mercados financieros y a los intermediarios financieros. Para este tipo de ahorro, los pasivos bancarios, dentro de una variada oferta por entidades e instrumentos, constituyen una posibilidad de inversión, una más.

Con matices, nos referimos a lo que, en el ámbito de los mercados de valores, la Directiva MIFID⁴¹ denomina inversores profesionales (*professional clients*) y los define como: *todo cliente que posee la experiencia, los conocimientos y la cualificación*

⁴¹ Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo. (DO de 30.4.2004).

*necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y para valorar correctamente los riesgos inherentes a dichas decisiones*⁴².

El matiz consiste en que, a diferencia de lo que ocurre en la actividad en los mercados de valores, no pretendemos calificar de manera singular a las personas, físicas o jurídicas, no hablamos de ahorradores finalistas, y ello es así porque, como veremos, en sus relaciones con las entidades de crédito las personas adoptan distintas posiciones, se comportan con los bancos de distintas maneras, simultáneamente. Lo que intentamos categorizar no es al ahorrador, sino al ahorro finalista, es decir aquella parte del ahorro que, quienes poseen *la experiencia, los conocimientos y la cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y para valorar correctamente los riesgos inherentes a dichas decisiones*, deciden dirigir hacia los bancos en cuanto que emisores, uno más, de activos de financieros en los que invertir.

Podemos ilustrar esta idea con un pequeño ejemplo: una gran empresa que, en sus actuaciones en los mercados de valores responda inequívocamente a la condición de inversor profesional, en sus relaciones con los bancos probablemente, por un lado, utilizará cuentas corrientes para sus cobros y pagos diarios y el mantenimiento de una mínima reserva de tesorería, mientras que, por otro, dentro de sus opciones de inversión y atendiendo a criterios de rentabilidad, liquidez y riesgo, elegirá entre los múltiples instrumentos financieros emitidos por diferentes emisores, entre los que se encuentran los emitidos por los bancos; solo esta segunda parte es ahorro finalista tal como lo estamos entendiendo.

Si no fuese por la naturaleza del instrumento utilizado⁴³, esta categoría de pasivos bancarios es indistinguible de los pasivos de cualquier otro emisor de instrumentos financieros. Dicho en términos más claros todavía: si no existiesen los bancos, este

⁴² La Directiva otorga automáticamente la consideración de inversores profesionales a las entidades que deben ser autorizadas o reguladas para operar en los mercados financieros (entidades de crédito, empresas de inversión, compañías de seguros, organismos de inversión colectiva, fondos de pensiones e inversores institucionales en general), las grandes empresas que cumplan determinados requisitos de fondos propios y volumen de negocio, los gobiernos y los organismos públicos.

⁴³ Queremos decir con esto que hay determinados instrumentos que son emitidos en exclusiva por determinados intermediarios (depósitos por los bancos, seguros por las entidades aseguradoras), mientras que otros pueden ser emitidos por cualquier empresa: bonos, obligaciones,...

ahorro finalista sencillamente se materializaría igualmente en cualesquiera otros instrumentos financieros de los emitidos por cualesquiera otros emisores. Nada permite identificar este ahorro como típicamente bancario.

2.2. El ahorro coyuntural a corto plazo ligado al sistema de pagos

Nos hemos referido en el apartado dedicado al ahorro a la definición de éste como la diferencia entre la renta disponible y el consumo, y ya apuntábamos que, normalmente, entre ambos flujos se produce un desfase temporal (y espacial). Baste pensar en el espacio temporal que media entre el momento (el día del mes) en que un asalariado percibe su nómina (renta) y el tiempo (el conjunto del mes) en que la gasta (consumo).

El hecho de que durante ese desfase temporal el ahorro, aun siendo coyuntural y a muy corto plazo, se mantenga en cuentas bancarias permite a las entidades de crédito movilizar una enorme cantidad de recursos y destinarlos a la inversión, algo que no ocurriría o lo haría en menor medida si ese ahorro se mantuviese en efectivo en poder de las unidades económicas (como de hecho ocurre en sociedades poco bancarizadas).

Las cifras que mostrábamos referidas a la contabilidad nacional nos pueden dar una idea de la magnitud de esta categoría de ahorro. Veíamos que la remuneración de los asalariados representó en España unos 490 mil millones de euros en 2013, cifra equivalente al 47% del PIB. Si la suponemos repartida en doce mensualidades iguales y que en su inmensa mayoría se paga mediante su abono en una cuenta bancaria, eso significa que todos los meses más de 40 mil millones de euros engrosan las cuentas de los asalariados el día del abono de la nómina, cuyo saldo irá disminuyendo a lo largo del mes conforme se materialicen los gastos en consumo⁴⁴. Aun suponiendo que, en términos agregados para el conjunto del periodo, el ahorro final fuese cero (renta igual a consumo), el saldo medio mensual disponible en cuentas bancarias para ser prestado por las entidades de crédito españolas supondría 20 mil millones de euros, solo por este concepto.

⁴⁴ Lo que Keynes, en su Tratado sobre el dinero, llama *Income-deposits*.

Siguiendo con el razonamiento, para que los pagadores de las nóminas (empresas y administraciones públicas) puedan hacer frente al desembolso habrán de ir acumulando durante el mes 40 mil millones euros disponibles para ser adeudados en sus cuentas el día de pago de las nóminas. Además, generalizando, las empresas necesitan disponer de fondos que les permitan atender sus pagos corrientes a lo largo del mes y, cuando ello es posible, mantener una reserva dineraria para hacer frente a desembolsos de cuantía no siempre previsible⁴⁵.

Podríamos alargar el ejemplo con el resto de magnitudes flujo y los desfase temporales entre ellas (baste recordar los 600 mil millones de euros de gastos de consumo de los hogares españoles en 2013) con idénticas conclusiones. En la medida en que los bancos constituyen el soporte del sistema de pagos del país (salvo los pagos de pequeño importe, el resto se realiza mediante transacciones a través de cuentas bancarias), eso significa una enorme masa de ahorro que las entidades de crédito, y solo las entidades de crédito, pueden canalizar a la inversión⁴⁶.

2.3. El ahorro *sensu stricto*

Con esta expresión pretendemos referirnos al ahorro, distinto del meramente coyuntural, que a lo largo del tiempo las unidades económicas van acumulando en previsión de consumo o inversiones futuras o como mera medida de precaución, sin que, a diferencia del ahorro finalista, medie una decisión planificada sobre dónde debe dirigirse, más allá de su mantenimiento en lugar seguro⁴⁷.

⁴⁵ Los *Business-deposits* citando nuevamente a Keynes.

⁴⁶ Dos pequeñas precisiones al respecto: en algunos países como EEUU los *Money Market Funds* son disponibles mediante cheque cumpliendo de esta forma una función similar a la descrita; y el hecho de que los bancos sean en la actualidad el soporte del sistema de pagos en las economías desarrolladas no significa que lo sean en igual medida en todas partes (en muchos países pobres y poco bancarizados lo son en escasa medida), ni que vayan a serlo en el futuro (otros agentes pugnan por ocupar ese lugar, por ejemplo, en el comercio electrónico).

⁴⁷ A diferencia de los dos casos anteriores, en esta ocasión el concepto no se corresponde con lo que Keynes llama *Savings-deposits*, por cuanto su definición atiende al hecho de que estos depósitos no tienen el propósito de atender los pagos corrientes, sino como inversión del capital, pero sin entrar en la distinción, a nuestro juicio relevante, entre ahorro finalista y ahorro pasivo.

Obedece fundamentalmente a dos motivaciones. Una está relacionada con el hecho constatable de que no todos los ahorradores responde a lo que antes señalábamos como inversor profesional, es decir, no todos poseen *la experiencia, los conocimientos y la cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y para valorar correctamente los riesgos inherentes a dichas decisiones*. En este punto no está de más recordar que a estos depositantes se refería la propia Comisión, todavía en 1986, cuando instaba a los estados miembros a comprobar si sus “... sistemas [de garantía de depósitos] *garantizan una indemnización a los depositantes que no dispongan de medios para valorar convenientemente la política financiera de las entidades a las que confían sus depósitos*”⁴⁸; o la Ley de Disciplina de entidades de crédito de 1988, cuando recordaba en su exposición de motivos que “*esas entidades captan recursos financieros entre un público muy amplio, carente en la mayor parte de los casos de los datos y los conocimientos necesarios para proceder a una evaluación propia de la solvencia de aquéllas*”. Para estos ahorradores, en las actuales sociedades occidentales, la salida natural a su ahorro son, principalmente, los depósitos bancarios⁴⁹.

La segunda motivación tiene que ver con que no basta con poseer los conocimientos necesarios; para comportarse, en lo que al ahorro se refiere, como un inversor profesional hace falta además la voluntad de serlo, y esa voluntad se ve restringida porque, para determinados niveles de ahorro, el coste de búsqueda sobrepasa los potenciales mayores rendimientos, primando la opción más segura.

No hay una intención finalista en esta categoría del ahorro, los depósitos bancarios son, por así decirlo, la opción por defecto de quienes no pueden o no quieren elegir entre diversas opciones; es lo que podríamos llamar ahorro pasivos. En suma, los bancos son la alternativa que se ofrece al ahorro para aquellos que no disponen de la capacidad o no tienen la voluntad de discriminar entre diferentes alternativas de

⁴⁸ Recomendación de la Comisión de 22 de diciembre de 1986 relativo al establecimiento de sistemas de garantía de depósitos en la Comunidad (87/63/CEE) (DO de 4.2.87)

⁴⁹ No exclusivamente, porque otros instrumentos financieros (Deuda Pública, determinadas modalidades de fondos,...) reúnen condiciones de simplicidad, seguridad y liquidez que les permiten cumplir una función similar, si bien comportan ciertos riesgos (de mercado fundamentalmente) que hacen que no sean sustitutivos de los depósitos bancarios.

inversión. En respaldo de esta idea cabe señalar que más del 40% de total de la riqueza financiera de los hogares españoles se encuentra materializada en depósitos bancarios⁵⁰.

En esta apreciación estamos dando por supuesto que existe la percepción social de que el lugar (incluso físico) fiable y seguro donde depositar el ahorro son los bancos (y, hasta hace poco, las cajas de ahorros), en tanto en cuanto los depósitos bancarios, a diferencia de cualquier otro activo financiero (incluida la Deuda pública), no se perciben como una inversión de riesgo (ni de crédito, ni de precio, ni siquiera de liquidez). Por ello, parece innecesario recalcar que la inmensa mayoría del ahorro de las familias y de las empresas responde a estas categorías de ahorro a las que estamos llamando ahorro en sentido estricto y ahorro coyuntural a corto plazo que, en conjunto, constituyen el ahorro típico bancario.

La distinción entre estas dos categorías que conforman el ahorro típico bancario y el que hemos llamado ahorro finalista resulta relevante para la regulación bancaria por dos razones:

- En primer lugar porque en el ahorro típicamente bancario la relación que se establece entre la entidad depositaria y el ahorrador está basada en la confianza; y la confianza de los ahorradores en el correcto funcionamiento del sistema bancario constituye la piedra angular sobre la que se sustenta la estabilidad financiera y el elemento necesario para la canalización del ahorro minorista a la inversión productiva y para el regular funcionamiento del sistema de pagos.
- En segundo lugar, y precisamente por ello, los pasivos típicos bancarios se caracterizan por la elevada estabilidad de sus saldos medios agregados y es esta estabilidad de saldos de los depósitos, que individualmente considerados son disponibles a la vista o a corto plazo, la que permite que los bancos mantengan una reserva fraccionaria y hace posible la transformación de plazos a la que haremos referencia más adelante.

⁵⁰ Véase Banco de España - Estadísticas - Cuentas Financieras de la Economía Española.

<http://www.bde.es/webbde/es/estadis/ccff/ccff.html>

A diferencia del ahorro típico bancario, el ahorro finalista, aun cuando se materialice ocasionalmente también en depósitos en entidades de crédito, responde a una relación contractual basada, no en la confianza, sino en el análisis del riesgo, o más precisamente en la ecuación rentabilidad/riesgo y, en busca de las mejores alternativas de inversión en cada momento, sus saldos resultan altamente volátiles.

No parece, por ello, que la regulación prudencial de las entidades de crédito deba jugar ningún papel en el ejercicio de la libertad de invertir (y arriesgar) sus ahorros por parte de inversores especializados y debidamente informados, más allá de velar por el correcto funcionamiento de los mercados financieros.

En sentido contrario, la regulación bancaria tiene como objetivo la preservación de la estabilidad financiera; y el mantenimiento de la confianza resulta un elemento esencial para este propósito, lo que sitúa al ahorro típico bancario en el centro de atención y justifica la existencia de la llamada red de seguridad (garantía de depósitos, prestamista de última instancia, etc.) que veremos en el próximo capítulo.

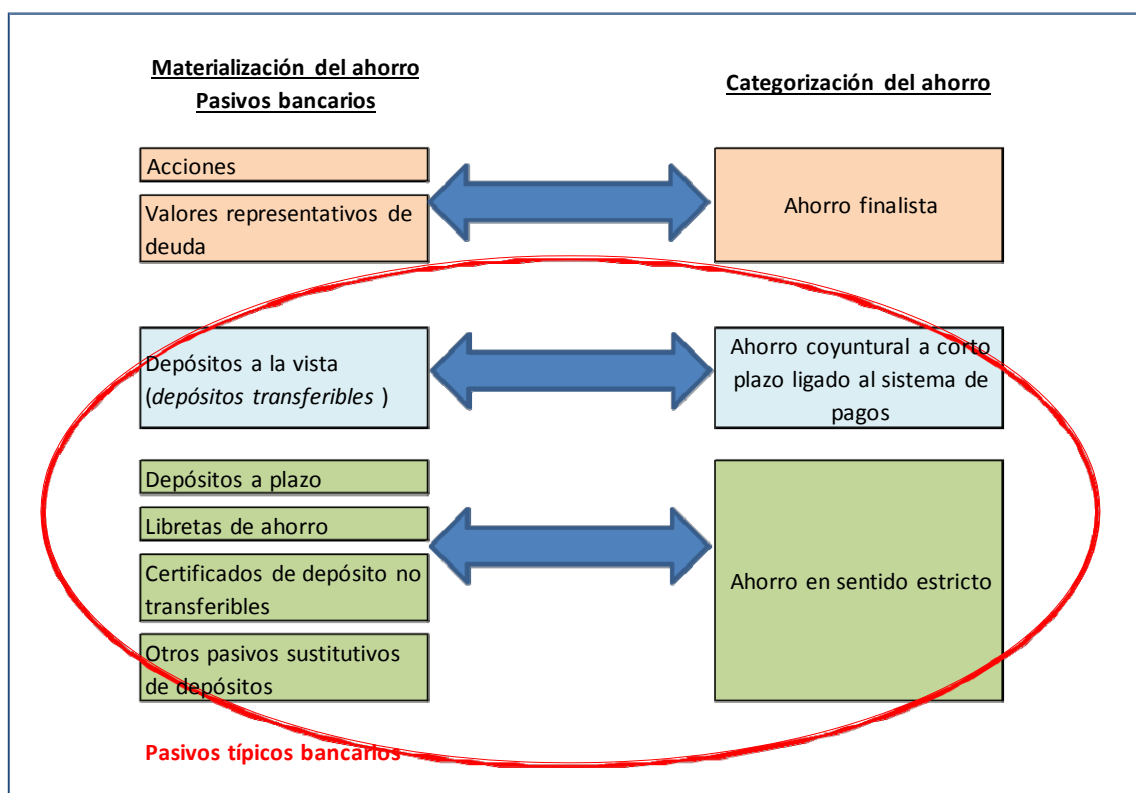
3. La materialización del ahorro

3.1. Los pasivos bancarios

Las entidades de crédito se definen como aquellas empresas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia. No obstante, las entidades de crédito no tienen limitada la posibilidad de emitir otros tipos de pasivos distintos de los depósitos y, en un esquema simplificado, los bancos se financian con cuatro grandes categorías de instrumentos financieros: su propio patrimonio (capital y reservas), los valores negociables que emiten (bonos y obligaciones), los depósitos (a la vista y a plazo) y otros pasivos (préstamos interbancarios, derivados,...).

CAPÍTULO PRIMERO
LA ACTIVIDAD BANCARIA

De forma que, al menos conceptualmente, es posible identificar las distintas categorías de ahorro que hemos descrito en los apartados precedentes, con los instrumentos en que tal ahorro se materializa atendiendo a la diferenciación de los pasivos bancarios por instrumentos. Y, así, es fácil imaginar que el ahorro finalista se dirigirá preferentemente a la inversión en títulos de capital (acciones) o de deuda (bonos y obligaciones) emitidos, entre otros, por las entidades de crédito, mientras que para el resto de las categorías la materialización lógica de su ahorro será los depósitos



bancarios, ya sea a la vista para canalizar las transacciones en el sistema de pagos⁵¹, ya sea a plazo como reserva de valor, al que antes nos referíamos bajo la denominación de ahorro en sentido estricto.

⁵¹ Lo que en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales SEC 2010 se denominan depósitos transferibles: son depósitos intercambiables por efectivo a la vista y por el nominal y que pueden utilizarse directamente para efectuar pagos mediante cheque, efecto comercial, orden de giro, adeudo/abono directo, u otro mecanismo de pago directo, sin penalización o restricción. Párrafo 5.80 del Reglamento (UE) 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (DO de 26.6.2013)

En este esquema simple es posible identificar la actividad típica bancaria, por el lado del pasivo, con los depósitos bancarios, en cuanto que materialización de aquellas categorías de ahorro distintas de la que señalábamos como finalista atendiendo a su capacidad y voluntad de seleccionar entre diferentes alternativas de inversión.

La realidad es, sin embargo, más compleja que este esquema simple. En primer lugar porque frente a una categorización discreta de los instrumentos financieros: de capital, de deuda o depósitos, con sus propias características definitorias que permitían diferenciar claramente unos de otros, en los últimos años la innovación financiera ha generado un sinnúmero de nuevos instrumentos, que han ido ocupando el espacio que media entre las categorías señaladas y que, por ejemplo, participan simultáneamente de las características de los de capital y los de deuda, como los llamados híbridos, o resultan sustitutivos de los depósitos tradicionales, como los pagarés o los depósitos estructurados. En segundo término, porque esta diversificación de instrumentos ha estado motivada y ha tenido también como finalidad ampliar las opciones de las distintas categorías de ahorro hasta hacerlas, en la realidad, difícilmente distinguibles. Y, finalmente, porque para lo que hemos dado en llamar ahorro finalista resulta irrelevante el instrumento en que se materializa, siempre que en el mismo concurra la combinación de rentabilidad, liquidez y riesgo deseada⁵².

3.2. Los depósitos bancarios

Los depósitos bancarios han sido objeto de una extensa, y no siempre pacífica, atención por parte del Derecho mercantil. En los párrafos siguientes, sin embargo, nos

⁵² Un ejemplo puede ayudarnos a precisar algo más esta idea. Con anterioridad a la reciente crisis, Chipre había orientado su economía hacia la actividad financiera atrayendo una significativa cantidad de ahorro procedente del este de Europa incentivado por los elevados tipos de interés y, al parecer, una cierta opacidad fiscal; ahorro que se instrumentó en forma de depósitos bancarios. Cuando a mediados de 2012 se produce la crisis de Chipre, la Unión Europea y el FMI deciden otorgar diversas ayudas, condicionadas, entre otros aspectos, a que todos los depositantes bancarios asuman una fracción de las pérdidas incurridas por los bancos del país en situación de quiebra, con la enorme torpeza de no percatarse de la imposibilidad de diferenciar el ahorro corriente de las familias chipriotas (ahorro en sentido estricto, ahorro pasivo) de ese otro ahorro especulativo de inversores selectivos (ahorro finalista) procedente del exterior, materializados ambos en depósitos bancarios. Ante la negativa del Parlamento de Chipre y la enorme pérdida de confianza que ello generó en el conjunto de la Unión, la “troika” tuvo que rectificar, manteniendo la garantía a los depositantes con saldos hasta 100.000 euros.

referiremos al concepto depósito bancario desde el punto de vista del Derecho administrativo, es decir, de la consideración que la regulación bancaria otorga a los depósitos⁵³.

A finales de 2014, por encargo de la Comisión Europea, la Autoridad Bancaria Europea acometió la tarea de precisar el perímetro de las empresas que ostentan la condición de entidades de crédito en la Unión Europea⁵⁴ y, volviendo una vez más a la definición de entidades de crédito como aquellas empresas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia, revisó las definiciones incorporadas al ordenamiento jurídico comunitario y de los Estados miembros, tanto de depósitos como de otros fondos reembolsables.

En cuanto a los depósitos, la Directiva de garantía de depósitos⁵⁵, a los meros efectos de su cobertura por el correspondiente sistema de garantía, define depósito como:

cualquier saldo acreedor que proceda de fondos que se hayan mantenido en cuenta o de situaciones transitorias generadas por operaciones bancarias normales y que una entidad de crédito tenga obligación de restituir en las condiciones legales y contractuales aplicables, inclusive los depósitos a plazo fijo y los depósitos de ahorro, pero excluido el saldo acreedor cuando concurra alguna de las condiciones siguientes:

a) su existencia solo pueda probarse mediante un instrumento financiero tal como se define en el artículo 4, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a no ser que se trate de un producto de

⁵³ Ya hicimos una referencia a la consideración de los depósitos en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales SEC 2010 del Reglamento (UE) 549/2013 (véase nota al pie 51)

⁵⁴ EUROPEAN BANKING AUTHORITY. Opinion of the European Banking Authority on matters relating to the perimeter of credit institution. EBA/Op/2014/12 y Report to the European Commission on the perimeter of credit institutions established in the Member States. 27 November 2014.

<http://www.eba.europa.eu/documents/10180/657547/EBA-Op-2014-12+%28Opinion+on+perimeter+of+credit+institution%29.pdf>

<http://www.eba.europa.eu/documents/10180/534414/2014+11+27+-+EBA+Report+-+Credit+institutions.pdf>

⁵⁵ 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) (DO de 12.06.2014).

ahorro representado por un certificado de depósito emitido a nombre de una determinada persona y que exista en un Estado miembro a fecha de 2 de julio de 2014,

b) si el principal no es reembolsable por su valor nominal,

c) si el principal solo es reembolsable por su valor nominal con una garantía o acuerdo especial de la entidad de crédito o de un tercero⁵⁶

Vistas no obstante las diferentes interpretaciones que la legislación de los Estados miembros dan al término, y atendiendo al hecho de que en la propia regulación comunitaria el concepto de depósito excede del mero ámbito objetivo de aplicación de la Directiva de garantía de depósitos⁵⁷, la Autoridad Bancaria Europea concluyó que:

⁵⁶ Artículo 2, 1, c) de la Directiva 2014/49.

Por su parte, la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (Directiva MIFiD) define depósito estructurado como:

“un depósito, según se define en el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo que sea plenamente reembolsable en la fecha de vencimiento en condiciones que establezcan que todo interés o prima se abonará (o peligrará) según una fórmula en la que intervengan factores como los siguientes:

a) un índice o combinación de índices, excluidos los depósitos de tipo variable cuya rentabilidad esté directamente vinculada a un índice de tipos de interés como Euribor o Libor;

b) un instrumento financiero contemplado en la Directiva relativa a los mercados de instrumentos financieros, o una combinación de instrumentos financieros;

c) una materia prima o una combinación de materias prima u otros activos no fungibles físicos o no físicos, o

d) un tipo de cambio o una combinación de tipos de cambio.”

⁵⁷ Así, en el Reglamento (UE) nº 1071/2013 del Banco Central Europeo, de 24 de septiembre de 2013, relativo al balance del sector de las instituciones financieras monetarias (IFM), respecto del concepto estadístico “Depósitos”: *La clasificación se basa en la sustituibilidad de los depósitos, es decir, si ciertos pasivos se clasifican como depósitos, lo que viene determinado por su liquidez, que combina características de transferibilidad, convertibilidad, certeza y negociabilidad y, en su caso, por sus condiciones de emisión. Estos criterios de sustituibilidad de los depósitos se utilizan también para determinar si ciertos pasivos deben clasificarse como depósitos, salvo que exista una categoría independiente para ellos.*

Esto hace que se clasifiquen como depósitos *las cantidades (acciones, depósitos u otros) que los agentes informadores adeudan a acreedores y que se ajustan a las características descritas..., salvo las derivadas de la emisión de valores negociables o participaciones en FMM*, lo que entre otros conceptos incluye: los préstamos recibidos por las IFM a menos que estén representados por instrumentos negociables; los valores emitidos representativos de deuda no negociables; los depósitos de garantía (márgenes) hechos en virtud de contratos de derivados; los «saldos afectados» relacionados por ejemplo con los arrendamientos financieros; los pasivos de titulización; e incluso las acciones emitidas por las

to support the homogenous interpretation of the term consideration should be given to the development of a definition of:

‘deposit’ (this could include the following core components: a sum of money; repayable on demand or at a contractually agreed point in time (but otherwise repayment of the principal is unconditional) and with or without interest or a premium; received from third parties [legal or natural persons]; and received in the course of carrying on the activity by way of business, and be subject to a number of exclusions, for example monies referable to the provision of property or services (for example, advance payments under a contract for the sale, hire or other provision of property or services which are repayable only in the event that the property or services are not in fact sold, hired or otherwise provided) or the giving of security could be excluded from the scope of the definition)

3.3. Otros fondos reembolsables

Más dificultades plantea la definición de otros fondos reembolsables. El Informe de la Autoridad Bancaria Europea constata que 22 de los 28 Estados miembros no tienen establecida una definición precisa en sus respectivos ordenamientos, aunque en términos generales se identifican los fondos reembolsables con bonos en sus distintas modalidades y certificados de depósito (no nominativos)⁵⁸.

El Informe cita además las conclusiones del Tribunal Europeo de Justicia de 11 de febrero de 1999 (Case C-366/97) en el que determinó que “otros fondos reembolsables” se refiere no solo a los instrumentos financieros que poseen la característica intrínseca

IFM que se clasifican como depósitos y no como capital y reservas si: i) hay una relación económica de deudor- acreedor entre la IFM emisora y el titular, al margen de cualesquiera derechos de propiedad sobre las acciones, y ii) las acciones pueden convertirse en efectivo o rescatarse sin restricciones o penalizaciones significativas.

⁵⁸ Esta parece ser la interpretación de la Directiva 2013/36 CRD IV (considerando 14):

entidades cuya actividad consista en captar del público fondos reembolsables, tanto en forma de depósito como en otras formas tales como la emisión continua de obligaciones y otros valores comparables, y en conceder créditos por cuenta propia.

de exigibilidad (*repayability*) sino también a aquellos que, aunque no la posean, forman parte de un acuerdo contractual de devolver los fondos recibidos⁵⁹.

La propuesta de definición de la Autoridad Bancaria Europea se concreta en los siguientes términos:

'other repayable funds' (this could be defined to include 'bonds and other comparable securities such as negotiable certificates of deposit' providing these are continually issued by the entity concerned).

4. El crédito bancario

El segundo de los elementos definatorios de las entidades bancarias es la concesión de crédito por cuenta propia. Conviene en primer lugar precisar que, a diferencia de la captación de depósitos del público, la concesión de crédito no constituye una actividad reservada a las entidades de crédito, tal como se desprende del ordenamiento, tanto comunitario como español:

Los Estados miembros prohibirán a las personas o empresas que no sean entidades de crédito el ejercicio, con carácter profesional, de la actividad de recepción de depósitos u otros fondos reembolsables procedentes de particulares⁶⁰.

Queda reservada a las entidades de crédito que hayan obtenido la preceptiva autorización y se hallen inscritas en el correspondiente registro, la captación de

⁵⁹ Véase EBA. Report to the European Commission on the perimeter of credit institutions established in the Member States, 27 November 2014, página 10:

In this case Massimo and Paolo Romanelli issued trust securities consisting in the sale to third parties of an instrument representing an amount receivable and immediate repurchase thereof at a price which incorporated the agreed interest, and warrants representing an option to acquire debentures issued by Romanelli Finanziaria SpA (paragraph 5). The issue was whether the trust securities and debenture warrants in question qualified as other repayable funds- which turned on whether 'other repayable funds' extend to instruments which, although not possessing the intrinsic characteristic of being repayable, are the subject of a contractual agreement to repay the amount paid.

⁶⁰ 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 (conocida como CRD IV).

*fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas*⁶¹.

La actividad prestamista, tanto con fines comerciales como puramente financieros, siempre que se realice con fondos propios, no es una actividad regulada; forma parte del ámbito del derecho civil o en su caso mercantil.

Este hecho no oculta sin embargo que el crédito bancario constituye una parte esencial de la actividad típica bancaria y una de las principales fuentes de financiación de la economía, tanto para las empresas como las familias⁶² y, en menor medida, las administraciones públicas. Ya hicimos referencia al hecho de que en España aproximadamente la cuarta parte del pasivo de las sociedades no financieras está constituido por el crédito bancario y, en el caso de las familias, los préstamos otorgados por bancos y cajas representan el 93% del total de su financiación. En las entidades de crédito españolas, el 53% de su activo está constituido por créditos a la clientela que totalizan unos 1,4 billones de euros de saldo a diciembre de 2013.

En el citado Informe de la EBA se sugiere igualmente armonizar la definición de “conceder crédito por cuenta propia”:

Taking into account the approaches of the Member States, consideration could be given to defining the term as follows:

- a) the granting of credit could be defined in general terms (e.g. to involve an agreement to provide a sum of money for a specified or unspecified purpose, for such period as may be agreed, and to be repaid in accordance with agreed conditions, for example, subject to the payment of interest);*
- b) an illustrative list of examples of ‘credit’, or an exhaustive list, could be specified on the face of the legislation (...);*

⁶¹ Artículo 3.1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. (BOE de 27).

⁶² De los aproximadamente 2 billones de euros a los que asciende la deuda de las empresas y familias españolas, las tres cuartas partes, unos 1,5 billones, han sido concedidos por las entidades de crédito. Véase BANCO DE ESPAÑA. Cuentas Financieras de la Economía Española (2006-2013).

c) 'on its own account' could be clarified to mean that the credit institution has to be the creditor of the loan.

Por último, una lista de las sugeridas por la Autoridad Bancaria Europea se encuentra en el Balance reservado (Estado M.1) que las entidades de crédito remiten regularmente al Banco de España:

Balance Reservado. Estado M.1-1

4. Crédito a la clientela

- 4.4. Otros sectores no residentes
 - 4.4.1. Crédito comercial
 - 4.4.2. Deudores con garantía real
 - 4.4.2.1. Con garantía hipotecaria
 - 4.4.2.2. Con otras garantías reales
 - 4.4.3. Adquisición temporal de activos
 - 4.4.4. Activos financieros híbridos
 - 4.4.4.1. Con capital garantizado
 - 4.4.4.2. Con derivado de crédito incorporado
 - 4.4.4.3. Resto
 - 4.4.5. Otros deudores a plazo
 - 4.4.5.1. Créditos subordinados
 - 4.4.5.2. Financiación de proyectos
 - 4.4.5.3. Resto
 - 4.4.6. Arrendamientos financieros
 - 4.4.6.1. Cuotas a pagar por el arrendatario
 - 4.4.6.2. Importe comprometido por terceros
 - 4.4.6.3. Valores residuales no garantizados
 - 4.4.7. Deudores a la vista y varios
 - 4.4.7.1. Descubiertos en c/c. y excedidos en c/cto.
 - 4.4.7.2. Deudores por tarjetas de crédito
 - 4.4.7.3. Importes vencidos pendientes de cobro
 - 4.4.7.4. Otros
 - 4.4.8. Activos dudosos
 - 4.4.9. Ajustes por valoración (+/-)
 - 4.4.9.1. Correcciones de valor por deterioro de activos (-)
 - 4.4.9.2. Intereses devengados
 - 4.4.9.3. Operaciones de micro-cobertura (+/-)
 - 4.4.9.4. Activos a valor razonable (+/-)

4.4.9.5. Primas/descuentos en la adquisición (+/-)

4.4.9.7. Comisiones (-)

4.4.9.8. Costes de transacción (+)

Fuente: Banco de España

5. La dilución de riesgos y la transformación de plazos

Decíamos en un apartado anterior que lo característico de los intermediarios financieros es que toman los recursos excedentarios de las unidades económicas con ahorro y los canalizan hacia las unidades económicas con proyectos de inversión y necesidad de recursos; y que, para ello, se interponen entre ambas partes y emiten instrumentos financieros para atender las necesidades de ahorradores por un lado y de inversores por otro, rompiéndose el vínculo entre ambos, a diferencia de la relación bilateral que se establece en la financiación directa o en los mercados de valores.

En la financiación directa, para que la transacción se produzca, tiene que darse una coincidencia de intereses entre demanda y oferta, entre otros aspectos, en el plazo de la financiación (o en su ausencia). En los mercados secundarios es posible avanzar un paso más en la medida en que ofrecen la posibilidad de negociar los títulos; el tenedor puede acortar el plazo de tenencia vendiendo en el mercado el título, aunque asumiendo el riesgo de precio, es decir, el riesgo de que el valor de mercado sea inferior a sus expectativas y le ocasione pérdidas. Dicho en otros términos, los mercados secundarios realizan por esta vía la función de transformar plazos, en el sentido de que el periodo de tiempo que desea mantener la financiación el ahorrador no tiene por qué ser coincidente con el que necesita el inversor, siempre que el primero cuente con la posibilidad de realizar el valor en el mercado, aun asumiendo el riesgo de precio.

Esta posibilidad de transformar plazos vendiendo el título a conveniencia es común también a numerosos intermediarios financieros que emiten títulos negociables en mercados secundarios, como los fondos de inversión. El tenedor de una participación en un fondo de inversión abierto puede desprenderse de sus títulos a conveniencia, pero

también en este caso, asumiendo el riesgo de que su valor en el momento de la venta sea menor que en la suscripción o en la compra.

Por otra parte, los intermediarios financieros cumplen una importante función de dilución de riesgos, en el sentido de que, a igualdad de fondos prestados, el riesgo asumido por el ahorrador se diluye entre la totalidad de los activos del intermediario, en lugar de concentrarse en el tomador último de los fondos, como ocurre en la financiación directa o con la adquisición de un título en el mercado. Basta pensar, volviendo al caso de los fondos de inversión, cómo el partícipe diluye su riesgo entre la totalidad de inversiones del fondo, pongamos por caso títulos de deuda, en mucha mayor medida que si, a igualdad de aportación, la colocase en un bono de un único emisor; con la ventaja añadida de que el volumen de fondos manejado por los intermediarios financieros permiten una diversificación muy elevada de las inversiones y un fraccionamiento también muy elevado de las participaciones (de los activos y pasivos en general), lo que no siempre está al alcance de quien acude al mercado a título individual, dada la necesaria estandarización del tamaño de los instrumentos negociados en los mercados organizados⁶³.

Pues bien, lo que caracteriza a los bancos es que, a diferencia de cualquier otro intermediario financiero, realizan simultáneamente ambas funciones: transforman plazos y diluyen riesgos. Además, cabe añadir que transforma plazos por cuenta propia, sin que el acreedor asuma el riesgo de precio propio de la negociación en los mercados, y diluye riesgos en mucha mayor medida que otros intermediarios; en realidad hasta el límite de su propia supervivencia.

Tomando una vez más como referencia los fondos de inversión, el fondo toma recursos de los ahorradores y los invierte en aquellos activos propios de su vocación inversora, por ejemplo obligaciones de empresas industriales a largo plazo. Si el partícipe desea desprenderse de su inversión en el corto plazo solo tiene que acudir al

⁶³ Dicho de otra forma, se puede comprar un bono de 1.000€, pero no 1.000 bonos de 1 €, por la sencilla razón de que no hay bonos de 1 € que se negocien en los mercados. La diversificación individualmente desarrollada tiene como límite el tamaño mínimo de los instrumentos negociados, y eso dejando al margen los costes de transacción.

mercado, que opera por esa vía la transformación de plazos, pero asume el riesgo de precio. Precio que, entre otros factores (liquidez, tipos de interés de mercado,...) incorpora, bien es cierto que diluido, el riesgo de la inversión del fondo (de crédito, de mercado,...): si el fondo ha realizado inversiones fallidas, pongamos por caso del 10% de su activo, el partícipe recibirá, todo lo demás constante, el 90% de su inversión.

Por lo que se refiere a su actividad típica, el caso de los bancos es diferente: toman depósitos a corto plazo, incluso disponibles a la vista, y los invierten por cuenta propia en diversas categorías de activos y a distintos plazos. El acreedor recuperará su depósito, en tanto en cuanto el banco continúe siendo solvente, ocurra lo que ocurra con los activos; el banco asume por cuenta propia, sin trasladarlos a los depositantes, los riesgos derivados tanto de la transformación de plazos como de las inversiones realizadas.

Volveremos más adelante sobre esta característica esencial de la actividad bancaria: el depositante no asume más riesgo que el de quiebra de la entidad depositaria⁶⁴ y se desvincula por completo del destino (y de los riesgos) que el banco pueda dar a sus fondos.

6. La actividad típica bancaria. Conclusión

En conclusión, enfrentados al hecho de la imposibilidad material de diferenciar con precisión los límites de la actividad típica bancaria, sí parece posible identificar algunos de sus elementos esenciales:

- a) El núcleo central de la actividad típica bancaria estaría constituido, básicamente, por la captación del ahorro. No todo el ahorro, en el sentido en que las magnitudes macroeconómicas definen ahorro, sino en aquella parte que, o bien está directamente vinculado al sistema de pagos (*income/business deposits* en expresión de Keynes) o bien, constituyendo una reserva de valor para inversión o consumo futuros (*savings deposits*), no se orienta a alternativas de inversión

⁶⁴ E incluso, en ese caso, matizado por la existencia de sistemas de garantía de depósitos a los que más adelante nos referiremos.

que requieren de una capacidad y voluntad de selección consciente, sino que encuentra un refugio “natural” en los depósitos bancarios, al que hemos llamado ahorro pasivo o ahorro en sentido estricto, para diferenciarlo del ahorro finalista, entendido como aquel que de manera activa selecciona entre diferentes opciones. Aun cuando este último puede también formar parte de los pasivos bancarios, como una opción más entre diversas alternativas, difícilmente puede calificarse dentro de la actividad típica. La distinción entre estas categorías resulta relevante porque, como veremos, la regulación bancaria se orienta a proteger a los primeros y es dudoso que deba preocuparse por los últimos.

- b) La canalización del ahorro a la inversión, que constituye la función esencial de la actividad bancaria, se realiza de manera principal mediante el crédito bancario en sus distintas modalidades. El crédito constituye la principal modalidad de la actividad bancaria por el lado del activo, aunque no exclusiva, porque los bancos desarrollan también otras modalidades de financiación, fundamentalmente con valores negociables tanto de renta fija como variable. A diferencia de los depósitos, no hay reserva de actividad a favor de los bancos en cuanto a la actividad prestamista. Con todo, el crédito bancario constituye una de las principales fuentes de financiación de familias y empresas.
- c) En el ejercicio de la actividad de captar depósitos y conceder crédito los bancos realizan simultáneamente dos funciones esenciales: la transformación de plazos y la dilución de riesgos; toman del público recursos a corto plazo, incluso a la vista, y los invierten, asumiendo los riesgos por cuenta propia, en préstamos a mayor plazo.
- d) Los bancos, en las sociedades desarrolladas, constituyen el soporte del sistema de pagos, prácticamente para la totalidad de las transacciones económicas, tanto comerciales como financieras, desde las grandes operaciones corporativas hasta las pequeñas compras en el comercio minorista, pasando por la recaudación de impuestos, la remuneración de los asalariados o el pago de los servicios básicos.

CAPÍTULO PRIMERO LA ACTIVIDAD BANCARIA

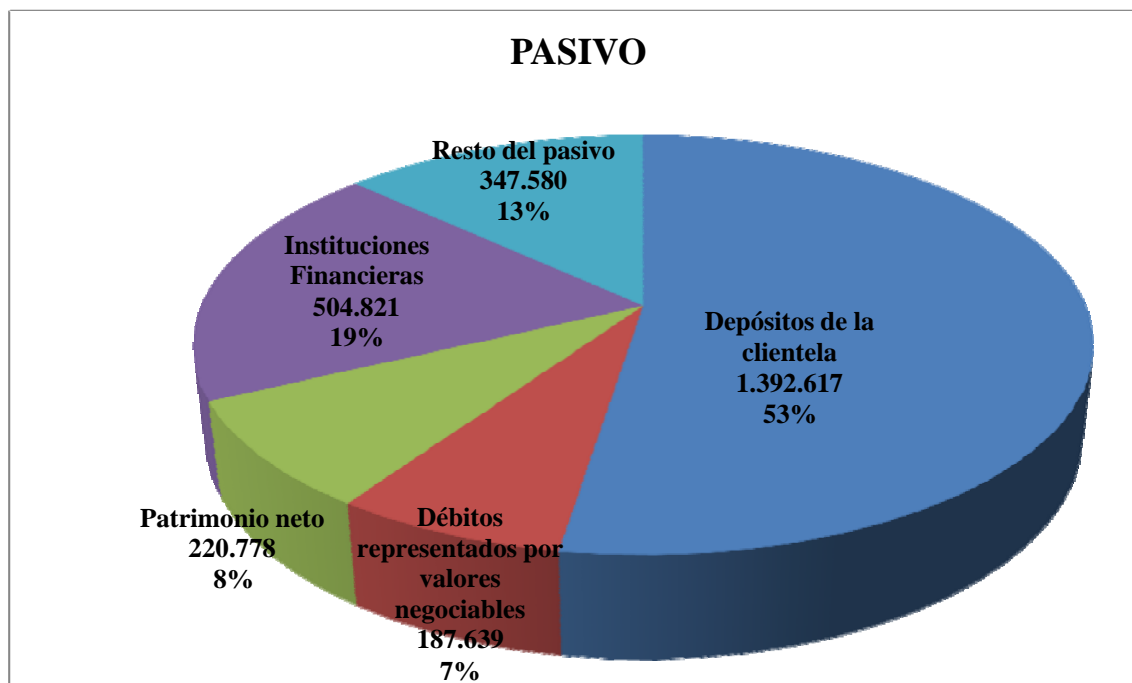
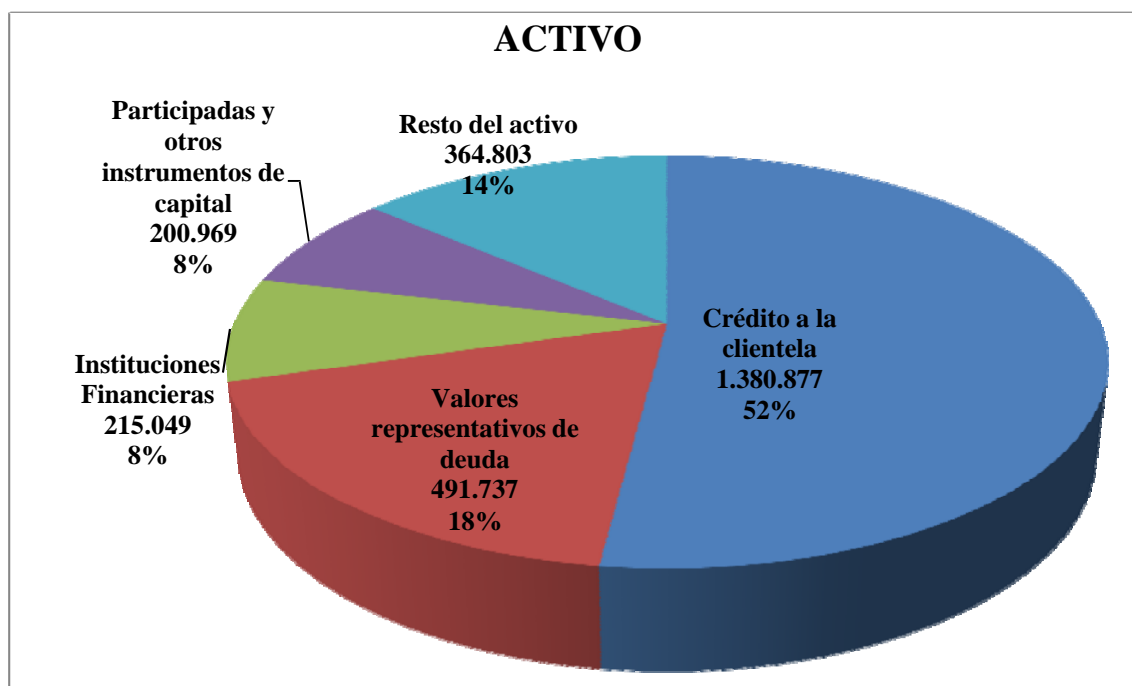
La captación de depósitos, principalmente minoristas, y la concesión de créditos, la transformación de plazos, la dilución de riesgos y el soporte del sistema de pagos son los elementos que definen la actividad típica bancaria, y a los que nos referiremos de manera reiterada en los próximos apartados⁶⁵.

⁶⁵ Conviene precisar que la descripción que acabamos de hacer responde al modelo teórico de banco de depósitos, que es el habitual en España, y está bastante alejado del modelo de banco de negocios o de inversión, cuyos activos y pasivos están constituidos mayoritariamente por valores negociables. En Estados Unidos ambos modelos estuvieron hasta 1999 claramente separados en virtud de la *Glass-Steagall Act* de 1933. En Europa tal distinción legal no existe; la banca europea responde a la idea de banca universal, es decir, que desarrolla simultáneamente ambas modalidades, aunque en la práctica la mayoría de las entidades resulta identificable en una u otra tendencia.

BALANCE DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO ESPAÑOLAS.

Diciembre 2014

Saldos en millones de euros y porcentaje del total balance



Fuente: Banco de España. Memoria de la Supervisión Bancaria en España, 2014.

CAPÍTULO SEGUNDO.

LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

I. LA BANCA COMO INSTITUCIÓN. INTRODUCCIÓN

Definida la actividad bancaria como aquella que tiene por finalidad la canalización del ahorro a la inversión, mediante la captación de depósitos del público y la concesión de crédito por cuenta propia, no cabe limitar el concepto de “banca” a las entidades que desarrollan esta actividad, sino que se requieren de otros elementos, que han ido surgiendo como consecuencia de su desarrollo a lo largo de los dos últimos siglos, y que, conjuntamente con los bancos, hacen posible el desarrollo de la actividad bancaria.

Vista de esta manera, la banca, en un sentido genérico, respondería a una somera definición de “institución”, entendido el término institución como un conjunto de elementos, de similar o distinta naturaleza, orientados a una determinada finalidad, cuya configuración es producto de una concreta evolución histórica.

La existencia de este conjunto de elementos surge directamente de la necesidad de hacer posible el mantenimiento de al menos una de las características que definen la actividad bancaria: la transformación de plazos.

Los bancos captan depósitos a corto plazo, incluso disponibles a la vista o con un reducido periodo de preaviso, y con estos recursos realizan préstamos a más largo plazo; transforman recursos líquidos o fácilmente liquidables en un corto espacio de tiempo, en inversiones que requieren de un mayor plazo de tiempo para resultar exigibles. Como quiera que tan solo una parte de los recursos captados permanecen en la caja de los bancos o en depósitos constituidos por éstos en el banco central (la llamada reserva fraccionaria), esto convierte a los bancos en entidades que, por definición, tienen un permanente déficit de liquidez; son empresas ilíquidas por naturaleza, en el sentido de que en ningún momento cuentan con recursos disponibles o realizables en el corto plazo en cuantía suficiente para atender todos sus pasivos que resultarían exigibles en ese momento, lo que convierte a la actividad bancaria en una actividad potencialmente muy inestable: bastaría que un número relativamente reducido de depositantes exigiesen simultáneamente el reembolso de sus saldos para situar a un banco en situación de suspensión de pagos, ante la imposibilidad de hacer líquidos en un corto espacio de tiempo activos suficientes con los que atender sus compromisos

La clave para que esta situación sea sostenible radica en la confianza de los acreedores del banco: en tanto en cuanto éstos confíen en que sus recursos permanecen seguros, no acudirán en masa a retirar sus depósitos, lo que permite al banco prestarlos a mayor plazo, manteniendo una mínima liquidez para atender los flujos diarios de cobros y pagos.

En torno a la idea de preservar la confianza de los depositantes y evitar que una falta, siquiera puntual, de liquidez pudiese quebrantarla, dando paso a una fuga masiva de depósitos, la experiencia histórica ha hecho que se hayan ido creando y desarrollando toda una serie de elementos que, en conjunto, constituyen junto a las entidades de crédito, lo que podemos entender como la “institución bancaria” y que estaría conformada por:

- Una base amplia y estable de depositantes minoristas, vinculados a la entidad por relaciones clientelares basadas tanto o más en la prestación de servicios que en la remuneración de los depósitos. Es la actividad que define a las entidades de depósito; lo que diferencia, en aquellas jurisdicciones donde tal distinción existe,

CAPÍTULO SEGUNDO LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

a la banca comercial de la de inversión; y, en general, lo que diferencia a los bancos de otros intermediarios financieros (fondos de inversión, por ejemplo).

- Un sistema de garantía de depósitos, que permite preservar la confianza de los depositantes, garantizando el reembolso de sus ahorros en caso de insolvencia o iliquidez de su banco, eliminando el riesgo de retirada masiva de depósitos ante la mera sospecha de tal eventualidad se pudiese producir.
- Un mercado interbancario de depósitos suficientemente líquido, amplio y profundo que permita prestar y tomar prestado de manera eficiente los desfases temporales de liquidez que la actividad bancaria genera.
- La exigencia del mantenimiento de un determinado coeficiente de caja, es decir, la materialización en activos altamente líquidos de una determinada proporción de los pasivos exigibles. Aunque, en la actualidad, la regulación prudencial ha optado por unos coeficientes de liquidez mucho más elaborados, subsiste el coeficiente de reservas mínimas como instrumento de la política monetaria.
- Una “ventanilla de redescuento” abierta en el banco central, es decir, la posibilidad de que las entidades de crédito obtengan regularmente financiación del banco central, o coloquen sus excedentes de liquidez, como alternativa al mercado interbancario.
- Un prestamista de última instancia que, en caso de necesidad, suministre financiación extraordinaria a las entidades con dificultades de liquidez, evitando que éstas se transformen en problemas de solvencia

A estos elementos¹ dedicaremos los siguientes apartados, insistiendo en la idea de que lo que les une es la necesidad de preservar la confianza de los ahorradores y permitir la transformación de plazos y, en definitiva, el desarrollo de la intermediación bancaria. Dejaremos para su tratamiento en sendos capítulos los otros dos elementos

¹ Habitualmente se hace referencia a los mismos bajo el concepto de “*Financial Security Net*” y se suele incluir dentro de la misma a la supervisión prudencial que, sin embargo, nosotros analizaremos de forma separada

básicos que configuran la institución bancaria: la regulación y la supervisión prudenciales.

II. LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

El ordenamiento comunitario define entidad de crédito como una empresa cuya actividad consista en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia².

El término empresa (*undertaking; entreprise*) cabe entenderlo en el sentido más amplio posible, dada la enorme variedad de formas jurídicas que las entidades de crédito adoptan en la Unión, y no parece que quepa identificarlo con una determinada modalidad de sociedad mercantil con exclusión de otras personalidades jurídicas, mercantiles o no.

Por su parte, para la Ley 10/2014 LOSS son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia y, acotando algo más la definición, precisa que tienen en España la consideración de entidades de crédito:

- a) Los bancos,
- b) Las cajas de ahorros,
- c) Las cooperativas de crédito, y
- d) El Instituto de Crédito Oficial.

A la descripción y características de cada una de estas entidades están dedicados los siguientes apartados. Al final de los mismos hemos añadido dos epígrafes más referidos a los establecimientos financieros de crédito, atendiendo a su consideración como entidades de crédito en el pasado, y a las fundaciones bancarias, nueva figura surgida del reciente proceso de transformación de las cajas de ahorros.

² Artículo 4.1.1 del Reglamento CRR.

1. Bancos

Bajo la expresión bancos nos estamos habitualmente refiriendo a entidades de crédito que, como veremos, adoptan la forma jurídica de sociedades mercantiles y, a diferencia de la banca pública, son de propiedad privada, en ocasiones denominados también bancos comerciales o bancos de depósitos, para diferenciarlos de los llamados bancos de inversión, frecuentes en el mundo anglosajón que, en realidad, no responden a la definición de entidad de crédito que acabamos de citar por cuanto no pueden captar depósitos del público³.

En el Capítulo Quinto nos referiremos por extenso, tomando como modelo el de los bancos privados, al régimen de autorización de las entidades de crédito y a los requisitos exigibles para obtenerla, por lo que en este apartado nos referiremos tan solo a aquellos aspectos que diferencian a los bancos de otras empresas mercantiles, por cuanto los bancos, aun tomando la forma de sociedades anónimas, pueden calificarse de sociedades anónimas especiales.

Basta un somero repaso a las condiciones para obtener la autorización exigidas a los bancos y su comparación con el régimen general establecido en la Ley de sociedades de capital (LSC)⁴ para comprobar este carácter especial.

Así, son requisitos necesarios para ejercer la actividad como banco:

- Revestir la forma de sociedad anónima constituida por el procedimiento de constitución simultánea y con duración indefinida.

Mientras que las sociedades anónimas en general podrán constituirse también en forma sucesiva por suscripción pública de acciones (art. 19.2 LSC) y, de hecho, la LSC dedica su capítulo IV (art. 41 y ss.) precisamente a la constitución sucesiva de la sociedad anónima, para los casos en que se haga una promoción pública de la

³ Y por ello no están sometidos a los mismos requerimientos de solvencia y no tienen acceso a la ventanilla de liquidez del banco central, ni al prestamista de última instancia

⁴ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE de 3)

suscripción de las acciones por cualquier medio de publicidad o por la actuación de intermediarios financieros. Además, estatutariamente se podrá fijar una duración de la sociedad anónima distinta de la indefinida (art. 25).

- Tener un capital social inicial no inferior a 18 millones de euros, desembolsado íntegramente en efectivo y representado por acciones nominativas.

El capital social de la sociedad anónima no podrá ser inferior a sesenta mil euros (art. 4); solo se requiere el desembolso de un veinticinco por ciento del importe nominal de cada una de las acciones (art. 44), que pueden ser nominativas o al portador (art. 23), y la posibilidad de realizar aportaciones no dinerarias en la constitución de la sociedad está expresamente prevista (art. 42 y 63).

- Que los accionistas titulares de participaciones significativas sean considerados idóneos.

La LSC no contiene exigencia alguna respecto de la idoneidad de los accionistas, si bien establece la prohibición de adquisición originaria de acciones propias: en ningún caso las sociedades de capital podrán asumir o suscribir sus propias participaciones o acciones ni las creadas o emitidas por su sociedad dominante (art. 134).

- No reservar a los fundadores ventaja o remuneración especial alguna.

Sin embargo, en los estatutos de las sociedades anónimas los fundadores y los promotores de la sociedad podrán reservarse derechos especiales de contenido económico, cuyo valor en conjunto, cualquiera que sea su naturaleza, no podrá exceder del diez por ciento de los beneficios netos obtenidos según balance, una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal y por un período máximo de diez años (art. 27).

- 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

CAPÍTULO SEGUNDO LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

de idoneidad previstos, en el sentido de que hayan venido mostrando una conducta personal, comercial y profesional que no arroje dudas sobre su capacidad para desempeñar una gestión sana y prudente de la entidad.

En las sociedades anónimas, son los estatutos los que determinan el modo de organizar la administración de la sociedad y el número de administradores (art. 23). La administración de la sociedad se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta y, cuando se confie a más de dos, constituirán consejo de administración (art. 210). El consejo de administración estará formado por un mínimo de tres miembros y los estatutos fijarán el número de miembros del consejo de administración o bien el máximo y el mínimo, correspondiendo en este caso a la junta de socios la determinación del número concreto de sus componentes (art. 242).

En cuando a las condiciones que deben reunir los administradores, la LSC establece una serie de prohibiciones (art. 213): no pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio; tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal.

Y exige a los administradores tener la dedicación adecuada; un deber general de diligencia (art. 225) en el desempeño del cargo y el cumplimiento de los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; así como un deber de lealtad (art. 227) en el desempeño del cargo (*“con la*

lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”).

- 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; y con procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación para prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

De forma mucho más escueta, la LSC se limita a señalar que los administradores adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad (art. 225).

- Tener su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección, en territorio nacional.

En este caso, la LSC es algo más precisa al señalar (art. 9) que las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación.

- Las entidades de crédito españolas ajustarán el ejercicio económico al año natural (norma séptima.6 de la Circular 4/2004 del Banco de España).

En las sociedades anónimas el ejercicio social termina el treinta y uno de diciembre de cada año, salvo que estatutariamente se disponga otra cosa (art. 26).

Mención aparte merece la referencia al objeto social. La Ley 10/2014 exige a los bancos limitar estatutariamente el objeto social a las actividades propias de una entidad de crédito, pero el ordenamiento no precisa qué debe entenderse por actividades propias de una entidad de crédito. De hecho, la única actividad reservada a las entidades de crédito es la captación de depósitos del público, conforme a lo previsto en el artículo 9.1 de la CRD IV:

CAPÍTULO SEGUNDO
LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

Los Estados miembros prohibirán a las personas o empresas que no sean entidades de crédito el ejercicio, con carácter profesional, de la actividad de recepción de depósitos u otros fondos reembolsables procedentes de particulares.

Como vimos en el capítulo primero los bancos desarrollan diversas actividades además de la captación de depósitos, la más importante de ellas la concesión de crédito por cuenta propia, que no es una actividad reservada en exclusiva a las entidades de crédito, y actúa en sus relaciones con sus clientes y en los mercados en calidad de prestamista, emisor de valores negociables, inversor, arrendador, gestor de carteras, comisionista, y un largo etcétera, lo que dificulta precisar el concepto de actividades propias al que referenciar el objeto social.

La CRD IV nos ofrece, no obstante, una definición bastante aproximada de lo que podrían considerarse actividades propias de las entidades de crédito, acudiendo a la lista de actividades que gozan del reconocimiento mutuo en los Estados miembros de la Unión (anexo I de la CRD IV), si bien tan sólo la primera, la recepción de depósitos o de otros fondos reembolsables, es exclusiva de las entidades de crédito, mientras que todas las demás pueden ser desarrollarlas igualmente en el territorio de la Unión por las entidades financieras en general, siempre que hayan obtenido la autorización en un Estado miembro.

LISTA DE ACTIVIDADES OBJETO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

1. Recepción de depósitos o de otros fondos reembolsables.
2. 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 forfaiting).
3. Arrendamiento financiero.
4. Servicios de pago, tal como se definen en el artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2007/64/CE sobre servicios de pago en el mercado interior.
5. Emisión y gestión de otros medios de pago (por ejemplo, cheques de viaje y

cheques bancarios), cuando dicha actividad no esté recogida en el punto 4.

6. Concesión de garantías y suscripción de compromisos.

7. 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, etc.);

b) divisas;

c) futuros financieros y opciones;

d) instrumentos sobre divisas o sobre tipos de interés;

e) valores negociables.

8. Participación en las emisiones de valores y prestación de los servicios correspondientes.

9. Asesoramiento a empresas en materia de estructura del capital, de estrategia industrial y de cuestiones afines, así como asesoramiento y servicios en el ámbito de las fusiones y de las adquisiciones de empresas.

10. Intermediación en los mercados interbancarios.

11. Gestión o asesoramiento en la gestión de patrimonios.

12. Custodia y administración de valores negociables.

13. Informes comerciales.

14. Alquiler de cajas fuertes.

15. Emisión de dinero electrónico.

2. Cajas de ahorros

2.1. Antecedentes

Con anterioridad a la crisis de 2008, las Cajas de Ahorros se encontraban reguladas por la Ley 31/1985, de Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro⁵. Las Cajas llegaron a

⁵ Ley 31/1985, de 2 de agosto. Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro (BOE de 9).

CAPÍTULO SEGUNDO LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

representar la mitad del sistema crediticio español, con presencia en todo el territorio nacional y con cuotas de mercado muy significativas en segmentos como depósitos de clientes y determinadas modalidades de crédito, singularmente el crédito hipotecario, tanto a familias para adquisición de vivienda como en financiación de la promoción y construcción.

Fue precisamente su involucración en el crédito inmobiliario, con una elevada concentración, unida a deficiencias en el control y gestión de los riesgos, la que provocó la profunda crisis del modelo de Cajas de Ahorros que, además, y debido a su naturaleza jurídica, resultó inadecuado para obtener del mercado los recursos necesarios. Ello motivó una primera reforma con el Real Decreto-ley 11/2010 y, ante la profundidad de la crisis y la imposibilidad de retorno a la situación anterior, la definitiva liquidación del modelo hasta entonces vigente con la Ley 26/2013.

Con el Real Decreto-ley 11/2010⁶, se modificaron determinados aspectos de los órganos de gobierno de las cajas, se regularon los denominados sistemas institucionales de protección (SIP)⁷ y se permitió la emisión de cuotas participativas con derechos políticos⁸.

El aspecto más novedoso y trascendente de la reforma de 2010 fue, sin embargo, el referido al ejercicio indirecto de la actividad financiera de las cajas de ahorros y a su posible transformación en fundaciones. Con la nueva regulación, a las cajas de ahorros se les dio tres posibilidades: continuar ejerciendo directamente la actividad bancaria,

⁶Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros. (BOE de 13).

⁷ Respecto de la configuración jurídica de los SIP, véase: F. MÍNGUEZ HERNÁNDEZ, “Estructuras de integración contractuales entre entidades de crédito. Los denominados sistemas institucionales de protección”. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 7, 2010.

⁸ Las cuotas participativas se regularon por primera vez mediante el Real Decreto 664/1990, de 25 de mayo, sobre cuotas participativas de las Cajas de Ahorros (BOE de 30), que desarrollaba la disposición adicional duodécima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que introdujo la figura de las cuotas participativas entre los elementos de capital regulados en el artículo séptimo de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, sobre coeficiente de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.

Estas cuotas participativas no otorgaban derechos políticos a sus tenedores.

como hasta entonces, sin variar ni su naturaleza jurídica ni sus posibilidades de actuación; ejercer indirectamente la actividad financiera a través de un banco; o, finalmente, transformarse en una fundación de carácter especial.

En cuanto al ejercicio indirecto de la actividad, las cajas de ahorros tuvieron la posibilidad de, sin perder su condición de entidades de crédito, desarrollar su objeto propio como entidad de crédito, aisladamente o de forma concertada con otras, a través de un banco controlado por la caja o, conjuntamente, por varias cajas concertadas, y al que aportarían todo su negocio financiero y todos o algunos de sus activos no financieros adscritos al mismo, reservándose las cajas el ejercicio de la actividad benéfico-social. Se facilitaba con ello el acceso al mercado de capitales, dando entrada a nuevos socios que participasen en el capital del banco, sin que las cajas perdiesen el control del mismo.

Se les ofreció igualmente la opción de transformarse en fundación de carácter especial, segregando sus actividades financiera y benéfico-social. Todo el patrimonio afecto a su actividad financiera se traspasaría a un banco a cambio de acciones de éste y la caja se transformaría en una fundación de carácter especial, que centraría su actividad en la atención y desarrollo de su obra benéfico-social, perdiendo su condición de entidad de crédito.

Esta opción se transformaba en obligación si la caja o cajas concertadas dejaban de ostentar el control del banco o reducían su participación por debajo del 25% de los derechos de voto; y como consecuencia de la reestructuración o resolución de una entidad de crédito de conformidad con lo previsto en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, siempre que así se determinase en los correspondientes planes de reestructuración o resolución.

2.2. Las Cajas de Ahorros tras la Ley 26/2013

La Ley 26/2013⁹ incorpora, posiblemente por primera vez desde el Decreto de 14 de marzo de 1933¹⁰, una definición de cajas de ahorros:

⁹ Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (BOE de 28).

CAPÍTULO SEGUNDO
LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

Las cajas de ahorros son entidades de crédito de carácter fundacional y finalidad social, cuya actividad financiera se orientará principalmente a la captación de fondos reembolsables y a la prestación de servicios bancarios y de inversión para clientes minoristas y pequeñas y medianas empresas.

Con la nueva regulación legal, solo podrán continuar siendo cajas de ahorros aquellas en las que:

- a) el valor del activo total consolidado de la caja de ahorros, según el último balance auditado, no supere la cifra de diez mil millones de euros; y
- b) su cuota en el mercado de depósitos de su ámbito territorial de actuación no sea superior al 35 por ciento del total de depósitos.

En caso de que la entidad pertenezca a un grupo por aplicación de cualquiera de los criterios incluidos en el artículo 42 del Código de Comercio, los supuestos previstos en el apartado anterior se referirán al balance y cuentas consolidados y la obligación de transformación afectará a todas las cajas de ahorros del grupo¹¹, que podrán transformarse en tantas fundaciones como cajas existieran.

¹⁰ Decreto de 14 de marzo de 1933. Estatuto de las Cajas Generales de Ahorro Popular.

Artículo 1.- Las Cajas de ahorro, con Monte de Piedad o sin el, comprendidas en las prescripciones del presente Estatuto, que constituirá la ordenanza reguladora de ellas, se reputaran Cajas generales de Ahorro Popular para diferenciarlas de las demás entidades de ahorro y tendrán el carácter de instituciones benéfico-sociales, sobre las que el Ministerio de Trabajo y Previsión ejercerá exclusivamente el protectorado oficial.

Artículo 2.- Se entenderá por Cajas generales de Ahorro Popular las instituciones de Patronato oficial o privado exentas de lucro mercantil: no dependientes de ninguna otra empresa, regidas por Juntas o Consejos de actuación gratuita y dedicadas a la administración de depósitos de ahorro de primer grado, con el propósito de invertir los productos, si los tuvieran, después de descontados los gastos generales, en constituir reservas, sanear el activo, estimular a los imponentes y realizar obras sociales y benéficas.

¹¹ Este supuesto es difícil de imaginar, porque el artículo 42 del Código de Comercio solo contempla el supuesto de grupo basado en el control y, por definición, una caja de ahorros no puede ser controlada por ninguna otra persona física o jurídica, ni siquiera por otra caja de ahorros.

Cuestión distinta es que la entidad pertenezca a un *grupo consolidable de entidades de crédito* por aplicación de los criterios incluidos entonces en la Ley 13/1985, criterios que incluyen, además, los acuerdos contractuales (criterio de unidad de decisión y no solo de control). Este era el caso de las cajas de ahorros integradas en alguno de los SIP que constituyeron.

Las cajas de ahorros que, individualmente o formando un grupo, excedan alguno de estos límites deberán traspasar todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última y procederán a su transformación en una fundación bancaria u ordinaria, con pérdida, en cualquiera de los casos, de la autorización para actuar como entidad de crédito¹².

Se limita igualmente el ámbito de actuación de las Cajas de Ahorros al territorio de una comunidad autónoma. No obstante, podrá sobrepasarse este límite siempre que se actúe sobre un máximo total de diez provincias limítrofes entre sí.

2.3. Órganos de gobierno

Los órganos de gobierno de la Cajas de ahorros son la Asamblea general, el Consejo de administración y la Comisión de control.

2.3.1. *La Asamblea general*

El número de miembros de la asamblea general, denominados consejeros generales, será fijado por los estatutos de cada caja de ahorros de acuerdo con un principio de proporcionalidad en función de su dimensión económica entre un mínimo de 30 y un máximo de 150.

Los consejeros generales son designados por: los impositores (no menos del 50% ni más del 60%), las Administraciones públicas y entidades y corporaciones de derecho

¹² A las Cajas de Ahorros que a la entrada en vigor de la Ley ejercían su actividad como entidad de crédito a través de una entidad bancaria (cajas de ahorros de ejercicio indirecto) se les dio un plazo de un año para transformarse en una fundación, bancaria u ordinaria según correspondiera, eximiéndolas de adaptar a la nueva Ley los estatutos o renovar los órganos de gobierno de la Caja en proceso de transformación.

A las fundaciones de carácter especial que se hubieran constituido de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto-ley 11/2010, se les dio un plazo de seis meses para transformarse en fundaciones bancarias en caso de que su participación en una entidad de crédito alcanzase los niveles previstos [un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración], o en fundaciones ordinarias en caso contrario.

público (máximo 25%), los trabajadores (máximo 20%), y las entidades representativas de intereses colectivos (máximo 20%)¹³ .

Bajo la presidencia del presidente del consejo de administración, corresponden a la asamblea general, entre otras funciones, el nombramiento de los vocales del consejo de administración y de los miembros de las comisiones, la definición de las líneas generales del plan de actuación de la entidad, la aprobación de las cuentas anuales y de la gestión del consejo de administración, así como las decisiones estratégicas más relevantes (disolución y liquidación de la entidad, su fusión o integración con otras y su transformación en una fundación ordinaria o bancaria)

2.3.2. *El Consejo de administración*

El consejo de administración, cuyos miembros son elegidos por la asamblea general, es el órgano que tiene encomendada la administración y gestión financiera, así como la de la obra social de la caja de ahorros, para el cumplimiento de sus fines.

El número de vocales del consejo no podrá, de acuerdo con un principio de proporcionalidad en función de la dimensión económica de la caja, ser inferior a cinco ni superior a quince. Los vocales del consejo de administración (así como los directores generales o asimilados), deberán reunir los requisitos de honorabilidad, experiencia y buen gobierno exigidos por la legislación aplicable a estos efectos a los miembros del órgano de administración y cargos equivalentes de los bancos. La mayoría de los miembros del consejo de administración deberán ser vocales independientes.

El consejo de administración nombrará, de entre sus miembros, al presidente del consejo, que, a su vez, lo será de la caja de ahorros y de la asamblea general. El ejercicio del cargo de presidente ejecutivo del consejo de administración de una caja de ahorros requiere dedicación exclusiva y será, por tanto, incompatible con cualquier

¹³ No está claro en cuál de estas categorías se incluye a las personas o entidades fundadoras, cuando no sean instituciones públicas.

Véase Artículo 7. Representación de las personas o entidades fundadoras: *Los consejeros generales representantes de las personas o entidades fundadoras de las cajas, sean instituciones públicas o privadas, serán nombrados directamente por la persona o entidad fundadora.*

actividad retribuida tanto de carácter público como privado, salvo la administración del propio patrimonio y aquellas actividades que ejerza en representación de la caja.

2.3.3. *La Comisión de control.*

La comisión de control tiene por objeto supervisar el procedimiento electoral y el funcionamiento de la obra social de las cajas, así como otras funciones referidas a la supervisión de la gestión económica y financiera de la entidad, la situación patrimonial, los resultados, o el crédito de la caja de ahorros o de sus impositores o clientes.

Los vocales de la comisión de control serán elegidos por la asamblea general de entre personas que reuniendo los conocimientos y experiencia adecuados, deberán reunir los mismos requisitos y tendrán las mismas incompatibilidades y limitaciones que los vocales del consejo de administración.

El ejercicio del cargo de miembro de los órganos de gobierno de una caja de ahorros será incompatible con el de todo cargo político electo; con cualquier cargo ejecutivo en partido político, asociación empresarial o sindicato; con el de alto cargo de la Administración General del Estado, la Administración de las comunidades autónomas y la Administración local, así como de las entidades del sector público, de derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquellas. Tal incompatibilidad se extenderá durante los dos años siguientes a la fecha del cese de los altos cargos.

La Ley prevé la constitución de una comisión de inversiones y una comisión de retribuciones y nombramientos, cuyos presidentes habrán de ser vocales independientes, y de una comisión de obra social.

Las cajas de ahorros deberán hacer público con carácter anual un informe de gobierno corporativo y un informe sobre remuneraciones¹⁴.

¹⁴ El Proyecto de Circular xx/2015, del Banco de España, a las cajas de ahorros y fundaciones bancarias, desarrolla la adaptación, para las cajas de ahorros que no emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores, de los modelos e impresos atinentes a los informes anuales de gobierno corporativo y de remuneraciones que se establezcan por la CNMV para las que sí emitan los referidos valores, y la determinación del contenido mínimo y otros aspectos relacionados con la elaboración de los citados informes.

3. Cooperativas de crédito

Las cooperativas de crédito reúnen la doble condición de cooperativas, cuya legislación les resulta aplicable con carácter supletorio, y de entidades de crédito, caracterizadas en este segundo aspecto por el hecho de que su objeto social es servir a las necesidades financieras de sus socios y de terceros mediante el ejercicio de las actividades propias de las entidades de crédito.

Las cooperativas de crédito gozan de reserva de denominación y aquellas cuyo objeto principal consista en la prestación de servicios financieros en el medio rural podrán utilizar, conjuntamente o por separado de la denominación Cooperativa de Crédito, la expresión Caja Rural. Pueden captar recursos del público en forma de depósitos y realizar toda clase de operaciones activas, pasivas y de servicios permitidas a las otras entidades de crédito, con atención preferente a las necesidades financieras de sus socios, si bien el conjunto de las operaciones activas con terceros no podrá alcanzar el 50 por 100 de los recursos totales de la cooperativa.

Conforme al régimen de autorización establecido para las entidades de crédito tras la entrada en funcionamiento del Mecanismo Único de Supervisión, corresponde al Banco de España elevar al Banco Central Europeo la propuesta de autorización para acceder a la actividad de entidad de crédito, previo informe del Servicio Ejecutivo de la Comisión de prevención del blanqueo de capitales e infracciones monetarias, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en los aspectos de su competencia, y comunicación a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera.

La solicitud de constitución de la cooperativa de crédito deberá estar suscrita por un grupo de promotores, del que deberán formar parte, al menos, cinco personas jurídicas que desarrollen la actividad propia de su objeto social en forma ininterrumpida desde, al menos, dos años antes de la fecha de constitución, o por ciento cincuenta personas físicas y, en el caso de las cajas rurales, el grupo promotor deberá incluir, al menos, una Cooperativa Agraria o cincuenta socios personas físicas titulares de explotaciones agrarias.

Serán requisitos necesarios para obtener y conservar la autorización como cooperativa de crédito:

- a) Revestir la forma de sociedad cooperativa constituida con arreglo a la Ley 13/1989 de cooperativas de crédito¹⁵.
- b) Tener un capital social inicial y disponer en todo momento de unos recursos propios no inferiores a las cuantías establecidas en función del ámbito territorial de actuación y del total de habitantes de derecho de los municipios comprendidos en dicho ámbito (aproximadamente, entre 1 y 5 millones de euros).
- c) Limitar estatutariamente el objeto social a las actividades propias de una entidad de crédito, con la particularidad citada respecto al límite de las operaciones activas con terceros.
- d) Contar con una adecuada organización administrativa y contable y con procedimientos de control internos adecuados.
- e) No reservar a los promotores, fundadores o socios iniciales, ventaja o remuneración especial alguna.
- f) Contar con un Consejo Rector formado, al menos, por cinco miembros, dos de los cuales podrán ser no socios. Todos ellos serán personas de reconocida honorabilidad comercial y profesional, deberán poseer conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones y estar en disposición de ejercer un buen gobierno de la entidad.
- g) Tener su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección, en territorio nacional.
- h) Contar con procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación para prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales, en las condiciones establecidas por la normativa correspondiente.

El importe total de las aportaciones de cada socio no podrá exceder del 20 por 100 del capital social cuando se trate de una persona jurídica y del 2,5 por 100 cuando se

¹⁵ Requisito un tanto tautológico, porque para revestir la forma de sociedad cooperativa constituida con arreglo la Ley de cooperativas de crédito, primero hay que obtener la autorización exigida por esa misma Ley.

trate de una persona física. En ningún caso, las personas jurídicas que no tengan la condición de Sociedad Cooperativa podrán poseer más del 50 por ciento del capital social.

Los órganos sociales de las Cooperativas de Crédito son la Asamblea General y el Consejo Rector. Como es propio del régimen cooperativo, en la Asamblea General cada socio tendrá un voto, no obstante, si los Estatutos lo prevén, el voto de los socios podrá ser proporcional a sus aportaciones en el capital social, a la actividad desarrollada o al número de socios de las cooperativas asociadas; en todo caso con los límites antes señalados para las aportaciones.

4. Banca oficial y banca pública. El ICO

4.1. La banca oficial en España

La existencia de una banca oficial, entendida como aquella con estatuto propio, creada, financiada y administrada por el Estado, se justificó en su momento por “la necesidad de cubrir las lagunas existentes en determinados sectores, entre las demandas de financiación requeridas y las posibilidades de cubrirlas por parte de las entidades de crédito en funcionamiento”¹⁶, lo que dio lugar, desde la creación del Banco Hipotecario de España en 1872, al establecimiento a partir de la década de los 20 del siglo pasado de bancos oficiales especializados en la financiación a los sectores agrícola, pesquero, industrial, de la construcción, administración local y comercio exterior.

Con la Ley 13/1971¹⁷ se produce la reorganización del conjunto del crédito oficial en España, las entidades oficiales de crédito adoptan la forma de sociedades anónimas, cuyo capital está en manos del Estado, y se crea el Instituto de Crédito Oficial como entidad de derecho público encargada de su gestión y control, en un marco de fuerte intervención en la actividad financiera por parte de los poderes públicos.

¹⁶ J. LATORRE DÍEZ, *Regulación de las entidades de crédito en España*, FUNCAS, Madrid, 1997, pág. 76.

¹⁷ Ley 13/1971, de 19 de junio, sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial (BOE de 21).

En un escenario político y económico completamente distinto, en 1987¹⁸ el ICO se configura como una Sociedad Estatal y pasa a ser una entidad de crédito, sin potestades administrativas de control sobre los bancos oficiales, sino como holding, titular de las acciones de éstos.

La transformación de la banca oficial a banca pública¹⁹ tiene lugar como consecuencia del Real Decreto-ley 3/1991²⁰ con el que se crea la Corporación Bancaria de España, S.A, con estatuto de banco y consideración de entidad de crédito, a la que se traspasan la totalidad de las acciones propiedad del Estado, entre ellas las mantenidas por el ICO, en el Banco Exterior, los bancos oficiales y la Caja Postal (transformada en sociedad anónima). Tras un proceso de fusiones y ventas, la Corporación, red denominada Argentaria, fue finalmente vendida al sector privado en 1999, dando por concluida la existencia de una banca pública en España, con la excepción del ICO.

4.2. El ICO

El Instituto de Crédito Oficial (ICO) se encuentra en la actualidad regulado por disposición adicional 6ª del Real Decreto-ley 12/1995²¹ y la Ley 6/1997²². Es una entidad pública empresarial, adscrita al Ministerio de Economía a través de la Secretaría de Estado de Economía, que tiene naturaleza jurídica de entidad de crédito y consideración de Agencia Financiera del Estado, con personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propia, así como autonomía de gestión para el cumplimiento de sus fines.

Como entidad de crédito especializada, entre sus funciones se encuentra la de financiar a medio y largo plazo las inversiones productivas de las empresas establecidas

¹⁸ Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 (BOE de 24)

¹⁹ M.A. SALVADOR ARMENDARIZ, *Banca pública y mercado. Implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*, INAP, 2000.

²⁰ Real Decreto-ley 3/1991, de 3 de mayo, por el que se establece una nueva organización de las Entidades de Crédito de capital público estatal (BOE de 7).

²¹ Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera (BOE de 30).

²² Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE de 15).

en España o de empresas españolas que se establezcan en el exterior. En esta faceta, el ICO realiza operaciones directas con las empresas que solicitan la financiación directamente en el ICO y otorga líneas de mediación a las entidades de crédito para que sean éstas las que financien a las empresas

Como Agencia Financiera del Estado financia, por indicación expresa del Gobierno, a los afectados por situaciones de graves crisis económicas, catástrofes naturales u otros supuestos semejantes. En estos casos, el ICO actúa previa dotación de fondos públicos y/o mediante compensación de diferenciales de tipos de interés. Asimismo, el ICO gestiona los instrumentos de financiación oficial a la exportación y al desarrollo.

El ICO, a pesar de su consideración como entidad de crédito, no está autorizado a captar depósitos del público²³ y, en virtud de lo previsto en el artículo 2, apartado 5.10, de la Directiva 2013/36 CRD IV está expresamente excluido del ámbito de aplicación de la misma y, por ello, no está sometido a los requisitos prudenciales de las entidades de crédito exigidos por el Reglamento 575/2013 CRR.

4.3. La nueva banca pública

La crisis financiera ha motivado el retorno, siquiera de forma coyuntural e involuntaria, de una banca pública en España, entendida como aquellas entidades de crédito en las que el Estado ostenta una participación mayoritaria en el capital o el control de las mismas.

La ayudas públicas otorgadas al sector financiero en el proceso de reestructuración de la parte deteriorada del sistema bancario, ha motivado que el Estado pasase a convertirse en accionista mayoritario o único de un nutrido grupo de bancos procedentes de la transformación de las antiguas cajas de ahorros, participaciones que, tras el obligado saneamiento de las entidades y la asunción de pérdidas, en su mayoría ya han sido vendidas al sector privada tras un proceso público de subasta.

²³ *Queda expresamente excluida como medio de financiación la captación de fondos mediante depósitos del público.* Disposición adicional sexta. Tres.l.c) del Real Decreto-ley 12/1995.

A 31 de diciembre de 2014 el Estado, a través del FROB, era el accionista único del Banco Financiero y de Ahorros S.A., propietario a su vez del 62% del capital de Bankia, S.A.; y ostentaba una participación del 65% en el capital del Banco Mare Nostrum, S.A.

5. Establecimientos financieros de crédito

Los establecimientos financieros de crédito (EFC) son entidades financieras especializadas en determinadas modalidades de crédito. La denominación fue acuñada por la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adaptó la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria, en sustitución de lo que hasta entonces se había denominado entidades de crédito de ámbito operativo limitado (ECAOL), surgidas por distintos motivos en las décadas precedentes²⁴. Su denominación y regulación, especialmente en lo relativo a la consideración como entidades de crédito, ha estado sometida a diversos vaivenes²⁵.

Tras perder su condición de entidades de crédito con Real Decreto-ley 14/2013²⁶, de 29 de noviembre, los EFC se encuentra actualmente regulados en la Ley 5/2015²⁷ y en el Real Decreto 692/1996²⁸ que la desarrolla y, en lo no previsto en ambas normas, su régimen jurídico es el establecido para las entidades de crédito.

La Ley establece que podrán constituirse como establecimientos financieros de crédito aquellas empresas que, sin tener la consideración de entidad de crédito y previa

²⁴ “La regulación de las ventas a plazos en el año 1965, el establecimiento de un régimen fiscal especial para determinadas operaciones de arrendamiento financiero en 1977 y la creación de un mercado hipotecario en 1981 fueron el marco inicial para el establecimiento de unas entidades de crédito especializadas”. J. LATORRE DÍEZ, *Regulación de las entidades de crédito en España*, FUNCAS, Madrid, 1997, pág. 68.

²⁵ M.A. SALVADOR ARMENDÁRIZ, “Del concepto de entidad de crédito en el Derecho español: evolución y perspectivas”, en, *Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario*, S. Muñoz Machado y J.M. Vega Serrano (dirs.), Iustel, Madrid, 2013.

²⁶ Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras (BOE de 30 de noviembre).

²⁷ Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (BOE de 28).

²⁸ Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito.(BOE de 24 de mayo) (que será modificado para su adaptación a la Ley 5/2015 por el Real Decreto xx/2015 sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito).

CAPÍTULO SEGUNDO
LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

autorización del Ministro de Economía y Competitividad, se dediquen con carácter profesional a ejercer una o varias de las siguientes actividades, así como las accesorias que resulten necesarias para el desempeño de tales actividades anteriores, en los términos que se prevean en sus estatutos:

a) La concesión de préstamos y créditos, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y financiación de transacciones comerciales.

b) El «factoring», con o sin recurso, y las actividades complementarias de esta actividad, tales como las de investigación y clasificación de la clientela, contabilización de deudores, y en general, cualquier otra actividad que tienda a favorecer la administración, evaluación, seguridad y financiación de los créditos que les sean cedidos.

c) El arrendamiento financiero, con inclusión de las siguientes actividades complementarias:

1.ª Actividades de mantenimiento y conservación de los bienes cedidos.

2.ª Concesión de financiación conectada a una operación de arrendamiento financiero, actual o futura.

3.ª Intermediación y gestión de operaciones de arrendamiento financiero.

4.ª Actividades de arrendamiento no financiero que podrán complementar o no con una opción de compra.

5.ª Asesoramiento e informes comerciales.

d) Las de concesión de avales y garantías, y suscripción de compromisos similares.

e) La concesión de hipotecas inversas, incluyendo las reguladas en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

Se prevé igualmente que los EFC puedan, adicionalmente, desarrollar, tras obtener la pertinente autorización administrativa, la actividad de servicios de pago definidos en la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y la emisión de dinero electrónico en los términos establecidos en la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero

electrónico, en cuyo caso tendrán la consideración de entidades de pago híbridas y de entidades de dinero electrónico híbridas, respectivamente.

Los establecimientos financieros de crédito no pueden captar fondos reembolsables del público mediante depósitos; sí pueden captar fondos mediante la emisión de valores negociables y titular sus activos. Los EFC no tienen reserva de actividad (las actividades previstas en la Ley pueden ser desarrolladas por otras personas físicas o jurídicas)²⁹, pero sí de denominación (“establecimiento financiero de crédito” y su abreviatura, EFC), estando obligados a incluirlas en su denominación social.

Los EFC están sometidos a un régimen regulatorio casi tan estricto como las entidades de crédito y, en especial, les resulta de aplicación la regulación sobre participaciones significativas, idoneidad e incompatibilidades de altos cargos, gobierno corporativo y solvencia contenida en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y su normativa de desarrollo, así como la normativa de transparencia, mercado hipotecario, régimen concursal y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo prevista para las entidades de crédito, y lo dispuesto en la disposición adicional tercera de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, sobre el régimen aplicable a las operaciones de cesión global o parcial de activos y pasivos entre entidades de crédito.

Les resultan igualmente aplicables las obligaciones de información pública y reservada, el sometimiento de sus cuentas a auditoría externa, el régimen sancionador y la normativa de solvencia de las entidades de crédito, con algunas excepciones en materia de colchones de capital, planes de viabilidad y liquidez, si bien, respecto de esta última, se les obliga a disponer de una cantidad mínima de activos líquidos adaptada a la naturaleza jurídica y especificidades de su modelo de negocio.

La autorización para la creación de los EFC, así como de las operaciones de fusión, escisión o cesión global o parcial de activos y pasivos en las que intervenga un

²⁹ Obsérvese que la Ley no exige que deban ser EFC para poder desarrollan esas actividades, sino que *pueden* constituirse como EFC quienes las desarrollen.

CAPÍTULO SEGUNDO LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

establecimiento financiero de crédito, corresponde al Ministro de Economía y Competitividad, previo informe del Banco de España y del servicio ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias en los aspectos de su competencia. El régimen de autorización, denegación de la solicitud (silencio administrativo desestimatorio), revocación, renuncia y caducidad es similar al establecido para las entidades de crédito.

Son requisitos necesarios para obtener y conservar la autorización de un establecimiento financiero de crédito:

- a) Revestir la forma de sociedad anónima constituida por el procedimiento de fundación simultánea y con duración indefinida.
- b) Tener un capital social mínimo de 5 millones de euros, desembolsado íntegramente en efectivo y representado por acciones nominativas.
- c) Limitar estatutariamente su objeto social a las actividades propias de un establecimiento financiero de crédito.
- d) Que los accionistas titulares de participaciones significativas sean considerados idóneos, de acuerdo con la normativa de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.
- e) Contar con un consejo de administración formado por no menos de tres miembros, personas de reconocida honorabilidad comercial y profesional, que deberán poseer conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones y estar en disposición de ejercer un buen gobierno de la entidad.
- f) Contar con una adecuada organización administrativa y contable, así como con procedimientos de control internos adecuados que garanticen la gestión sana y prudente de la entidad.
- g) Tener su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección en territorio nacional.
- h) Contar con procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación para prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales, en las condiciones establecidas en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Una vez obtenida la autorización y antes de iniciar sus actividades los EFC deben inscribirse en el Registro Mercantil y en el Registro especial del Banco de España, a quien se le asigna la función supervisora de los establecimientos financieros de crédito de conformidad con lo previsto en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

6. Las Fundaciones bancarias

6.1. Fundaciones bancarias

De acuerdo con lo establecido en la Ley 26/2013³⁰: *Se entenderá por fundación bancaria aquella que mantenga una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración.*

Las fundaciones bancarias tendrán finalidad social y orientarán su actividad principal a la atención y desarrollo de la obra social y a la adecuada gestión de su participación en una entidad de crédito³¹.

Los órganos de gobierno de las fundaciones bancarias son:

- el patronato,
- las comisiones delegadas de éste que prevean los estatutos,
- el director general y
- los demás órganos delegados o apoderados del patronato que, en su caso, prevean sus estatutos de acuerdo con la normativa general de fundaciones.

El patronato es el máximo órgano de gobierno y representación. Le corresponde cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, y será el responsable del control, supervisión e informe al Banco de España.

³⁰ Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (BOE de 28).

³¹ Cabe suponer que este “una” es artículo indeterminado y no numeral.

CAPÍTULO SEGUNDO LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

El patronato designará de entre sus miembros a un presidente. Estatutariamente se determinará el régimen aplicable a la presidencia del patronato y se fijará el número de miembros del patronato que no podrá ser superior a quince, los procesos de designación de los patronos y el número y duración de sus mandatos. Los patronos deberán reunir los requisitos de honorabilidad comercial y profesional, conocimientos y experiencia específicos para el ejercicio de sus funciones. La condición de patrono será incompatible con el desempeño de cargos equivalentes en la entidad bancaria de la cual la fundación bancaria sea accionista, o en otras entidades controladas por el grupo bancario³².

Los patronos serán personas físicas o jurídicas relevantes en el ámbito de actuación de la obra social de la fundación bancaria, debiendo pertenecer a alguno de los siguientes grupos:

- a) Personas o entidades fundadoras, así como las de larga tradición en la caja o cajas de ahorros de que proceda, en su caso, el patrimonio de la fundación bancaria.
- b) Entidades representativas de intereses colectivos en el ámbito de actuación de la fundación bancaria o de reconocido arraigo en el mismo.
- c) Personas privadas, físicas o jurídicas, que hayan aportado de manera significativa recursos a la fundación bancaria o, en su caso, a la caja de ahorros de procedencia. Se entenderá por aportación significativa aquella que represente más del 5 por ciento de los recursos propios de la fundación e inicialmente la presencia de patronos de este grupo solo es exigida si fuera posible identificar una aportación significativa dentro de los quince años anteriores a la constitución del patronato.

³² No obstante, respecto de las personas que a la entrada en vigor de la Ley fuesen miembros del consejo de administración de una caja de ahorros y simultáneamente miembros del consejo de administración de la entidad bancaria a través de la cual aquélla ejerza su actividad como entidad de crédito, se permitió la compatibilidad temporal de todos o algunos de los consejeros afectados con las siguientes limitaciones:

- a) En ningún caso podrán ejercerse funciones ejecutivas en el banco y en la fundación.
- b) El número de miembros compatibles en la entidad de crédito no podrá exceder del 25 por ciento de los miembros de su consejo de administración.
- c) La compatibilidad de cada miembro se mantendrá hasta que agote su mandato en curso a la entrada en vigor de la Ley en la entidad bancaria, y en todo caso no más tarde del 30 de junio de 2016.

- d) Personas independientes de reconocido prestigio profesional en las materias relacionadas con el cumplimiento de los fines sociales de la fundación bancaria, o en los sectores, distintos del financiero, en los que la fundación bancaria tenga inversiones relevantes. No podrán ejercer el cargo más de dos mandatos consecutivos y, en todo caso, por un plazo superior a doce años.
- e) Personas que posean conocimientos y experiencia específicos en materia financiera, que habrán de integrar el patronato en el porcentaje que prevea la legislación de desarrollo de esta Ley, y cuya presencia será representativa y creciente en función del nivel de participación en la entidad de crédito que corresponda.

El número de patronos representantes de administraciones públicas y entidades y corporaciones de derecho público no podrá superar el 25 por ciento del total.

El patronato nombrará al director general, cargo que será incompatible con el de miembro del patronato; y a un secretario, que podrá ser o no patrono, a quien corresponderá la certificación de sus acuerdos.

Corresponderá al Protectorado velar por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones bancarias, sin perjuicio de las funciones que le corresponden al Banco de España.

En el supuesto de fundaciones bancarias cuyo ámbito de actuación principal exceda el de una Comunidad Autónoma (cuando el 40% de sus actividades se desarrolle fuera de la Comunidad en la que la fundación tiene su sede), el protectorado será ejercido por el Ministerio de Economía y Competitividad siempre que individualmente ostenten una participación directa o indirecta en la entidad o entidades de crédito de, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto o, teniendo un porcentaje inferior, la fundación bancaria sea su mayor accionista. En caso contrario, el protectorado será ejercido por la correspondiente Comunidad Autónoma.

6.2. Régimen de las participaciones en entidades de crédito

6.2.1. *Protocolo de gestión de la participación financiera.*

Por lo que se refiere a las fundaciones bancarias³³, es decir, las que mantengan *una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración*³⁴, cabría distinguir tres supuestos:

- Fundaciones bancarias que posean una participación de entre el 10 y el 30% del capital o de los derechos de voto del banco y no tengan el control (e incluso por debajo del 10% si pudiesen *nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración*). Para estas fundaciones no se ha regulado nada respecto de la gestión de la participación en el banco, ni siquiera se citan en el Capítulo IV, por lo que, aparentemente, no estarían sometidas a la supervisión del Banco de España a la que nos referiremos más adelante.
- Fundaciones bancarias del artículo 43.1.- Las que posean una participación igual o superior al 30 por ciento del capital en una entidad de crédito³⁵. En este caso:

³³ Las demás serán fundaciones ordinarias, no reguladas por esta Ley salvo en lo referido al régimen sancionador por incumplimiento de la obligación de transformarse en fundación bancaria en caso de superar el umbral de participación previsto.

³⁴ Véase Artículo 16. Participación significativa, de la Ley 10/2014 LOSS.- *Se entenderá por participación significativa en una entidad de crédito española aquella que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad. También tendrá la consideración de participación significativa aquella que, sin llegar al porcentaje señalado, permita ejercer una influencia notable en la entidad.*

En el mismo sentido, el artículo 4.3.36 del Reglamento 575/2013 CRR.- *«Participación cualificada»: una participación directa o indirecta en una empresa que represente el 10 % o más del capital o de los derechos de voto o que permita ejercer una influencia notable en la gestión de dicha empresa.*

³⁵ Aunque el artículo 43.1 se refiere a *Las que posean una participación igual o superior al 30 por ciento del capital en una entidad de crédito o que les permita el control de la misma*, lo cierto es que, de ostentar el control cualquiera que sea su porcentaje de participación, le resultan de aplicación las obligaciones contenidas en el artículo 44.3 relativo a las *fundaciones bancarias que posean una participación igual o superior al 50 por ciento en una entidad de crédito o que les permita el control de la misma.*

- a) Elaborarán, de forma individual o conjunta, un protocolo de gestión de la participación financiera, que deberá ser aprobado por el Banco de España y que regulará: la gestión de su participación; las relaciones entre el patronato de la fundación bancaria y los órganos de gobierno de la entidad de crédito participada; y los criterios generales para la realización de operaciones entre la fundación bancaria y la entidad participada y los mecanismos previstos para evitar posibles conflictos de interés.
 - b) Tendrán que presentar anualmente al Banco de España para su aprobación un plan financiero en el que determinen la manera en que harán frente a las posibles necesidades de capital en que pudiera incurrir la entidad en la que participan³⁶ y los criterios básicos de su estrategia de inversión en entidades financieras.
- Fundaciones bancarias del artículo 44.3.- En el caso de fundaciones bancarias que posean una participación igual o superior al 50 por ciento en una entidad de crédito o que les permita el control de la misma en los términos del artículo 42 del Código de Comercio, el plan financiero deberá ir acompañado adicionalmente de:
 - c) Un plan de diversificación de inversiones y de gestión de riesgos. El Banco de España podrá limitar la concentración de riesgos en una misma contraparte en términos de porcentaje sobre el patrimonio total³⁷.

³⁶ Exigencia un tanto extraña, especialmente si la fundación bancaria no tiene el control del banco, de la que podría deducirse que la fundación, por el hecho de ser una fundación bancaria y a diferencia de los demás accionistas y tenedores de participaciones significativas, tendría que hacer frente a las posibles necesidades de capital del banco.

³⁷ Limitación que ha quedado recogida en el Proyecto de Circular x/2014 del Banco de España de la siguiente forma:

El plan de diversificación de inversiones ..., deberá incluir compromisos para que la inversión en activos emitidos por una misma contraparte, diferentes de aquellos que presenten elevada liquidez y solvencia, no supere los siguientes porcentajes máximos sobre el patrimonio neto de la fundación:

i. La inversión en activos emitidos por una misma contraparte, distinta de la entidad de crédito participada, no podrá superar el 10 por ciento de los recursos propios de la fundación.

ii. La inversión en activos emitidos por sociedades de un mismo sector de actividad, distinto del sector bancario, según se definen en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, no podrá superar el 40 por ciento de los recursos propios de la fundación..

CAPÍTULO SEGUNDO
LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

- d) La dotación de un fondo de reserva para hacer frente a posibles necesidades de recursos propios de la entidad de crédito, con un calendario de dotaciones mínimas hasta alcanzar el volumen objetivo que determine el Banco de España.
- e) Cualquier otra medida que, a juicio del Banco de España, se considere necesaria para garantizar la gestión sana y prudente de la entidad de crédito participada y la capacidad de ésta de cumplir de forma duradera con las normas de ordenación y disciplina que le sean aplicables.³⁸

La Ley establece que: *A los efectos de este título [Título II. De las fundaciones bancarias], se entenderá como una única participación la de todas las fundaciones, ordinarias o bancarias, que actúen de forma concertada en una misma entidad de crédito, en cuyo caso deberán cumplir con las obligaciones establecidas en este capítulo [Capítulo IV. Participación en entidades de crédito] de manera conjunta.*

La Ley no precisa qué debe entenderse por actuar de forma concertada. Cabe suponer que las entidades integradas en un SIP actúan de forma concertada, pero no es tan obvio que deban continuar haciéndolo una vez transformadas en fundaciones ordinarias o bancarias que, en cuanto accionistas del banco, podrán actuar en el futuro de forma concertada o no³⁹.

Por lo demás, a pesar de que el párrafo citado se refiere a todo el Título II, cabe interpretar que el porcentaje de participación del 10% en el capital de la entidad de

³⁸ El hecho de que la Ley se refiera a fundaciones “*con participación igual o superior al 30 por ciento del capital en una entidad de crédito o que les permita el control*” (artículo 43.1) y “*con participación igual o superior al 50 por ciento en una entidad de crédito o que les permita el control*” (artículo 44.3) da pie a cierta confusión, porque estos dos artículos establecen tratamientos diferentes como acabamos ver respecto del contenido del plan de financiero y el fondo de reserva; o sobre el reparto de dividendos y los derechos de voto a los que nos referiremos más adelante, y no está claro cuál resulta de aplicación en cada caso; o sobre los montes de piedad, que podrán adscribirse a la obra social de las cajas de ahorros, a las fundaciones bancarias u ordinarias, o a las entidades de crédito controladas por las fundaciones bancarias a las que se refiere el artículo 44.3 de esta Ley

³⁹ Este es el caso de las tres cajas vascas que, junto con Kutxabank formaron en 2011, un SIP. A finales de 2013 las cajas ostentaban el 100% del capital del banco, pero sus porcentajes de participación eran del 57% BBK, 32% Kutxa y 11% Vital. En ausencia de actuación *de forma concertada* solo la primera de las cajas citadas estaría obligada a la constitución (íntegra) del Fondo de reserva.

crédito, que determina la distinción en ordinaria o bancaria de la fundación, se refiere al porcentaje mantenido individualmente por cada fundación.

6.2.2. Ampliaciones de la participación en el capital.

Las fundaciones bancarias a las que se refiere el artículo 44.3 (>50% o control) que acudan a procesos de ampliación del capital social de la entidad de crédito participada no podrán ejercer los derechos políticos correspondientes a aquella parte del capital adquirido que les permita mantener una posición igual o superior al 50 por ciento o de control.

Este párrafo es poco menos que incomprensible y no está claro si lo que quiere decir es que, en caso de acudir a la ampliación, no puede ejercer los derechos de voto de la participación adquirida en la ampliación, o que pierde (todos) los derechos de voto que le dan el control (algo difícil de determinar, especialmente si no hay otro accionista de referencia).

6.2.3. Dividendos de las entidades controladas.

Los acuerdos de reparto de dividendos en las entidades de crédito controladas por una fundación bancaria de conformidad con lo previsto en el artículo 44.3 (>50% o control) estarán sujetos al quórum de constitución reforzado establecido en el artículo 194 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y deberán adoptarse por mayoría de, al menos, dos tercios del capital presente o representado en la junta. Los estatutos de la entidad participada podrán elevar esta mayoría.

6.3. El Fondo de reserva

6.3.1. Naturaleza y regulación del fondo de reserva de las fundaciones bancarias

Tal como se señala en un párrafo anterior, las fundaciones bancarias que ostente una participación superior al 50% en el capital, o el control, de una entidad de crédito están obligadas a incorporar a su plan financiero, un calendario de dotaciones mínimas a un fondo de reserva que le permita hacer frente a posibles necesidades de recursos propios

CAPÍTULO SEGUNDO LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

de la entidad de crédito participada, cuando dichas necesidades no puedan ser cubiertas con otros recursos y, a juicio del Banco de España, pudieran poner en peligro el cumplimiento de las obligaciones en materia de solvencia de la entidad.

El fondo de reserva se dotará hasta alcanzar un volumen objetivo que, con la finalidad de garantizar la gestión sana y prudente de la entidad participada, determine el Banco de España (art. 44.3.b de la Ley 26/2013).

En esta determinación, el Banco de España debe tomar en consideración, entre otros, al menos cuatro factores: las necesidades de recursos propios previstas en el plan financiero; el valor de los activos ponderados por riesgo de la entidad participada y el volumen de la participación de la fundación bancaria en la entidad; si las acciones de la entidad están admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores; y el nivel de concentración en el sector financiero de las inversiones de la fundación bancaria.

Antes de entrar en detalle sobre la cuantificación, materialización y eventual utilización del fondo, conviene destacar que la exigencia de que los accionistas, todos o al menos los más significativos, dispongan de recursos para acudir en auxilio de la entidad de la que son propietarios no constituye una novedad en la historia del ordenamiento bancario. La idea del accionista bancario como propietario que no es un mero inversor ocasional, sino alguien dispuesto a respaldar con su patrimonio al banco en caso de necesidad, ha formado parte del imaginario colectivo desde el inicio de la banca moderna hasta fechas muy recientes, singularmente en el mundo de la banca de inversión. Recuérdese en este sentido que los principales bancos de inversión de Estados Unidos (Lehman Brothers, Goldman Sachs, Morgan Stanley, Merrill Lynch y Bear Stearns) operaron durante más de un siglo bajo este principio, al menos en el plano moral.

La generalización de la sociedad mercantil de responsabilidad limitada como forma habitual exigida a las empresas bancarias, la desaparición del banquero persona física (que todavía subsistía en la Ley de Ordenación Bancaria de 1946) y la extensión del accionariado bancario a casi la totalidad las capas sociales de los países desarrollados

han convertido el “dividendo pasivo” en un derecho del accionista, muy lejos de lo que en el pasado era un compromiso de los propietarios que contribuía a reforzar la confianza de los clientes en el banco.

En este sentido, el fondo de reserva que plantea la Ley conserva algo de esta idea, aunque muy diluida por el hecho de resultar exigible tan solo a las fundaciones bancarias y no a los demás accionistas (a ninguno de ellos, independientemente de su naturaleza o participación en el capital) y porque no se oculta la intencionalidad del legislador de fomentar que las fundaciones bancarias reduzcan progresivamente su participación en las entidades bancarias hasta niveles por debajo del de control.

No obstante y con independencia de lo anterior, lo cierto es que el fondo de reserva constituye un genuino mecanismo de prevención de crisis, en un doble sentido: incentiva que el principal accionista vigile, y en su caso limite, los riesgos asumidos por la participada (porque de lo contrario los requerimientos de dotar el fondo aumentan y, finalmente, se arriesga a perderlo) y, una vez constituido, resulta en un capital disponible de manera rápida para afrontar, en una fase temprana, situaciones de dificultad de la entidad de crédito.

En octubre de 2015 se publicó el Real Decreto 877/2015⁴⁰ por el que, en base a la genérica competencia de desarrollo reglamentario contenida en la disposición final duodécima de la Ley⁴¹, se desarrolla el citado artículo 44.3.b que, como hemos visto, atribuye al Banco de España la determinación del volumen objetivo que debe alcanzar el fondo de reserva, atribución que el Banco de España ha desarrollado en la Circular

⁴⁰ Real Decreto 877/2015, de 2 de octubre, de desarrollo de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, por el que se regula el fondo de reserva que deben constituir determinadas fundaciones bancarias; se modifica el Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio; y se modifica el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE de 3).

⁴¹ Disposición final duodécima. Habilitación normativa. *Se autoriza al Gobierno para adoptar las medidas y dictar las disposiciones que sean necesarias para el desarrollo y aplicación de esta Ley.*

6/2015⁴², en la que, entre otros aspectos, se recoge la forma de cálculo del importe mínimo objetivo a alcanzar por el fondo, sin perjuicio de que el Banco de España, a tenor de lo previsto en la Ley, pudiese exigir un volumen más elevado atendiendo a las necesidades de la entidad de crédito participada por la fundación bancaria.

6.3.2. Dotación del fondo

La constitución del fondo de reserva tiene como finalidad hacer frente a posibles necesidades de recursos propios de la entidad de crédito participada que no puedan ser cubiertas con otros recursos y que, a juicio del Banco de España, pudieran poner en peligro el cumplimiento de sus obligaciones en materia de solvencia.

El volumen objetivo del fondo de reserva deberá alcanzarse en el plazo máximo de 5 años desde que se complete el desarrollo reglamentario o desde la constitución de la fundación bancaria si tuviera lugar con posterioridad, conforme a un calendario preestablecido de dotaciones que deberán ser lineales; plazo que el Banco de España podrá ampliar hasta en dos años más atendiendo a la evolución de la situación económico-financiera de la entidad de crédito.

El fondo de reserva deberá constituirse con fondos propios de la fundación tales como reservas del ejercicio, reservas disponibles, fondo dotacional, etc. En todo caso, hasta alcanzar el volumen objetivo requerido, la fundación bancaria deberá destinar al fondo de reserva al menos un 50 por ciento del importe recibido de la entidad de crédito participada en concepto de reparto de dividendos en efectivo.

6.3.3. Límite a alcanzar

El importe mínimo objetivo del fondo de reserva será el que resulte de aplicar un porcentaje sobre el total de los activos ponderados por riesgo del subgrupo consolidable encabezado por la entidad de crédito participada.

⁴² Circular 6/2015, de 17 de noviembre, del Banco de España, a las cajas de ahorros y fundaciones bancarias, sobre determinados aspectos de los informes de remuneraciones y gobierno corporativo de las cajas de ahorros que no emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores y sobre las obligaciones de las fundaciones bancarias derivadas de sus participaciones en entidades de crédito (BOE de 20).

Dicho porcentaje, que no podrá ser inferior al 0,6%, salvo que el Banco de España fije uno inferior en atención a las circunstancias individuales de la fundación, se calcula en base a cuatro sumados:

- En función de la ratio (total) de capital que resulte exigible al subgrupo consolidable citado⁴³, conforme a una escala de cinco tramos de 0,25% cada uno, descendentes desde un máximo del 1,75% cuando la ratio de capital se sitúa por debajo del 10%, hasta un mínimo del 0,75% cuando la ratio total exigible es igual o superior al 13%.
- Reducción del 0,5 por ciento en aquellos supuestos en que las acciones de la entidad de crédito participada estén admitidas a negociación en mercados oficiales de valores o en mercados activos, siempre y cuando el porcentaje de acciones en circulación en dichos mercados sea superior al 25 por ciento.
- Incremento del 1 por ciento cuando la suma de los instrumentos computables como recursos propios que posea la fundación en el sector financiero, excluida la participación en la entidad de crédito participada, sea superior al 40 por ciento de sus recursos propios.
- Reducción o incremento en función del porcentaje de participación directa, o indirecta a través de sociedad interpuesta, que se tenga en la entidad de crédito, conforme a una escala de cuatro tramos de 0,50% cada uno, ascendentes desde menos 0,5% cuando el porcentaje de participación sea inferior al 50%, hasta más 1% cuando el porcentaje de participación sea igual o superior al 70%.

6.3.4. *Materialización*

El fondo de reserva así constituido deberá invertirse en activos que tengan la consideración de instrumentos financieros de elevada liquidez y calidad crediticia (básicamente, depósitos bancarios, deuda pública, acciones cotizadas y títulos de deuda con rating elevado), que deberán estar en todo momento perfectamente identificados y disponibles para su uso por la fundación. Entre los activos afectos al fondo de reserva

⁴³ Recuérdese que, además de la ratio de requerimientos mínimos de capital del 8%, la CRR/CRD IV contempla la posibilidad de exigir colchones adicionales, tanto generales como particulares de determinadas clases de entidades.

no podrán incluirse las participaciones directas o indirectas en entidades de crédito⁴⁴, ni activos emitidos por la entidad de crédito participada, distintos de depósitos. Se deducirá de los activos computables a efectos del fondo de reserva, cualquier financiación recibida de la entidad de crédito participada o de cualquiera de las empresas que compongan su grupo.

Los activos en que se materialice el fondo de reserva solo podrán ser aportados a la entidad de crédito participada para atender sus necesidades de solvencia en tal forma que no le generen necesidades adicionales de recursos propios y, en el caso de activos que deban ser vendidos o permutados de manera previa a su transferencia a la entidad de crédito participada, se contabilizarán en el fondo de reserva con una reducción de valor de entre el 0 y el 33 por ciento, a determinar por el Banco de España en función de la liquidez de dichos activos y la pérdida de valor estimada que se pudiera producir en el momento de su venta o permuta.

El fondo de reserva podrá constituirse dentro de la propia fundación bancaria o a través de una entidad tenedora, siempre que esta última sea propiedad al 100 por ciento de la fundación bancaria, tenga la plena disponibilidad de los activos materialización del fondo y no forme parte del perímetro de consolidación prudencial de la entidad de crédito participada.

6.3.5. Utilización

La fundación bancaria deberá hacer uso de los recursos del fondo de reserva para atender las necesidades de solvencia de la entidad de crédito participada que no puedan ser cubiertas con otros recursos. Se entenderá que la entidad de crédito participada tiene necesidades de solvencia cuando incumpla los requerimientos relativos a fondos propios exigidos por la normativa aplicable o cuando haya sufrido una disminución significativa de los recursos propios que, a juicio del Banco de España, pudiera poner en peligro el cumplimiento de la normativa de solvencia.

⁴⁴ Ni participaciones en instituciones de inversión colectiva cuya política de inversión establezca inversiones mínimas del 25% del patrimonio en entidades de crédito.

La fundación bancaria puede desafectar los activos y disponer del fondo de reserva, ya sea parcialmente, cuando una vez constituido en su integridad el fondo de reserva su volumen objetivo se reduzca por modificación de las variables que lo determinan, ya sea totalmente, en aquellos supuestos en que dejen de concurrir las circunstancias que obligaron a su constitución, es decir si se pierde el control o si, sin tenerlo, su participación se reduce por debajo del 50%.

6.4. Régimen de supervisión por el Banco de España.

Corresponderá al Banco de España el control del cumplimiento de las normas contenidas en el capítulo IV [del Título II. Fundaciones bancarias] de la Ley⁴⁵ desde el marco de sus competencias como autoridad responsable de la supervisión de la entidad de crédito participada y, en particular, valorando la influencia de la fundación bancaria sobre la gestión sana y prudente de la citada entidad, de conformidad con los criterios establecidos en el régimen de participaciones significativas.

A los efectos del ejercicio de las funciones de supervisión, el Banco de España podrá realizar las inspecciones y las comprobaciones que considere oportunas y requerir a la fundación bancaria cuanta información resulte necesaria para desarrollar sus funciones. Asimismo, el Ministro de Economía y Competitividad, o el Banco de España con su habilitación expresa, podrá desarrollar las normas y modelos a que deberá sujetarse la contabilidad de las fundaciones bancarias⁴⁶.

⁴⁵ Capítulo IV. Participación en entidades de crédito

Artículo 43. Protocolo de gestión de la participación financiera.

Artículo 44. Plan financiero.

Queda por tanto fuera de la supervisión del Banco de España todo el Capítulo III. Gobierno de la fundación bancaria (Artículo 37. Órganos de gobierno; Artículo 38. Patronato; Artículo 39. Composición del patronato; Artículo 40. Requisitos de los patronos; Artículo 41. Presidencia del patronato; Artículo 42. Director general y secretario del patronato), el Capítulo V. Régimen de control (sobre el Protectorado y las funciones del propio Banco de España) y el Capítulo VI. Obligaciones de gobierno corporativo.

⁴⁶ La habilitación al Banco de España para desarrollar las normas y modelos de la información financiera de las fundaciones bancarias se encuentra en el Proyecto de Orden ECC/xx/2015, por la que se determina el contenido, la estructura y los requisitos de publicación del informe anual de gobierno corporativo, y se establecen las obligaciones de contabilidad, de las fundaciones bancarias.

Este régimen de supervisión resulta más intenso del que, con carácter general, la CRD IV establece para los tenedores de participaciones cualificadas en entidades de crédito⁴⁷.

En cuanto al régimen sancionador, el incumplimiento de las obligaciones derivadas del capítulo IV de la Ley antes citado tendrá la consideración de infracción muy grave, salvo que la actuación tenga carácter ocasional o aislado a criterio del Banco de España en cuyo caso podrá ser considerada infracción grave. Será de aplicación el procedimiento sancionador previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito⁴⁸.

6.5. Tratamiento las fundaciones bancarias en la regulación prudencial de las entidades de crédito

Las fundaciones bancarias que individualmente tengan el control de una entidad de crédito responden a la definición que el Reglamento CRR hace de “Sociedad financiera de cartera”: *una entidad financiera cuyas filiales sean, exclusiva o principalmente, entidades o entidades financieras, que cuente al menos con una entidad entre sus filiales y que no sea una sociedad financiera mixta de cartera.* (Artículo 3.20).

Y el propio Reglamento define “Entidad financiera” como: *una empresa, distinta de una entidad, cuya actividad principal consista en adquirir participaciones o en ejercer una o varias actividades de las que se recogen en el anexo I, puntos 2 a 12 y punto 15, de la Directiva 2013/36/UE, incluyendo las sociedades financieras de cartera...* (Artículo 3.26).

⁴⁷ Artículo 26.2 de la CRD IV.- *Los Estados miembros dispondrán que, en caso de que la influencia ejercida por las personas contempladas en el artículo 22, apartado 1 [adquirentes de participaciones cualificadas], pueda ir en detrimento de una gestión prudente y sólida de la entidad, las autoridades competentes tomen las medidas apropiadas para poner fin a dicha situación. Esas medidas podrán comprender requerimientos, sanciones contra miembros del órgano de dirección y directivos, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 65 a 72 [régimen sancionador], o la suspensión del ejercicio del derecho de voto vinculado a las acciones o participaciones poseídas por los accionistas o socios de la entidad de crédito en cuestión.*

⁴⁸ Norma derogada que ha sido sustituida por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. (BOE de 27 de junio).

El Reglamento no define sin embargo qué debe entenderse por actividad principal, concepto que sí está recogido en la Circular 3/2008 del Banco de España de la siguiente forma: ... *entidades cuya actividad principal sea la tenencia de acciones o participaciones, entendiendo por tales aquéllas en que más de la mitad del activo de la entidad está compuesto por inversiones permanentes en acciones y otros tipos de valores representativos de participaciones, sea cual sea la actividad, objeto social o estatuto de las entidades participadas,...* .

El hecho de que, probablemente no en todas, pero sí en la mayoría de las fundaciones bancarias, *más de la mitad del activo de la entidad está compuesto por inversiones permanentes en acciones* del banco en el que participan, las convierte, desde el punto de vista de la regulación de solvencia de las entidades de crédito, en sociedades financieras de cartera y, en consecuencia, formarían parte del grupo consolidable de entidades de crédito en el que se integra el banco participado y entrarían dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la CRR / CRD IV en lo relativo a la supervisión en base consolidada⁴⁹.

Con la Circular 3/2008 del Banco de España en vigor, el grupo consolidable de entidades de crédito⁵⁰ estaría formado por la fundación bancaria que ostente el control como matriz y la entidad de crédito participada como filial, junto a las filiales de ambas.

⁴⁹ Artículo 119 de la CRD IV.- *Inclusión de sociedades de cartera en la supervisión consolidada. 1. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas que, en su caso, resulten necesarias para la inclusión de las sociedades financieras de cartera y las sociedades financieras mixtas de cartera en la supervisión consolidada. 2. ...*

⁵⁰ Artículo 8.2 de la CBE 3/2008.- *Los grupos consolidables de entidades de crédito son aquéllos formados por dos o más entidades consolidables por razón de su actividad, en los que concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:*

- a) Que la entidad dominante sea una entidad de crédito española.*
- b) Que la entidad dominante sea una entidad española cuya actividad principal consista en tener participaciones en entidades de crédito, contando, al menos, con una filial (entidad de crédito dependiente) de nacionalidad española.*
- c) Que la entidad dominante sea una empresa española cuya actividad principal consista en tener participaciones en entidades financieras (siempre que dicha actividad no sea la mencionada en la letra b) precedente), siendo al menos una de ellas una entidad de crédito, y siempre que las entidades de crédito sean las de mayor dimensión relativa entre las entidades financieras españolas participadas.*

CAPÍTULO SEGUNDO LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

No parece, sin embargo, que haya sido ésta la interpretación del Banco de España, por cuanto, aparentemente, las fundaciones bancarias están siendo excluidas del perímetro de consolidación prudencial de los grupos consolidables de las entidades de crédito por ellas participadas.

Antes de continuar conviene realizar dos precisiones: el hecho de que el Reglamento utilice el término “sociedad”, no parece que limite la actividad señalada a las sociedades mercantiles en sentido estricto, ni que excluya otras posibles formas jurídicas para las sociedades financieras de cartera, por ejemplo la de fundación; y, en cuanto al concepto de “actividad principal”, debe tenerse en cuenta que la Circular 3/2008 responde al desarrollo reglamentario de la transposición de la derogada Directiva 2006/48 CRD, y sustituida, en lo que a estas definiciones de refiere, por el Reglamento CRR (que no precisa trasposición).

En todo caso, la CRR / CRD IV no especifica cómo debe llevarse a cabo la consolidación prudencial, por lo que parece necesario algún desarrollo reglamentario de la Ley 10/2014, de solvencia, para precisar estos aspectos y algunos otros que plantean igualmente dudas, como el tratamiento de las fundaciones ordinarias o bancarias que conjuntamente y actuando de manera concertada ostentan el control de una entidad de crédito, o los supuestos en los que la fundación ostenta el control sobre una entidad de crédito y una entidad aseguradora, dando lugar a figuras similares a las de sociedad financiera mixta de cartera⁵¹ y conglomerado financiero⁵².

d) ...

⁵¹ «sociedad financiera mixta de cartera»: una empresa matriz que no sea una entidad regulada y que, junto con sus filiales, de las cuales por lo menos una sea una entidad regulada que tenga su domicilio social en la Unión, y otras entidades, constituya un conglomerado financiero. Directiva 2002/87 de conglomerados; artículo 2.15

⁵² Un conglomerado financiero se define como un grupo, encabezado por una entidad, regulada o no, cuyas actividades se desarrollen principalmente en el sector financiero; en el que al menos una de las entidades pertenezca al sector de seguros y al menos otra pertenezca al sector bancario o de los servicios de inversión, y en el que las actividades en ambos sectores sean significativas. Véase Directiva 2002/87 de conglomerados; artículo 2.14

6.6. Régimen fiscal.

Las fundaciones bancarias tributarán en régimen general del Impuesto sobre Sociedades y no les resultará de aplicación el régimen fiscal especial previsto en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

Serán deducibles fiscalmente las cantidades que las cajas de ahorros y las fundaciones bancarias destinen de sus resultados a la financiación de obras benéfico-sociales, de conformidad con las normas por las que se rigen.

La dotación a la obra benéfico-social realizada por las fundaciones bancarias podrá reducir la base imponible del Impuesto de sociedades de las entidades de crédito en las que participen, en la proporción que los dividendos percibidos de las citadas entidades representen respecto de los ingresos totales de las fundaciones bancarias, hasta el límite máximo de los citados dividendos, y siempre que la fundación no aplique dicha cantidad como partida fiscalmente deducible en su declaración de este Impuesto. Entendemos que este régimen no es extrapolable a los dividendos pagados a las fundaciones ordinarias.

III. EL COEFICIENTE DE CAJA

La transformación de plazos que supone el tomar pasivos a la vista y generar activos a plazo solo es posible si se cumplen simultáneamente al menos dos condiciones: que haya una cierta estabilidad en el volumen de los pasivos a la vista globalmente considerados y que el banco disponga de recursos líquidos o fácilmente liquidables para atender sin dilación las exigencias ordinarias de disponibilidad de los depósitos por sus clientes. Es esta estabilidad en los pasivos, cimentada en la confianza de los

CAPÍTULO SEGUNDO LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

depositantes de que recibirán sus ahorros cuando los necesiten⁵³, lo que permite a los bancos prestar a un plazo mayor del que ellos toman prestado.

Uno de los problemas a resolver es por tanto la cuantía mínima que, en proporción a los recursos exigibles a la vista, debe mantenerse en forma de dinero disponible en caja o en el banco central, para poder atender con regularidad las necesidades de efectivo de los clientes. Esto que, en principio, no es más que una mera exigencia técnica, con el paso del tiempo se fue transformando, primero, en el coeficiente de caja, un mecanismo para regular la cantidad de dinero en circulación por el procedimiento de inmovilizar en el banco central una proporción de los depósitos captados del público y, finalmente, en el actual requerimiento de reservas mínimas de las entidades de crédito, uno de los instrumentos de política monetaria en manos del Banco Central Europeo.

El antecedente lejano del coeficiente de caja se encuentra en el entonces llamado coeficiente de reservas metálicas, que estuvo vigente para los Bancos de Isabel II y de Barcelona desde 1844 y cuya exigibilidad se incluyó en los estatutos del nuevo Banco Español de San Fernando de mayo de 1847, inicialmente fijado en un tercio de los billetes emitidos, proporción que se mantuvo en la Ley de Bancos de 1856⁵⁴.

El Código de Comercio de 1885 reduce el coeficiente de reservas metálicas a la cuarta parte, pero tomando ya como base los depósitos y cuentas corrientes además de los billetes en circulación, aunque la posibilidad de emitir billetes al portador había quedado en suspenso para el resto de bancos mientras subsistiese el privilegio de que disfrutaba el Banco de España tras el Decreto Echegaray de 1874.

⁵³ Idea que fue expresada por Adam Smith en *The Theory of Moral Sentiments* (1759) de la siguiente forma: “*When the people of any particular country has such confidence in the fortune, probity, and prudence of a particular banker, as to believe he is always ready to pay upon demand such of his promissory notes as are likely to be at any time presented to him; those notes come to have the same currency as gold and silver money, from the confidence that such money can at any time be had for them*”. La cita está tomada de Amartya Sen, “Adam Smith’s market never stood alone”, *Financial Times*, 11 de marzo de 2009.

⁵⁴ Téngase en cuenta que se trataba de bancos de emisión; la Ley de 1856 es la que crea el Banco de España.

Ya en su versión moderna, entre la Ley de Bases de 1962 y la llamada minirreforma Barrera de 1974 el coeficiente de caja⁵⁵ se va configurando como instrumento de la incipiente política monetaria, y su exigibilidad se extiende primero a la banca comercial y después para la industrial y las cajas de ahorros. En las décadas de los 80 y 90 del siglo pasado alcanza su máximo desarrollo como instrumento de política monetaria y fiscal, llegando a alcanzar un nivel del 20% de los pasivos computables.

En su configuración actual, para los Estados miembros integrados en la Eurozona, el ahora llamado coeficiente de reservas mínimas constituye un instrumento de política monetaria que incide en las necesidades estructurales de liquidez del sistema y sirve de mecanismo de transmisión al mercado de los tipos de interés a corto plazo fijados por el BCE. Está regulado por el Reglamento 2531/98, relativo a la aplicación de las reservas mínimas por el Banco Central Europeo⁵⁶, y por el Reglamento 1745/2003 del Banco Central Europeo, relativo a la aplicación de las reservas mínimas⁵⁷.

Las entidades de crédito están obligadas a mantener en el BCE depósitos por el equivalente al 1% de una parte sus pasivos por depósitos de clientes y valores distintos de acciones, generalmente a plazos inferiores a dos años que, en conjunto, forman lo que se denomina base de reservas. El cómputo se realiza en función del saldo medio decenal, lo que permite a las entidades prestar o tomar prestado los saldos, incluso del propio BCE, en función de sus necesidades de cumplimiento del coeficiente y lo convierte en un instrumento adecuado de política monetaria, en la medida en que

⁵⁵ El Decreto-ley 56/1962, de 6 de diciembre, sobre carteras y coeficientes de los Bancos privados, en desarrollo de la Ley sobre Bases para la Ordenación del Crédito y la Banca de 1962, autorizó al Ministro de Hacienda *“para imponer a todos los Bancos y banqueros españoles, incluso al Exterior de España, el mantenimiento de los siguientes coeficientes respecto de los depósitos o imposiciones en cuenta corriente o de ahorro, a la vista o a plazo: A) Coeficiente de caja en el que se computará la caja más el saldo de la cuenta corriente en el Banco de España y el crédito disponible en éste”*.

⁵⁶ Reglamento (CE) n° 2531/98 del Consejo de 23 de noviembre de 1998 relativo a la aplicación de las reservas mínimas por el Banco Central Europeo (DO de 27.11.1998).

⁵⁷ Reglamento (CE) n° 1745/2003 del Banco Central Europeo, de 12 de septiembre de 2003, relativo a la aplicación de las reservas mínimas (BCE/2003/9) (DO de 2.10.2003).

contribuye a la estabilización de los tipos de interés del mercado monetario, y permite al BCE crear o a ampliar un déficit estructural de liquidez⁵⁸.

El incumplimiento total o parcial de las exigencias de reservas mínimas habilita al BCE, de conformidad con el Reglamento 2531/98, para imponer sanciones a la entidad incumplidora; sanciones que podrán consistir en la exigencia de constituir un depósito no remunerado en el BCE o en el correspondiente banco central nacional, o en el pago de un porcentaje (referenciado al tipo de interés) aplicado a las reservas mínimas que dicha entidad no haya podido aportar. Además, en el caso de infracciones graves en el cumplimiento de las exigencias de reservas mínimas, el Eurosistema podrá suspender el acceso de las entidades a las operaciones de mercado abierto.

IV. EL MERCADO INTERBANCARIO DE DEPÓSITOS

Uno de los grandes problemas que han de afrontar las entidades de crédito es la gestión de la liquidez. Ya hemos hecho referencia a la necesidad de contar con recursos líquidos o fácilmente disponibles para atender las necesidades de sus depositantes y a la obligación legal de contar con un volumen mínimo de saldos inmovilizados en el banco central, el coeficiente de caja, cuyo cumplimiento no obstante no ha de ser diario sino en media decenal.

Como quiera que no es posible prever con exactitud las necesidades de liquidez, sometidas a una considerable volatilidad en el corto plazo, y que la rentabilidad es una función inversa de la liquidez, el mercado interbancario de depósitos cumple una doble función: permite a las entidades reducir al mínimo previsible sus excesos de liquidez inmovilizada en caja (no rentables) y, a la vez, disponer de una fuente donde obtener recursos de forma rápida en caso de necesidad. De ahí la importancia de contar con un mercado interbancario suficientemente seguro, profundo y eficiente.

⁵⁸ Orientación del Banco Central Europeo de 20 de septiembre de 2011 sobre los instrumentos y procedimientos de la política monetaria del Eurosistema (refundición) (BCE/2011/14) (2011/817/UE). (DO 331 de 14/12/2011).

En la actualidad el mercado interbancario es un mercado no organizado que presenta, básicamente, dos modalidades: el mercado interbancario de depósitos no transferibles sin colateral, es decir, en el que las transacciones se realizan con la mera garantía personal del prestatario, y el mercado de operaciones con garantía de títulos, generalmente de deuda pública, conocidas como operaciones *repo*⁵⁹.

El grueso de las operaciones lo son a plazos muy cortos, mayoritariamente a un día, e incluso hay operaciones *overnight* (aprovechando la diferencia horaria de los principales mercados mundiales). En Europa las operaciones se liquidan a través del sistema TARGET⁶⁰, el sistema europeo de grandes pagos en euros con liquidación bruta en tiempo real, al que está vinculado el Servicio de Liquidación de Depósitos Interbancarios del Banco de España⁶¹, que se encarga del registro y de la liquidación de las operaciones del mercado interbancario de depósitos negociadas entre las entidades de crédito que, atendiendo a su solvencia y capacidad jurídica y técnica, sean admitidas como miembros del mismo.

V. LA “VENTANILLA DE REDESCUENTO”

El término “ventanilla de redescuento” es una expresión en desuso que hace referencia a lo que en el pasado constituyó el principal instrumento que el Banco de España ponía a disposición de las entidades de crédito para la obtención de liquidez. Ante necesidades puntuales de liquidez, las entidades “redescontaban” en el Banco de España efectos (letras de cambio) comerciales (o financieros) que reuniesen

⁵⁹ De *repurchase agreement*. Las operaciones habitualmente se instrumentan con una operación de venta al contado de los títulos y un compromiso de recompra, a un mayor precio, de esos mismos títulos en una fecha futura. La diferencia de precios es la remuneración de la operación para el prestamista.

Obsérvese, no obstante, que el mercado de repos entre entidades puede considerarse tanto un mercado de préstamos de dinero con garantía de valores como un mercado de préstamo de valores.

⁶⁰ *Trans-European Automated Real-time Gross Settlement Express Transfer System*.

⁶¹ Resolución de 25 de enero de 2008, de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, de aprobación de las cláusulas generales aplicables al Servicio de Liquidación de Depósitos Interbancarios (BOE de 13 de febrero).

CAPÍTULO SEGUNDO LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

determinadas características en cuanto a calidad y plazo y que, previamente, éstas habían descontado a sus clientes.⁶²

La finalidad de este instrumento u otros similares, básicamente financiación con algún tipo de garantía real, consiste en disponer de algún mecanismo mediante el cual las entidades de crédito tengan asegurada una fuente inmediata de liquidez, de manera recurrente y alternativa al mercado. En el apartado anterior decíamos que la existencia de un mercado interbancario ágil, seguro y profundo era una condición necesaria para el correcto funcionamiento del sistema, por cuanto permite a las entidades de crédito ajustar los excesos y defectos de liquidez consustanciales a la transformación de plazos. Como quiera que no siempre será posible encontrar contrapartida en el mercado, especialmente en situaciones de tensión, es preciso establecer algún mecanismo mediante el cual sea el banco central, bajo determinadas condiciones, el que provea de recursos al sistema.

Por otra parte, la existencia de un déficit estructural de liquidez en el sistema bancario convierte a este mecanismo en el principal instrumento de política monetaria a disposición del banco central, en la medida en que, ya sea alterando las cantidades, ya sea modificando los tipos de interés a los que presta o toma prestado, incide en los tipos de interés de mercado a corto plazo⁶³.

⁶² El instrumento no tenía nada de original:

“In Bagehot’s time, the money market operated almost entirely through the discount of bills of exchange. If the bill was “good” in the sense that the initial drawer of the bill would certainly pay on maturity, a central bank that rediscounted the bill would be repaid in due course, whatever happened to the (bank) intermediary from which it had rediscounted in the meantime... Such discounting of bills was simultaneously the standard way in Bagehot’s time both for injecting cash into the market as a hole and for lending to individual Banks”.*

C.A.E. GOODHART, “Myths about the Lender of Last Resort”, *International Finance* 2:3, 1999.

*Se refiere a Walter Bagehot, autor del clásico *Lombard Street*, de 1873.

⁶³ Las entidades no estarán dispuestas a prestar en el mercado a tipos inferiores (ni tomarán prestado a tipos superiores) a los que en cada momento pueden prestar al (o tomar prestado del) banco central. Alterando los tipos de interés a los que presta o toma prestado, el banco central determina los tipos de interés de mercado.

En la Unión Europea, el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales de los Estados miembros constituyen el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC), entre cuyas funciones, de acuerdo con el artículo 127.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se encuentra la de definir y ejecutar la política monetaria de la Unión.

Tras la adopción del euro como moneda común de, inicialmente, 12 Estados miembros, el Eurosistema, es decir, el conjunto formado en este caso por el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales de los Estados que tienen por moneda el euro, pasó a ser el encargado de la gestión de la política monetaria de la zona euro.

Para llevar a cabo este cometido, además de la exigencia de cumplimiento por las entidades de un coeficiente de reservas mínimas, al que hemos hecho referencia en un apartado anterior, el Eurosistema dispone de otros mecanismos, a los que tienen acceso la totalidad de las entidades de crédito de la zona euro, que permiten a éstas tomar prestado sus necesidades de liquidez y financiación y depositar sus excesos de liquidez: las operaciones de mercado abierto y las facilidades permanentes⁶⁴.

Las operaciones de mercado abierto permiten al BCE controlar los tipos de interés, gestionar la situación de liquidez del mercado y orientar la política monetaria. Presentan cuatro modalidades:

- Operaciones principales de financiación, consistentes en operaciones temporales de inyección de liquidez de carácter regular, periodicidad semanal y vencimiento a una semana ejecutadas por los bancos centrales nacionales mediante un procedimiento de subasta. Son la principal fuente de financiación del sistema crediticio dentro del marco del Eurosistema.
- Operaciones de financiación a plazo más largo, también operaciones temporales de inyección de liquidez pero de periodicidad mensual y vencimiento a tres meses. Su objetivo es proporcionar financiación adicional a plazo más largo a las entidades de crédito.

⁶⁴ BANCO CENTRAL EUROPEO. La aplicación de la política monetaria en la zona del euro. Documentación general sobre los instrumentos y los procedimientos de la política monetaria del Eurosistema. Aplicable desde el 1 de enero de 2012. Diciembre 2011.

CAPÍTULO SEGUNDO LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

- Operaciones de ajuste, que se ejecutan de forma *ad hoc* para gestionar la situación de liquidez del mercado y suavizar los efectos que las fluctuaciones inesperadas de liquidez en el mercado causan sobre los tipos de interés. Los bancos centrales nacionales realizan normalmente estas operaciones mediante subastas rápidas o procedimientos bilaterales.
- Operaciones estructurales, que se llevan a cabo cuando se desea ajustar la posición estructural del Eurosistema frente al sector financiero.

Las facilidades permanentes por su parte tienen por objeto proporcionar o absorber liquidez y controlar los tipos de interés del mercado a un día. Las entidades de crédito pueden recurrir por iniciativa propia a dos tipos de facilidades permanentes:

- La facilidad marginal de crédito, que permite a las entidades obtener liquidez, normalmente sin límite, a un día de los bancos centrales nacionales contra activos de garantía, siempre que éstos sean suficientes.
- La facilidad de depósito, que permite a las entidades realizar depósitos, también sin límite, a un día en los bancos centrales nacionales.

Los tipos de interés de la facilidad marginal de crédito y de la facilidad de depósito constituyen normalmente un límite superior e inferior, respectivamente, para el tipo de interés de mercado a un día.

LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN Y GESTIÓN DE CRISIS BANCARIAS

Operaciones de política monetaria del Eurosistema

Operaciones de política monetaria	Tipo de operación		Vencimiento	Periodicidad	Procedimiento
	Inyección de liquidez	Absorción de liquidez			

Operaciones de mercado abierto

Operaciones principales de financiación	Operaciones temporales	—	Una semana	Semanal	Subastas estándar
Operaciones de financiación a plazo más largo	Operaciones temporales	—	Tres meses	Mensual	Subastas estándar
Operaciones de ajuste	Operaciones temporales Swaps de divisas	Operaciones temporales Depósitos a plazo fijo Swaps de divisas	Sin normalizar	No periódica	Subastas rápidas Procedimientos bilaterales

Operaciones de política monetaria	Tipo de operación		Vencimiento	Periodicidad	Procedimiento
	Inyección de liquidez	Absorción de liquidez			
Operaciones estructurales	Operaciones temporales	Emisión de certificados de deuda del BCE	Normalizado/sin normalizar	Periódica/no periódica	Subastas estándar
	Compras simples	Ventas simples	—	No periódica	Procedimientos bilaterales

Facilidades permanentes

Facilidad marginal de crédito	Operaciones temporales	—	Un día	Acceso a discreción de las entidades de contrapartida
Facilidad de depósito	—	Depósitos	Un día	Acceso a discreción de las entidades de contrapartida

VI. EL PRESTAMISTA DE ÚLTIMA INSTANCIA

Cuando, a pesar de los mecanismos disponibles, una entidad de crédito con problemas temporales de liquidez no puede obtenerla en el mercado o participando en las operaciones de mercado abierto y las facilidades permanentes antes descritas, los bancos centrales se constituyen en el prestamista de última instancia, es decir, aquel al que acudir para evitar que una entidad se vea abocada a suspender los pagos a sus depositantes y acreedores en general, no por problemas de solvencia, sino de carencia momentánea de liquidez.

En el SEBC, el instrumento previsto para estos casos es la llamada provisión urgente de liquidez (ELA, *emergency liquidity assistance*). Por provisión urgente de liquidez se entiende la provisión de dinero efectuada por un banco central nacional a una institución financiera solvente, o a un grupo de instituciones financieras solventes, que esté atravesando problemas de liquidez temporales⁶⁵, sin que estas operaciones se encuadren en el marco de la política monetaria antes descrito⁶⁶.

Se trata de un mecanismo excepcional y temporal, limitado a circunstancias extraordinarias, que, en todo caso, debe respetar la prohibición de financiación monetaria establecida en artículo 123 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

A diferencia de las operaciones de política monetaria, que están abiertas a la totalidad de entidades de crédito de la Unión, siempre que cumplan las condiciones previstas en cada caso, la provisión urgente de liquidez se configura como una potestad discrecional del banco central, es decir, las entidades de crédito no disponen de un derecho de acceso automático a la liquidez proporcionada por el banco central a través

⁶⁵ Sobre la dificultad, si no la imposibilidad, del banco central para diferenciar los problemas de liquidez de los de solvencia, véase C.A.E. GOODHART, “Myths about the Lender of Last Resort”, *International Finance* 2:3, 1999.

⁶⁶ BANCO CENTRAL EUROPEO. 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).

https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/201402_elaprocedures.es.pdf?c18f465f3fb9839fa55429d26fe26463

de este procedimiento. Se pretende con ello evitar el riesgo (*moral hazard*) que se derivaría de que las entidades actuasen como si la provisión de liquidez fuese incondicional e ilimitada.

El banco central la concederá solo si se trata de una entidad solvente, aporta garantías (colateral) adecuadas, en ausencia de otras alternativas factibles (última instancia) y tomando en consideración los efectos sistémicos que la iliquidez de la entidad podría acarrear⁶⁷. Idea conocida como “*Bagehot’s dictum*” al haber sido formulada por primera vez por Walter Bagehot⁶⁸ en 1873.

En el Eurosistema, a pesar de que la provisión urgente de liquidez se realiza por cuenta y riesgo exclusivamente del banco central nacional que la otorga (y no del BCE o del Eurosistema), se asigna al Consejo de Gobierno del BCE la competencia para limitar las operaciones de ELA si considera que interfieren en los objetivos y tareas del Eurosistema. El Consejo de Gobierno adopta estas decisiones por mayoría de dos tercios de los votos emitidos (artículo 14.4 de los Estatutos del SEBC).

Para ello, el banco central nacional debe comunicar al BCE los detalles de las operaciones de ELA, incluyendo, entre otros aspectos, las razones específicas por las que la ELA haya sido otorgada, la evaluación del supervisor prudencial acerca de la posición de liquidez y de la solvencia de la entidad receptora de la ELA, con los criterios empleados para llegar a una conclusión positiva en relación con la solvencia y, cuando se estime necesario, una evaluación de las dimensiones transfronterizas y/o de las posibles consecuencias sistémicas de la situación que hace necesaria la prestación de ELA.

⁶⁷ BANCO CENTRAL EUROPEO. “Mecanismos de la UE para la gestión de crisis financieras”. Boletín Mensual. Febrero 2007.

⁶⁸ W. BAGEHOT, *Lombart Street: una descripción del mercado del dinero*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

VII. LOS SISTEMAS DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS

1. Los sistemas de garantía de depósitos

Ya hicimos referencia a la estabilidad de los saldos captados de los depositantes, a la vista o a corto plazo, como condición necesaria para que las entidades de crédito puedan realizar la transformación de plazos y suministrar financiación a la economía en forma de crédito con vencimiento a más largo plazo. A mayor volatilidad de los saldos, mayor es el volumen de reservas en metálico que deben acumular los bancos para atender la demanda de sus depositantes y, por tanto, menor la cantidad disponible para conceder crédito.

La estabilidad en los saldos acreedores de los bancos es función directa de la confianza de los depositantes en la capacidad de las entidades para hacer frente a los reembolsos. La mera posibilidad de que un banco pudiese tener dificultades para atender las disposiciones de sus saldos por los depositantes podría originar una retirada masiva de fondos, lo que se conoce como una corrida (*run*) de depósitos, y sus efectos contagiarse a otras entidades por la mera sospecha de dificultades, dando lugar a un problema de dimensiones sistémicas (pánico bancario).

Esta idea de preservar la confianza de los depositantes estableciendo un mecanismo de seguro de sus saldos, si no de la totalidad, sí al menos hasta un cierto importe mínimo, es la que está detrás de la creación de los sistemas de garantía de depósitos desde la inicial constitución en 1933 en Estados Unidos de la Corporación Federal de Seguros de Depósitos (FDIC, *Federal Deposits Insurance Corporation*) surgida de la experiencia de la depresión originada con el crac de 1929. Idea que, además, resulta coherente con la apreciación de la dificultad, si no de la imposibilidad, de la clientela minorista para valorar la solvencia de las entidades a las que confían sus depósitos.

El camino recorrido hasta la situación actual a la que nos referiremos en los apartados siguientes no ha estado exento de controversias, referidas, fundamentalmente, a cuatro aspectos:

- La existencia misma de un sistema de garantías, por los riesgos de “*moral hazard*” que comporta, en el sentido de que, supuestamente, favorece la

adopción de actitudes irresponsables por parte de entidades y depositantes, sabedores de la cobertura aportada por el sistema de garantías.

- Si el sistema de garantía se materializa en un fondo predotado (*ex ante*) con recursos recaudados de manera recurrente de las entidades de crédito aseguradas o se establece mediante un sistema de recaudación *ex post* para atender los costes originados en cada caso
- El alcance de las atribuciones del sistema en cuanto a la supervisión de las entidades aseguradas, pleno en el caso de la FDIC (que es una autoridad supervisora más) o inexistente en la mayoría de los demás países (como es el caso del FGDEC español)
- Las posibilidades de actuación del sistema, y de utilización de sus recursos financieros, como mecanismo de prevención de crisis de entidades en dificultades, y no solo como mero pagador (*pay-box*) de los depósitos en el caso de que tal crisis derive en su impago por la entidad depositaria.

Tras la reciente crisis se ha alcanzado un elevado grado de consenso, tanto a nivel internacional, consenso que ha quedado recogido en el estándar internacional al que dedicamos el siguiente apartado, como más concretamente en el ámbito de la Unión Europea, si bien no ha sido posible alcanzar un acuerdo en torno a la idea, inicialmente sugerida en el marco de la Unión Bancaria, de constituir un sistema único europeo de garantía de depósitos.

2. El estándar internacional

En la actualidad la existencia de sistemas de garantía de depósitos, bajo distintas modalidades, es una práctica generalizada en la gran mayoría de países desarrollados y en buen número de países en desarrollo. La existencia de la garantía de los depósitos se justifica por la necesidad de preservar la confianza de los depositantes y proteger a los pequeños ahorradores. La forma generalmente aceptada para limitar la protección a tan solo los ahorradores minoristas es la de definir de manera precisa el colectivo asegurado, dejando fuera a determinados depósitos y depositantes que, por razón de su naturaleza, personalidad o procedencia, no requieren de protección o deben ser

excluidos de ella, y otorgar la garantía máxima por depositante hasta una cuantía no muy elevada.

Estos y otros elementos básicos, precisos para establecer sistemas de garantía de depósitos que resulten efectivos, han sido recogidos en forma de estándar internacional por el Comité de Basilea y el IADI⁶⁹, dando lugar a los *Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems*⁷⁰, cuyas ideas esenciales se resumen en las siguientes:

- El principal objetivo de los sistemas de garantía de depósitos es contribuir a la estabilidad del sistema financiero y proteger a los depositantes.
- El sistema de garantía debe tener independencia operativa, ser transparente y responsable y estar protegido de influencias indebidas, tanto políticas como de la industria.
- La pertenencia a un sistema de garantía de depósitos debe ser obligatoria para todas aquellas entidades que acepten depósitos del público
- La definición de depósitos asegurable debe estar claramente definida en la legislación del país.
- El nivel de cobertura debe limitarse para ser creíble, debe ser fácilmente determinable, que cubra adecuadamente a la gran mayoría de depositantes y evitar la protección ilimitada (*blanket guarantee*⁷¹).

⁶⁹ IADI (*International Association of Deposit Insurers*) es una organización internacional sin ánimo de lucro (*non-profit organization constituted under Swiss Law*) domiciliada en el Banco Internacional de Pagos de Basilea (BIS). Se creó en mayo de 2002 con la finalidad de mejorar la efectividad de los sistemas de garantía de depósitos, proporcionando asesoramiento y fomentando la cooperación internacional.

En la actualidad 79 sistemas de garantía de depósitos de 76 países distintos son miembros de la Asociación. España (el FGDEC) no es miembro de IADI.

<http://www.iadi.org/>

⁷⁰ International Association of Deposit Insurers (IADI). *Core Principles for Effective Deposits Insurance Systems*. November 2014

<http://www.iadi.org/docs/cprevised2014nov.pdf>

⁷¹ “*Blanket guarantee*” is defined as a declaration by authorities, that in addition to the protection provided by limited coverage deposit insurance or other arrangements, certain deposits and perhaps other financial instruments will be protected.

- El sistema debe asegurar el rápido reembolso a los depositantes de sus fondos asegurados y tener disponibles todos los mecanismos de financiación necesarios para ello.
- El sistema de garantía debe formar parte de la red de seguridad⁷² del sistema financiero que permita la detección en fases tempranas y la intervención o resolución en el momento oportuno de bancos en dificultades.

International Association of Deposit Insurers (IADI).

November 2014

Core Principles for Effective Deposits Insurance Systems.

- **Principle 1.- Public policy objectives**

The principal public policy objectives for deposit insurance systems are to protect depositors and contribute to financial stability. These objectives should be formally specified and publicly disclosed. The design of the deposit insurance system should reflect the system's public policy objectives

- **Principle 2.- Mandate and powers**

The mandate and powers of the deposit insurer should support the public policy objectives and be clearly defined and formally specified in legislation.

- **Principle 3.- Governance**

The deposit insurer should be operationally independent, well-governed, transparent, accountable, and insulated from external interference.

- **Principle 4.- Relationships with other safety-net participants**

In order to protect depositors and contribute to financial stability, there should be a formal and comprehensive framework in place for the close coordination of activities and information sharing, on an ongoing basis, between the deposit insurer and other financial safety-net participants

- **Principle 5.- Cross-border issues**

Where there is a material presence of foreign banks in a jurisdiction, formal information sharing and coordination arrangements should be in place among deposit insurers in relevant jurisdictions.

⁷² "Financial safety-net" is defined to include the functions of prudential regulation, supervision, resolution, lender of last resort and deposit insurance. In many jurisdictions, a department of government (generally a Ministry of Finance or Treasury responsible for financial sector policy) is included in the financial safety-net.

Principle 6.- Deposit insurer's role in contingency planning and crisis management

The deposit insurer should have in place effective contingency planning and crisis management policies and procedures, to ensure that it is able to effectively respond to the risk of, and actual, bank failures and other events. The development of system-wide crisis preparedness strategies and management policies should be the joint responsibility of all safety-net participants. The deposit insurer should be a member of any institutional framework for ongoing communication and coordination involving financial safety-net participants related to system-wide crisis preparedness and management.

Principle 7.- Membership

Membership in a deposit insurance system should be compulsory for all banks.

Principle 8.- Coverage

Policymakers should define clearly the level and scope of deposit coverage. Coverage should be limited, credible and cover the large majority of depositors but leave a substantial amount of deposits exposed to market discipline. Deposit insurance coverage should be consistent with the deposit insurance system's public policy objectives and related design features

Principle 9.- Sources and uses of funds

The deposit insurer should have readily available funds and all funding mechanisms necessary to ensure prompt reimbursement of depositors' claims, including assured liquidity funding arrangements. Responsibility for paying the cost of deposit insurance should be borne by banks

Principle 10.- Public awareness

In order to protect depositors and contribute to financial stability, it is essential that the public be informed on an ongoing basis about the benefits and limitations of the deposit insurance system

Principle 11.- Legal protection

The deposit insurer and individuals working both currently and formerly for the deposit insurer in the discharge of its mandate must be protected from liability arising from actions, claims, lawsuits or other proceedings for their decisions, actions or omissions taken in good faith in the normal course of their duties. Legal protection should be defined in legislation.

Principle 12.- Dealing with parties at fault in a bank failure

The deposit insurer, or other relevant authority, should be provided with the power to seek legal redress against those parties at fault in a bank failure.

Principle 13.- Early detection and timely intervention

The deposit insurer should be part of a framework within the financial safety-net that provides for the early detection of, and timely intervention in, troubled banks. The framework should provide for intervention before the bank becomes non-viable. Such actions should protect depositors and contribute to financial stability.

- **Principle 14.- Failure resolution**

An effective failure resolution regime should enable the deposit insurer to provide for protection of depositors and contribute to financial stability. The legal framework should include a special resolution regime

- **Principle 15.- Reimbursing depositors**

The deposit insurance system should reimburse depositors' insured funds promptly, in order to contribute to financial stability. There should be a clear and unequivocal trigger for insured depositor reimbursement.

- **Principle 16.- Recoveries**

The deposit insurer should have, by law, the right to recover its claims in accordance with the statutory creditor hierarchy.

3. La garantía de los depósitos en la Unión Europea

En la Unión Europea, entonces Comunidad Económica Europea, a la altura de 1986 tan solo seis países disponían de sistemas de garantía de depósitos⁷³, lo que dio pie a una Recomendación de la Comisión⁷⁴ instando a los Estados miembros a tomar las medidas oportunas para que, en caso de no disponer de ellos, elaborasen los correspondientes proyectos, de forma que estos sistemas de garantía entrasen en vigor a más tardar el 1 de enero de 1990.

Téngase en cuenta que, en aquel momento, se estaba muy lejos de alcanzar un consenso internacional sobre la existencia de sistemas de garantía de depósitos (países como por ejemplo Australia eran contrarios), sobre su financiación y sobre su administración y funciones. Así, mientras que en Estados Unidos la Corporación Federal de Seguros de Depósitos (FDIC, *Federal Deposits Insurance Corporation*) creado en 1933, disponía de un fondo cuantioso constituido con aportaciones de las entidades y supervisaba directamente a más de 5.000 bancos asegurados (con más de 4.000 empleados); en el extremo opuesto el sistema de garantía de depósitos en el Reino Unido estaba integrado en el Banco de Inglaterra, no exigía aportaciones *ex ante* a las

⁷³ Bélgica, Alemania, España, Francia, Países Bajos y Reino Unido

⁷⁴ Recomendación de la Comisión de 22 de diciembre de 1986 relativo al establecimiento de sistemas de garantía de depósitos en la Comunidad (87/63/CEE) (DO de 4.2.87).

CAPÍTULO SEGUNDO LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

entidades y no disponía de fondo alguno⁷⁵. En España, como consecuencia directa de la crisis bancaria iniciada en 1974, se habían creado los Fondos de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorros y en Establecimiento Bancarios en 1977⁷⁶, inicialmente sin personalidad jurídica⁷⁷, y en Cooperativas de Crédito⁷⁸ en 1982.

Pocos años después, la Directiva 94/19⁷⁹ acometió, bajo el principio de armonización mínima, la de los sistemas de garantía de depósitos en la Comunidad, justificada en la necesidad de suprimir las restricciones de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios y de reforzar la estabilidad del sistema bancario y la protección de los ahorradores. Se entendió entonces que *“para las entidades de crédito, el coste de participación en un sistema de garantía no es en absoluto comparable al que ocasionaría una retirada masiva de los depósitos bancarios, no sólo de una entidad en dificultades sino también de entidades sanas, a raíz de una pérdida de confianza de los depositantes en la solidez del sistema bancario”*.

Partiendo de la idea de que *“la protección de los depósitos es tan esencial como las normas prudenciales para la plena realización del mercado único bancario”*, la Directiva estableció los principios que han guiado la garantía de los depósitos bancarios en la Unión Europea hasta la actualidad:

⁷⁵ *“... el Programa de Protección de Depósitos existía solo de manera virtual, excepto por un comité constituido por un par de banqueros comerciales. Contaba con medio funcionario y con una pequeña porción de una secretaria”*. J. DAVIES and D. GREEN, *Regulación financiera mundial*, Paidós, Barcelona, 2009, pág. 66.

⁷⁶ Reales Decretos 3047/1977, de 11 de noviembre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de ahorros y 3048/1977, de 11 de noviembre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios (BOE de 26).

⁷⁷ Real Decreto-ley 4/1980, de 28 de marzo, por el que se dota de personalidad jurídica al Fondo de Garantía de Depósitos y otras medidas complementarias (BOE de 31), referido exclusivamente al Fondo en establecimientos bancarios.

⁷⁸ Real Decreto-Ley 18/1982, de 24 de septiembre. Fondos de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito (BOE de 1 de octubre), que, además, dotó a ambos Fondos de personalidad jurídica.

⁷⁹ Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 1994 relativa a los sistemas de garantía de depósitos (DO de 31.5.1994).

- Principio general de que ninguna de las entidades de crédito autorizada en un Estado miembro podrá recibir depósitos a menos que sea miembro de un sistema de garantía de depósitos o mecanismo equivalente.
- Nivel mínimo armonizado de garantía de depósitos para todos los Estados miembros, independientemente del lugar de la Unión en que estén ubicados los depósitos;
- Alcance del importe de la garantía por depositante y no por depósito;
- Todas las sucursales creadas en el territorio de la Unión por una misma entidad de crédito deben estar cubiertas por un único sistema de garantía, que no puede ser sino el del Estado de su domicilio social, debido, en particular, a la relación existente entre la pertenencia a un sistema de garantía de depósitos y la supervisión de la sucursal, respecto de la cual el control de su solvencia es efectuado por las autoridades competentes del Estado miembro de origen;
- Principio de no exportación de condiciones más favorables, es decir, que la cobertura que ofrezca el sistema de un Estado a los depositantes de las sucursales situadas en otro Estado miembro no supere el nivel máximo ofrecido por el del Estado miembro de acogida, de forma que la cobertura ofrecida por los sistemas de garantía no se convierta en un instrumento competitivo;
- Autorización para la adhesión de las sucursales al sistema del país de acogida a fin de que puedan ofrecer a sus depositantes las mismas garantías que ofrezca el sistema de país donde estén establecidas, en evitación de que las diferencias de indemnización en un mismo territorio den lugar a condiciones desiguales de competencia entre las entidades nacionales y las sucursales de entidades de otros Estados miembros;
- Principio de inmediatez: los sistemas de garantía de depósitos deben actuar en cuanto se produzca la indisponibilidad de depósitos.

La Directiva dejó libertad a los Estados miembros para establecer: el tratamiento de las sucursales de terceros países instaladas en su territorio (que no gozan del derecho a la libertad de establecimiento en el resto de Estados miembros); la posibilidad de excluir de cobertura determinadas categorías de depósitos o de depositantes enumerados específicamente, si entienden que no necesitan ninguna protección especial; y la

posibilidad de acordar un reembolso incompleto (una especie de franquicia)⁸⁰ de los depósitos, si bien de alcance limitado para los depósitos inferiores al mínimo armonizado; y, en fin, rehusó armonizar los métodos de financiación de los sistemas de garantía (en unos casos financiados con fondos constituidos mediante aportaciones *ex ante* de las entidades y, en otros, tan solo con contribuciones recaudadas *ex post*) y sus posibilidades de actuación como mecanismo de prevención de crisis de entidades en dificultades; y dio por válida la coexistencia de sistemas públicos y privados en el seno de la Unión (como es el caso de Alemania).

En 2009, ya instalada la crisis en la Unión Europea, la Directiva 2009/14⁸¹ elevó el nivel mínimo de cobertura a 50.000 euros, e instó a los Estados miembros a que, a más tardar el 31 diciembre de 2010, garantizaran que la cobertura de los depósitos agregados de cada depositante fuese de 100.000 euros para el caso de que los depósitos no estén disponibles, cifra entendida no ya como una cuantía mínima sino como un nivel uniforme para el conjunto de la Unión. El plazo de reembolso por su parte se redujo a un máximo de 20 días hábiles, por cuanto se entendió que el plazo de tres meses permitido hasta entonces *va en contra de la necesidad de mantener la confianza de los depositantes y no satisface las necesidades de los mismos*.

4. La Directiva 2014/49 sobre sistemas de garantía de los depósitos

La regulación actual de los sistemas de garantía de depósitos en la Unión, que se encuentra recogida en la Directiva 2014/49⁸², parte del principio de que cada Estado miembro velará por la implantación y el reconocimiento oficial en su territorio de uno o más sistemas de garantía de depósitos y de que ninguna entidad de crédito recibirá depósitos a no ser que sea miembro de un sistema oficialmente reconocido en su Estado miembro de origen.

⁸⁰ Con anterioridad a la crisis de Northern Rock, el sistema de garantía británico aseguraba el 100% de las primeras 2.000 libras y el 90% de 33.000 libras más.

⁸¹ Directiva 2009/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2009 por la que se modifica la Directiva 94/19/CE relativa a los sistemas de garantía de depósitos, en lo que respecta al nivel de cobertura y al plazo de pago (DO de 13 de marzo).

⁸² 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) (DO de 12 de junio).

A los efectos de su cobertura por un sistema de garantía, la Directiva define “depósito” como:

cualquier saldo acreedor que proceda de fondos que se hayan mantenido en cuenta o de situaciones transitorias generadas por operaciones bancarias normales y que una entidad de crédito tenga obligación de restituir en las condiciones legales y contractuales aplicables, inclusive los depósitos a plazo fijo y los depósitos de ahorro, pero excluido el saldo acreedor cuando concurra alguna de las condiciones siguientes:

- a) su existencia solo pueda probarse mediante un instrumento financiero...⁸³,*
- b) si el principal no es reembolsable por su valor nominal,*
- c) si el principal solo es reembolsable por su valor nominal con una garantía o acuerdo especial de la entidad de crédito o de un tercero;*

Se definen como “depósitos admisibles” (*eligible deposits*) aquellos incluidos en el ámbito de la protección del sistema de garantía y como “depósitos con cobertura” (*covered deposits*) o “depósitos garantizados” a la parte de los depósitos admisibles que no supere el nivel de cobertura establecido. En todo caso, las entidades de crédito deben señalar los depósitos admisibles de forma que sea posible una identificación inmediata de los mismos.

Atendiendo a su titularidad, quedan excluidos de la garantía de los sistemas de garantía de depósitos (depósitos no admisibles):

- los depósitos realizados en general por entes financieros (entidades de crédito, entidades financieras, empresas de inversión, empresas de seguros y de reaseguros, organismos de inversión colectiva, fondos de pensiones o jubilación)
- los depósitos realizados por administraciones públicas;
- los depósitos derivados de operaciones en relación con las cuales haya habido una condena penal por blanqueo de capitales y aquellos cuyo titular no haya sido identificado, conforme a lo dispuesto la Directiva 2005/60 relativa a la

⁸³ ... tal como se define en el artículo 4, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a no ser que se trate de un producto de ahorro representado por un certificado de depósito emitido a nombre de una determinada persona y que exista en un Estado miembro a fecha de 2 de julio de 2014.

prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, en el momento en que los depósitos dejan de estar disponibles.

No obstante, los Estados miembros podrán incluir entre los depósitos admisibles los mantenidos por regímenes de pensión personales o profesionales de pequeñas y medianas empresas y por autoridades locales que cuenten con un presupuesto anual de hasta 500 000 EUR.

Quedan asimismo expresamente excluidos de garantía los fondos propios, los títulos de deuda emitidos y las obligaciones derivadas de aceptaciones propias y pagarés⁸⁴.

El nivel de cobertura queda fijado, para el conjunto de Estados miembros, hasta 100.000 euros por depositante sobre el total de los depósitos agregados en una misma entidad de crédito, con independencia del número de depósitos, la moneda y la localización en la Unión, y, excepcionalmente, por encima de ese importe, durante un periodo limitado de tiempo (hasta doce meses), para:

- a) los depósitos procedentes de transacciones con bienes inmuebles de naturaleza residencial y carácter privado;
- b) los depósitos que cumplan una función social establecida en la normativa nacional y ligados a determinadas circunstancias de la vida del depositante tales como el matrimonio, el divorcio, la jubilación, el despido, la invalidez o el fallecimiento;
- c) los depósitos que cumplan una función establecida en la normativa nacional y estén basados en el pago de prestaciones de seguros o en la indemnización por perjuicios que sean consecuencia de un delito o de un error judicial.

El sistema de garantía asume el compromiso de hacer frente al pago de los importes garantizados, en un plazo no superior a siete días laborables⁸⁵, cuando, por razones

⁸⁴ Previsión de la Directiva un tanto redundante por cuanto, por razones obvias, estos instrumentos no responden a la definición de depósito realizada por la propia Directiva.

⁸⁵ Al final de un periodo transitorio hasta el 31 de diciembre de 2023 de progresiva reducción del plazo; no obstante:

Durante el período transitorio hasta el 31 de diciembre de 2023, cuando el SGD [sistema de garantía de depósitos] no pueda restituir el importe reembolsable en un plazo de siete días laborables, garantizará

directamente relacionadas con la situación financiera de la entidad de crédito depositaria, los depósitos se encuentran en situación de no disponibles, ya sea porque una autoridad administrativa así lo determine cuando la entidad de crédito se encuentra en la imposibilidad de restituir los depósitos y no parece tener perspectivas de poder hacerlo, ya sea porque una autoridad judicial haya adoptado una decisión que tenga el efecto de suspender el derecho de los depositantes de reclamar contra dicha entidad. Las autoridades administrativas deben formular dicha determinación lo antes posible y en cualquier caso a más tardar cinco días hábiles después de haber comprobado por primera vez que una entidad de crédito no ha logrado reembolsar depósitos vencidos y exigibles.

Los recursos financieros a disposición del sistema de garantía se utilizarán principalmente para el reembolso a los depositantes, así como con el fin de financiar la resolución de entidades de crédito. No obstante, la Directiva prevé igualmente la posibilidad de utilización de los recursos financieros disponibles para medidas alternativas con el fin de impedir la quiebra de una entidad de crédito, siempre que no se haya emprendido ninguna acción de resolución, los costes de tales medidas no superen los que supondría el reembolso de los depósitos, su uso esté condicionado al cumplimiento por la entidad de determinadas condiciones y a la asunción de determinados compromisos y las entidades afiliadas cuenten con la capacidad suficiente para satisfacer, en su caso, las aportaciones extraordinarias necesarias.

Idéntica posibilidad de utilización del sistema se prevé en el contexto de procedimientos nacionales de insolvencia, para financiar medidas con el fin de preservar el acceso de los depositantes a los depósitos con cobertura, inclusive la transferencia de elementos del activo y el pasivo y la transferencia de carteras de depósitos, siempre que los costes no superen el importe de la compensación de los depósitos con cobertura en la entidad de crédito afectada.

Si el sistema de garantía efectúa el pago de los importes garantizados tendrá el derecho a subrogarse en los derechos de los depositantes hasta un importe equivalente al

que los depositantes tengan acceso, en un plazo de cinco días laborables tras su solicitud, a un importe adecuado de sus depósitos con cobertura con el fin de cubrir su sustento.

de los pagos realizados, lo que incluye el derecho a reclamar a la entidad de crédito las cantidades desembolsadas y, en caso de resolución o concurso, con el mismo rango que el que correspondería al depósito cubierto.

Para poder hacer frente a sus compromisos, los recursos financieros disponibles del sistema, que deben ser proporcionales a sus deudas potenciales, se recaudarán mediante aportaciones *ex ante* que, al menos una vez al año, deberán realizar sus miembros obligatoriamente.

Si los recursos financieros disponibles resultasen insuficientes para reembolsar a los depositantes se prevé la posibilidad de exigir aportaciones extraordinarias *ex post* que no superarán el 0,5% de los depósitos con cobertura por año natural, e incluso aportaciones superiores en circunstancias excepcionales. Adicionalmente, los sistemas deben contar con mecanismos de financiación alternativos que les permitan obtener fondos a corto plazo para hacer frente a los créditos que les sean reclamados, incluyendo la posibilidad de obtener préstamos de otros sistemas de garantía, si bien con ciertas limitaciones en este último caso.

Las aportaciones de las entidades deberán basarse en el importe de sus depósitos con cobertura y ser proporcionadas a su nivel de riesgo, tomando en consideración, entre otros factores, la adecuación del capital, la calidad de los activos y la liquidez. La Autoridad Bancaria Europea ha emitido la correspondiente guía⁸⁶ para especificar los métodos de cálculo de las aportaciones (fórmula de cálculo, indicadores específicos, categorías de riesgo para los miembros, umbrales para las ponderaciones de riesgo asignadas a categorías de riesgo determinadas y otros elementos necesarios). Se admite la sustitución parcial (hasta el 30%) de las aportaciones por la asunción por las entidades de compromisos de pago⁸⁷.

La Directiva ha establecido que los recursos financieros a disposición del sistema de garantía de depósitos debe alcanzar, a más tardar el 3 de julio de 2024, un nivel mínimo

⁸⁶ EUROPEAN BANKING AUTHORITY. Guidelines on methods for calculating contributions to deposit guarantee schemes. EBA/GL/2015/10. 28 May 2015.

⁸⁷ EUROPEAN BANKING AUTHORITY. Guidelines on payment commitments under Directive 2014/49/EU on deposit guarantee schemes. EBA/GL/2015/09. 28 May 2015.

objetivo de un 0,8 % del importe de los depósitos con cobertura en el Estado miembro; porcentaje que no obstante el Estado miembro podrá reducir hasta el 0,5%, previa aprobación de la Comisión, si la reducción está basada en la hipótesis de que es improbable que una parte significativa de los recursos financieros disponibles vaya a utilizarse para medidas de protección de los depositantes distintas de la resolución o el concurso y el sector bancario en que operan las entidades de crédito afiliadas esté muy concentrado, de forma que, en caso de quiebra, es probable que sean sometidas a procedimientos de resolución.

5. El Fondo de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito

1.1. Antecedentes próximos

En España, la transposición al ordenamiento jurídico de la Directiva 94/19 se llevó a cabo mediante la Disposición adicional séptima del Real Decreto-ley 12/1995⁸⁸, y el régimen regulatorio, vigente hasta la reciente crisis, se completó con el Real Decreto 2606/1996⁸⁹. El funcionamiento de los tres Fondos de Garantía de Depósitos españoles (de bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito), durante estos años se ha caracterizado por un régimen de dotaciones *ex ante* a cargo de las entidades adheridas y por su doble finalidad de asegurar los depósitos en los supuestos previstos de declaración judicial (suspensión de pagos o quiebra) o administrativa (a cargo del Banco de España) de impago de depósitos, y de intervenir, con carácter preventivo, en el saneamiento y reflotamiento de entidades de crédito en dificultades, en el marco de un plan de actuación aprobado por el Banco de España, y en evitación de que tal pago llegue a producirse.

La persistencia en el tiempo de la crisis económica y financiera iniciada en 2008 y la necesidad de utilización de los recursos financieros disponibles en los Fondos para recapitalizar entidades en dificultades, impulsaron la transformación del sistema de

⁸⁸ Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera (BOE de 30).

⁸⁹ Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito (BOE de 21).

garantía de depósitos en España y, mediante el Real Decreto-ley 16/2011⁹⁰, se procedió a la unificación de los tres Fondos hasta entonces existentes en un único Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (FGDEC), sin distinción de las entidades adheridas en función de su naturaleza, integrándose en este último el patrimonio y subrogándose en todos los derechos y obligaciones de los Fondos suprimidos.

El Real Decreto-ley creó el nuevo Fondo de Garantía con 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. Se ampliaron sus funciones, fundamentalmente, para integrar los recursos y las posibilidades de actuación del FGDEC en el marco de los procesos de reestructuración y resolución de las entidades de crédito en dificultades llevados a cabo por el Fondo de Resolución Ordenada Bancaria (FROB), creado poco antes⁹¹ con la finalidad de acometer la reestructuración del sistema bancario español y recapitalizar las entidades con problemas de solvencia.

Una vez concluido el proceso de reconversión del sector y tras la publicación de las Directivas 2014/49 sobre sistemas de garantía de depósitos y 2014/59 BRRD, la adaptación del sistema español de garantía de depósitos ha requerido de una nueva revisión plasmada, en esta ocasión, en la modificación del Real Decreto-ley 16/2011 llevada a cabo por Ley 11/2015⁹², de recuperación y resolución de entidades de crédito, y que junto al Real Decreto 2606/1996, modificado a su vez por el Real Decreto 1012/2015 constituyen el marco normativo de la garantía de los depósitos bancarios en España.

1.2. El Fondo de Garantía de Depósitos tras la Ley 11/2015

⁹⁰ Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (BOE de 15).

⁹¹ Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito (BOE de 27).

⁹² Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (BOE de 19).

El Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (FGDEC), constituido en régimen de derecho privado como vimos, está administrado por una Comisión Gestora integrada por once miembros: un representante del Ministerio de Economía y Competitividad, uno del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, cuatro designados por el Banco de España y cinco por las asociaciones representativas de las entidades de crédito adheridas.

A diferencia de la situación anterior en que el Fondo constituía la garantía, indistintamente, de los depósitos dinerarios y de los depósitos de valores, en el nuevo Fondo se diferencian dos compartimentos, contablemente separados, para cada uno de estos conceptos, y cada compartimento responderá exclusivamente de los costes, gastos y obligaciones que expresamente se le atribuyan. En los apartados siguientes haremos referencia exclusivamente al compartimento de garantía de depósitos dinerarios.

La adscripción al FGDEC es obligatoria para las entidades de crédito españolas, con la excepción del Instituto de Crédito Oficial que, como ya señalamos, siendo entidad de crédito, no está autorizado para captar depósitos del público.

En el caso de las sucursales de entidades de crédito autorizadas en un país no miembro de la Unión Europea⁹³, su adscripción será obligatoria cuando los depósitos garantizados no estén cubiertos por un sistema de garantía en el país de origen o, estándolos, para cubrir la diferencia en nivel o alcance cuando la garantía del sistema del país de origen sea inferior a la cubierta por el FGDEC; no será obligatoria su adscripción cuando los depósitos garantizados gocen de un nivel de cobertura igual o superior en el país de origen.

Las entidades de crédito que no realicen debidamente sus aportaciones al fondo de garantía de depósitos, no contribuyan a las derramas o incumplan las obligaciones de información a sus depositantes, podrán ser excluidas del Fondo una vez que, requeridas al efecto, no hayan regularizado su situación. Será competente para acordar la exclusión

⁹³ Una vez armonizado el nivel de cobertura en la Unión Europea, se ha suprimido la posibilidad de adscripción voluntaria de las sucursales de entidades autorizadas en otros Estados miembros para cubrir la diferencia entre la garantía ofrecida por el Estado miembro de origen y la ofrecida en España cuando ésta era superior.

el Ministro de Economía, a propuesta del Banco de España, previo informe de la comisión gestora del Fondo y previa audiencia del interesado.

En este sentido, conviene recordar que el artículo 8.1 de la Ley 10/2014 LOSS recoge como causa de revocación de la autorización concedida a una entidad de crédito:

g) Si la entidad es excluida del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.

Previsión que resulta un tanto inconsistente con el régimen sancionador, por cuanto el Real Decreto-ley (art.5.3) prevé que el incumplimiento de las obligaciones de una entidad de crédito frente al FGDEC será tipificado como infracción grave⁹⁴ de conformidad con lo establecido en la Ley 10/2014 y dicha Ley no prevé la sanción de revocación de la autorización para las infracciones graves.

1.3. Funciones del FGDEC

En la redacción original del Real Decreto-ley 16/2011, se consideraron funciones del Fondo la de garantía de depósitos y la de refuerzo de la solvencia y funcionamiento de las entidades de crédito (artículo 4), funciones que quedaron reducidas a la de garantía de los depósitos tras el Real Decreto-ley 24/2012⁹⁵, si bien para el cumplimiento de tal función última “*y en defensa de los depositantes cuyos fondos están garantizados*”, la norma, en su redacción vigente⁹⁶, asigna al FGDEC las siguientes funciones que podríamos calificar de instrumentales respecto de dicha función última:

- La obligación de satisfacer a sus titulares el importe de los depósitos garantizados cuando se produzca alguno de los siguientes hechos:
 - Que la entidad haya sido declarada o se tenga judicialmente por solicitada la declaración en concurso de acreedores.

⁹⁴ Técnica legislativa poco recomendable ésta de tipificar infracciones sin modificar la Ley 10/2014 LOSS que recoge el régimen sancionador que, de generalizarse, conduciría a una nada deseable dispersión de las infracciones en diferentes normas.

⁹⁵ Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE de 31).

⁹⁶ La dada por la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (BOE de 19).

- Que, habiéndose producido impago de depósitos, el Banco de España determine que la entidad se encuentra en la imposibilidad de restituirlos inmediatamente por razones directamente relacionadas con su situación financiera.
- La posibilidad de adoptar medidas de apoyo a la resolución de una entidad de crédito. A estos efectos, cuando una entidad de crédito se encuentre en un proceso de resolución conforme a lo dispuesto en la Ley 11/2015, el Fondo, dentro del marco del plan de resolución aprobado, participará en la financiación de la resolución con arreglo a lo previsto en la citada ley.

En este caso, el FGDEC no podrá asumir un coste financiero superior a la menor de las siguientes cuantías:

- la cuantía del 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; o
 - el 50 por ciento del nivel objetivo fijado para el compartimento de garantía de depósitos⁹⁷.
- Excepcionalmente, siempre y cuando no se haya iniciado un proceso de resolución, el Fondo podrá utilizar sus recursos para impedir la liquidación de una entidad de crédito cuando:
 - el coste de esta intervención fuese inferior al pago de los importes garantizados en caso de materializarse la liquidación;

⁹⁷ Este límite está recogido en el artículo 109 de la Directiva 2014/59 BRRD y no se acaba de entender la coherencia entre tal restricción y la posibilidad, prevista en la Directiva 2014/49, de que el nivel objetivo del fondo se establezca en el 0,5% de los depósitos, en lugar del 0,8%, bajo la justificación de que el caso más probable (por la concentración de los depósitos) será la resolución de las entidades y no su liquidación y pago de los depósitos. Parecería que lo razonable es, que en esos casos, no operase el límite del 50% del nivel objetivo.

Piénsese en el caso extremo de un sistema muy concentrado con tan solo dos entidades y un nivel objetivo del 0,5%; la cuantía máxima utilizable en caso de resolución de una de ellas (caso más probable) sería de tan solo el 0,25% de los depósitos garantizados. En un sistema de igual tamaño pero no concentrado, sin embargo, con un nivel objetivo del 0,8%, la cuantía máxima utilizable en caso de resolución de una entidad sería del 0,4%.

CAPÍTULO SEGUNDO LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

- se impongan a la entidad de crédito medidas específicas de retorno al cumplimiento de la normativa de solvencia, ordenación y disciplina;
- se condicione la intervención al compromiso de la entidad de garantizar el acceso a los depósitos garantizados; y
- el fondo estime asumible el coste con cargo a las contribuciones ordinarias o extraordinarias de las entidades adheridas.

Las medidas preventivas y de saneamiento tendentes a facilitar la viabilidad de una entidad (que históricamente han formado parte de las posibilidades de actuación de los fondos de garantía de depósitos españoles) que el Fondo podrá adoptar se concretan en:

- la concesión de ayudas a fondo perdido;
- la concesión de garantías, préstamos en condiciones favorables o financiaciones subordinadas;
- la adquisición de activos dañados o no rentables que figuren en el balance de la entidad;
- la suscripción de ampliaciones de capital; y
- cualesquiera otros apoyos financieros.

1.4. Recursos financieros del FGDEC

1.4.1. Patrimonio del Fondo

Los recursos del Fondo están constituidos por: las aportaciones anuales (*ex ante*) a las que nos referiremos a continuación a cargo de las entidades de crédito; las derramas que realice el Fondo (*ex post*) entre las entidades adheridas al mismo; y los recursos captados en los mercados de valores, préstamos o cualesquiera otras operaciones de endeudamiento. En todo caso se habilita al Fondo para realizar cuantas actuaciones sean necesarias para restaurar su patrimonio cuando éste resulte insuficiente para el desarrollo de sus funciones. Se prevé la posibilidad de que una parte de las aportaciones de las entidades se materialice en meros compromisos de pago, siempre que tales compromisos estén íntegramente respaldados por garantías de activos de bajo riesgo,

libres de cargas y de libre disposición para el Fondo y su cuantía no exceda del 30% de los recursos totales disponibles.

El patrimonio no comprometido del Fondo deberá estar invertido de forma diversificada, en títulos de deuda⁹⁸ y otros activos considerados seguros y líquidos por la Comisión Gestora.

1.4.2. Nivel objetivo a alcanzar

Los recursos financieros disponibles del compartimento de garantía de depósitos deberán alcanzar como mínimo el 0,8 por ciento del importe de los depósitos garantizados, si bien, bajo ciertas condiciones se podrá solicitar a la Comisión Europea la reducción de este nivel hasta el 0,5 por ciento⁹⁹. En todo caso, las aportaciones se suspenderán cuando el fondo patrimonial no comprometido en operaciones propias iguale o supere el 1 por ciento de los importes totales garantizados

Se establece un régimen transitorio para que el nivel objetivo se alcance no más tarde del 3 de julio de 2024, fecha prorrogable en tres años más si durante ese plazo se utilizan los recursos del fondo por encima de ciertos límites. El Real Decreto-ley contiene adicionalmente una previsión referida a que, si los recursos financieros disponibles alcanzasen el nivel previsto, pero posteriormente se redujesen por debajo de dos tercios de dicho nivel, las aportaciones anuales al compartimento de garantía de

⁹⁸ Activos de las categorías primera o segunda del cuadro 1 del artículo 336 del Reglamento (UE) n° 575/2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito; básicamente títulos de deuda que reciban un ponderación por riesgo de crédito de entre el 0y el 50% con arreglo al método estándar.

⁹⁹ ... *atendiendo a factores como:*

a) 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.

b) 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.

depósitos se fijarán en una cuantía tal que permitan recuperar el nivel objetivo en un plazo máximo de seis años¹⁰⁰.

1.4.3. Régimen de aportaciones

El importe de las aportaciones anuales de las entidades será determinado por la Comisión Gestora y se calcularán en función del importe de los depósitos garantizados de cada entidad y su perfil de riesgo. Se encomienda al Banco de España el desarrollo (antes del 31 de mayo de 2016) de los métodos necesarios para que las aportaciones sean proporcionales al perfil de riesgo de las entidades, tomando en consideración, entre otros, los niveles de solvencia (fondos propios, pasivos admisibles, ...) mantenidos por la entidad respecto de los mínimos exigidos por la regulación prudencial y la fase del ciclo económico y el impacto de las aportaciones procíclicas, en el marco de las directrices establecidas al respecto por la EBA¹⁰¹.

Adicionalmente, cuando los recursos financieros disponibles sean insuficientes para efectuar los pagos a los depositantes, la Comisión Gestora podrá acordar la realización de derramas entre las entidades adscritas¹⁰², que se distribuirán según la base de cálculo de las aportaciones ordinarias, y cuyo importe no podrá exceder del 0,5 por ciento de los depósitos garantizados por año natural, salvo que el Banco de España autorice otra cosa.

1.5. Alcance de la garantía

1.5.1. Depósitos garantizados

¹⁰⁰ Esta previsión, sin embargo, entra en contradicción con la exigencia contenida en el artículo 10.3 del Real Decreto 2606/1996 (en la redacción dada por el Real Decreto 1012/2015 (ambas idénticas a las contenidas en la Directiva) en virtud de la cual los recursos utilizados por el Fondo en caso de adoptar medidas preventivas y de saneamiento, fuera de un procedimiento de resolución, deberán ser proporcionados de inmediato por las entidades adscritas si los recursos financieros disponibles del compartimento de garantía de depósitos se sitúan por debajo del 25 por ciento del nivel objetivo, o bien, si el compartimento de garantía de depósitos debe satisfacer depósitos garantizados y sus recursos financieros disponibles no alcanzan dos tercios del nivel objetivo.

¹⁰¹ Ya hicimos referencia a la guía de la EBA Guidelines on methods for calculating contributions to deposit guarantee schemes. EBA/GL/2015/10. 28 May 2015.

¹⁰² La redacción de este párrafo (art. 3.5.a del Real Decreto) no parece muy afortunada por cuanto, como vimos, las funciones del Fondo no se limitan a “efectuar los pagos a los depositantes”.

Para alinearlo con la terminología empleada en la Directiva 2014/49, el Real Decreto 1012/2015 ha dado una nueva definición al concepto “depósito garantizado”, de forma que ahora:

“... tendrán la consideración de depósitos admisibles [“eligible deposits” en la Directiva] los saldos acreedores mantenidos en cuenta, incluidos los fondos procedentes de situaciones transitorias por operaciones de tráfico, que la entidad tenga obligación de restituir en las condiciones legales y contractuales aplicables, cualquiera que sea la moneda en que estén nominados y siempre que estén constituidos en España o en otro Estado miembro de la Unión Europea, incluidos los depósitos a plazo fijo y los depósitos de ahorro. La parte de estos depósitos que no supere los niveles de cobertura establecidos... se considerarán depósitos garantizados [“covered deposits” en la Directiva].

No tendrán la consideración de depósitos los saldos acreedores en los que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) El depósito se instrumente como un valor negociable de los previstos en el artículo 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.
- b) Si el principal no es reembolsable por su valor nominal.
- c) Si el principal solo es reembolsable por su valor nominal con una garantía o acuerdo especial de la entidad de crédito o de un tercero.

Quedan excluidos, sin embargo, del alcance de la garantía y, por tanto, no serán tenidos en cuenta para el cómputo de las aportaciones:

- a) Los depósitos realizados por otras entidades de crédito y entidades financieras¹⁰³

¹⁰³ Las siguientes entidades financieras:

- Las sociedades y agencias de valores.
- Las entidades aseguradoras.
- Las sociedades de inversión mobiliaria.
- Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, así como las sociedades gestoras de fondos de pensiones, de los fondos de titulización y de capital-riesgo y los depósitos de las entidades que gestionan.
- Las sociedades gestoras de carteras.
- Las sociedades de capital riesgo y sus correspondientes sociedades gestoras.

CAPÍTULO SEGUNDO
LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

- b) Los valores representativos de deuda emitidos por la entidad de crédito, incluso los pagarés y efectos negociables.
- c) Los certificados de depósito al portador, las cesiones temporales de activos y las financiaciones con cláusula de subordinación.
- d) Los depósitos constituidos por empresas pertenecientes al mismo grupo económico que la entidad de crédito.
- e) Los depósitos a nombre de Administraciones Públicas, con la excepción de los constituidos por entidades locales con un presupuesto anual igual o inferior a 500.000 euros.
- f) Los depósitos constituidos por quienes ostenten cargos de administración o dirección en la entidad o las sociedades pertenecientes al grupo de la entidad que origine la actuación del fondo; por las personas que tengan una participación significativa en el capital de la entidad o en empresas de su grupo económico; por el Auditor responsable de los informes de auditoría; así como por los cónyuges y familiares en primer grado de unos y otros.

Asimismo, y aunque sean tenidos en cuenta para el cómputo de las aportaciones, la obligación de pagar los importes garantizados no comprenderá a los constituidos:

- a) Con quebrantamiento de las disposiciones vigentes, en particular, los originados en operaciones en relación con las cuales haya habido una condena penal por delitos resultantes de operaciones de blanqueo de capitales.
- b) Por clientes que hayan obtenido, a título personal, condiciones financieras que hayan contribuido a agravar la situación de la entidad, siempre que tal circunstancia haya sido determinada por sentencia firme.
- c) Por aquellas personas que actúen en concierto con los anteriores o por cuenta de cualquiera de los depositantes excluidos a los que hemos hecho referencia en el apartado anterior.

-
- Las entidades cuya actividad principal sea la tenencia de acciones o participaciones.
 - Las entidades, cualquiera que sea su denominación o estatuto, que, de acuerdo con la normativa que les resulte aplicable, ejerzan las actividades típicas de las anteriores.
 - Cualquier entidad financiera sometida a supervisión prudencial.

1.5.2. Importes garantizados

El importe garantizado de los depósitos tendrá como límite la cuantía de 100.000 euros por depositante y entidad.

Adicionalmente, quedarán garantizados con independencia de su importe durante tres meses a contar a partir del momento en que el importe haya sido abonado:

- a) Los procedentes de transacciones con bienes inmuebles de naturaleza residencial y carácter privado.
- b) Los que se deriven de pagos recibidos por el depositante con carácter puntual y estén ligados al matrimonio, el divorcio, la jubilación, el despido, la invalidez o el fallecimiento.
- c) Los que estén basados en el pago de prestaciones de seguros o en la indemnización por perjuicios que sean consecuencia de un delito o de un error judicial.

1.6. Prelación en caso de concurso.

Por el mero hecho del pago, el Fondo quedará subrogado en los derechos del depositante correspondientes al importe pagado, siendo suficiente título el documento en que conste el pago.

Y en caso de concurso de la entidad de crédito, se otorga al Fondo de Garantía de Depósitos la condición de acreedor privilegiado, en virtud de las modificaciones introducidas en la prelación concursal por la Disposición adicional decimocuarta de la Ley 10/2015 de recuperación y resolución de entidades de crédito, que otorga la consideración de créditos con privilegio general a:

- a) los depósitos garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos y los derechos en que se haya subrogado dicho Fondo si hubiera hecho efectiva la garantía, y*
- b) la parte de los depósitos de las personas físicas y de las microempresas, pequeñas y medianas empresas que exceda del nivel garantizado previsto en el Real Decreto-Ley 16/2011, de 14 de octubre, y los depósitos de las personas físicas y de las microempresas, pequeñas y medianas empresas que serían depósitos garantizados si no*

CAPÍTULO SEGUNDO
LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

*estuvieran constituidos a través de sucursales situadas fuera de la Unión Europea de entidades establecidas en la Unión Europea*¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Recuérdese que los depósitos constituidos en sucursales situadas fuera de la Unión Europea no están cubiertos por el FGDEC.

Entendemos que el último párrafo debería referirse, exclusivamente, a las entidades españolas, por cuanto los derechos de los depósitos *constituidos a través de sucursales situadas fuera de la Unión Europea de entidades* -distintas de las españolas- *establecidas en la Unión Europea* en ningún caso se sustanciarán en un procedimiento concursal en España.

**CAPÍTULO TERCERO.-
LA REGULACIÓN BANCARIA**

**SECCIÓN PRIMERA.-
APROXIMACIÓN A LA HISTORIA DE LA REGULACIÓN BANCARIA EN
ESPAÑA**

1. Introducción

Este capítulo está dedicado a la regulación bancaria y nos ha parecido oportuno dividirlo en dos secciones. En una primera sección, esencialmente descriptiva, haremos un repaso de la evolución histórica de la regulación bancaria en España desde los inicios de la banca, en el sentido que en la actualidad damos al término, mientras que la segunda está dedicada a aspectos directamente relacionados con la regulación en su estado presente, básicamente dos, la justificación de la regulación bancaria y el sistema de producción de normas.

En esta primera sección, el acercamiento al desarrollo de la regulación bancaria a lo largo del tiempo está presidido por una doble idea. En primer lugar, es preciso seleccionar, dentro del extenso y complejo universo normativo al que ha estado sometido el sector de la banca, qué parte de la regulación va a ser objeto de estudio. El criterio seguido ha partido de la idea de que la regulación bancaria cumple

esencialmente tres objetivos: velar por la solidez de las entidades financieras (por el riesgo sistémico que representan y para la preservación de la confianza en el conjunto de sistema financiero y de pagos), el mantenimiento de la estabilidad del sistema financiero como soporte de la actividad económica del país y la protección de la clientela bancaria, especialmente de los depositantes.

Atendiendo al objeto de la tesis, la respuesta ha de ser necesariamente dirigir nuestra atención hacia aquella parte del ordenamiento que está en mayor medida relacionada con la prevención de crisis bancarias y, más concretamente aún, la referida a los aspectos relativos a la solidez y estabilidad de las entidades (solvencia, liquidez, supervisión, ...). Este enfoque obliga a dejar a un lado parcelas del ordenamiento que, siendo muy significativas de la regulación bancaria, como es la protección de los consumidores, no están sin embargo directamente relacionadas con el objeto de nuestro trabajo.

En el Capítulo Primero hicimos referencia al papel central que cumple la actividad bancaria en el funcionamiento de la economía, en cuanto que canalizadora del ahorro a la inversión, soporte del sistema de pagos y mecanismo de transmisión de las medidas de política monetaria, situación que, como veremos en la siguiente sección, justifica el sometimiento de las empresas bancarias a una especialmente intensa regulación. Por este motivo, la segunda idea que ha orientado esta sección ha sido la de intentar poner en su contexto histórico la evolución del ordenamiento bancario.

Toda regulación, no solo la financiera, obedece a una determinada situación política, económica y social, e intenta dar respuesta a los problemas planteados en esa situación, en determinada sociedad y en un concreto momento del tiempo. En el caso de la regulación bancaria, qué duda cabe que las principales variables que ayudan a explicar su evolución histórica son el desarrollo de la economía del país y el régimen político vigente. En esta sección se intenta situar las medidas regulatorias, al menos, en el contexto económico en que se pusieron en práctica. Aunque sería igualmente deseable no limitarse al ámbito económico y explicar el contexto político y social en el que se enmarcan los fenómenos económico-financieros, además de ponerlos en relación con lo que estaba ocurriendo en el resto del mundo, esta pretensión excede con mucho del

alcance de esta tesis. Cuestión distinta es explicar las relaciones de causalidad entre la situación económica y el desarrollo regulatorio de la actividad financiera, lo que se hace más intrincado a medida que la investigación avanza hacia atrás en el tiempo; y, en efecto, traspasar la línea de la mera descripción para alcanzar a descubrir y explicar las relaciones causa-efecto entre variables económicas y jurídico-financieras es algo sumamente complejo y desde luego no abundan los ejemplos en la bibliografía de la historia bancaria.

En los siguientes apartados se ha estructurado la descripción histórica en varias etapas, con la pretensión de acotar periodos más o menos homogéneos, separados por acontecimientos, representados normalmente por una norma en particular, que han supuesto una ruptura del modelo anterior. El estudio se extiende hasta el periodo inmediatamente anterior a la reciente crisis financiera, que es tratada en otro apartado.

2. Desde los inicios a la ley de bancos de 1856

“Aunque sería fácil encontrar antecedentes históricos mucho más remotos, la legislación bancaria en sentido estricto, con terminología más moderna el Derecho administrativo bancario, puede decirse que comienza con los bancos centrales por el carácter público de las funciones que desempeñan. En primer lugar por la facultad de emisión de billetes que ejercieron desde el principio, unas veces en concurrencia con otros bancos y más tarde en régimen de monopolio. Y además por la función nuclear que desempeñan en el mecanismo financiero como centralizadores de las reservas monetarias, banqueros del Estado, prestamistas en última instancia para otras instituciones financieras y, sobre todo, órganos fundamentales de la política monetaria y la dirección del crédito”¹.

¹ PÉREZ DE ARMIÑÁN, G., *Legislación Bancaria Española*, Banco de España, 6ª edición, Madrid, 1983, pág. 4.

2.1. Banco Nacional de San Carlos

“Varias veces se había hablado en España en tiempo de los Reyes Felipe II y III, y especialmente en Cortes celebradas en 9 de febrero del año de 1617, de la formación de un Cuerpo Nacional, Fondo o Banco público, cuyos caudales sirviesen de facilitar algunas operaciones intrincadas del comercio, de vencer varias dificultades que suelen ocurrir de ordinario en el manejo de la Real Hacienda, de aminorar los monopolios, contener usuras excesivas y ocurrir en lo posible aquellas necesidades que en las urgencias del Estado obligaban a la formación de Vales y Medios-Vales de Tesorería, o de Moneda de papel en lugar de la corriente, reduciendo la primera a la segunda por medio de aquel auxilio. Hubo Tribunales, cuerpos y aun sujetos particulares que instaron la erección de un fondo semejante; pero nacían a cada paso dificultades que no llegaban a verse vencidas, de suerte que no tuvo cumplido efecto, sin embargo de tantas solicitudes, hasta que D. Francisco Cabarrús (después Conde de este nombre), vecino de la Corte de Madrid, puso en manos del difunto Rey Carlos III, Monarca el más celoso de los Públicos Establecimientos, una representación bien concertada y dirigida a la erección de un Banco Nacional que abrazase aquellos objetos y los desempeñase debidamente. Examinose el proyecto de orden de S.M. por una Junta creada expresamente para el caso, compuesta de veinte y cuatro individuos de la mayor confianza del Rey y de suficiencia acreditada en la Nación; y aprobado bajo las condiciones que se irán refiriendo en su lugar, fue en efecto erigido este Cuerpo Nacional bajo la inmediata protección de S.M. y con el título de Banco Español de S. Carlos, por Decreto señalado de la Real mano y dirigido al Consejo en 15 de mayo de 1782 y por Cédula dada en Aranjuez en 2 de junio del mismo año.”².

El Banco Nacional de San Carlos se crea por Real Cédula de 2 de junio de 1782 y su origen está directamente relacionado con las necesidades de financiación de la Corona. Así lo reconoce expresamente Floridablanca en su exposición dirigida unos años más

² Adam SMITH, *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. 1776. Edición facsímil de la Junta de Castilla y León de la traducción al español de Josef Alonso Ortiz de 1794. Libro II, Apéndice, pág. 352.

tarde a Carlos III³, donde explica que las dificultades para financiar los enormes gastos, derivado de la guerra con Inglaterra⁴, llevaron a contratar un empréstito con los Cinco Gremios Mayores de Madrid, prestamista tradicional de la Corona, y ante la imposibilidad de éstos para aportar las sumas requeridas, se recurrió por el Tesoro a la emisión de Vales Reales que, a medida que se incrementaba su volumen en circulación, comenzaron a perder valor, desacreditándose como papel moneda.

Tal como fueron concebidos, los Vales reales, según cuenta Santillán, difícilmente podían aspirar a convertirse en papel moneda, por cuanto ni por su diseño (en realidad títulos de Deuda pública a plazo), ni por su valor nominal (excesivamente elevado), ni por lo engorroso de su negociación (el tenedor tenía que renovarlos anualmente), reunían las características para circular regularmente⁵.

Con la finalidad de “reducir a dinero efectivo” los Vales, y siguiendo un diseño de Francisco Cabarrús, se crea el Banco, que adopta la forma de sociedad anónima con un capital social suscrito por particulares, aunque parece que el Gobierno instó también a algunas instituciones, pósitos y pueblos a “interesarse como accionistas”. Las instituciones, incluyendo la Corona, suscribieron un 25% del capital y otro tanto fue colocado en Francia (con Cabarrús, de origen francés, actuando de comisionista).

El modelo de banco seguido, al menos teóricamente, por el de San Carlos es el de los denominados de depósito y descuento. Un banco de este tipo, descuenta tanto letras

³ Exposición que el Conde de Floridablanca dirigió al Sr. D. Carlos III en 10 de octubre de 1788. Citado por SANTILLÁN, R., *Memoria histórica sobre los bancos Nacional de San Carlos, Español de San Fernando, Isabel II, Nuevo de San Fernando, y de España*. Madrid, 1865; reedición del Banco de España, Madrid, 1982, pág. 6.

⁴ España apoyó la independencia de los Estados Unidos y, además, tenía un interés directo en debilitar a la armada británica que entorpecía el tráfico con México y las Antillas.

⁵ “... no eran otra cosa que títulos de renta, amortizables a plazos más o menos largos, según las cláusulas de su creación, y más tarde según lo permitiera la situación del Tesoro público. En vano el Gobierno se empeñó en darles el carácter de papel moneda, obligando bajo penas severas a recibirlos en pago en los contratos: se mandaba un imposible, porque, para que el papel haga el oficio de moneda sin la condición de poder convertirse en la metálica a voluntad del portador, es indispensable que tenga aplicación a la generalidad de los pagos, y los vales no podían tenerla sino a muy pocos.”. SANTILLÁN, R., *Memoria histórica sobre los bancos Nacional de San Carlos, Español de San Fernando, Isabel II, Nuevo de San Fernando, y de España*. Madrid, 1865, pág.9.

y pagarés de comercio, como vales y bonos del Tesoro, y emite “billetes de Banco”, pagaderos a la vista y al portador, que sustituyen con ventaja a la moneda metálica en tanto en cuanto resulten de general aceptación como medio de pago entre particulares y entre éstos y el Estado.

En realidad las cédulas (billetes) del Banco de San Carlos nunca llegaron a circular con profusión, dado la abundancia de plata una vez finalizada la guerra⁶ y, por otra parte, el banco desarrolló en su primera etapa con Cabarrús al frente una serie de actividades adicionales a su objeto principal; muy rentables en algún caso, como la obtención del monopolio de la extracción de plata; ruinosas la mayoría, como varias inversiones empresariales entre las que se cuentan dos canales navegables próximos a Madrid o el contrato de suministro al Ejército y la Marina; y alguna ciertamente desafortunada, como la compra de deuda pública francesa justo antes de la Revolución. Si a esto se añade la concesión de créditos con garantía de las acciones propias, una contabilidad creativa y algún dividendo irregular, se comprende que el Gobierno acabase por intervenir el Banco y Cabarrús en la cárcel.

Tras su reorganización en 1790, y a pesar de la prudencia de sus actuaciones, el Banco se desenvolvió entre una progresiva reducción de la actividad privada y un, también creciente, aumento del endeudamiento del Estado, reflejo de la situación económica del país tras una casi permanente situación de guerra, con Inglaterra y Francia alternando sus papeles, y la independencia de las colonias continentales americanas.

En 1829, el activo del Banco estaba representado en sus dos terceras partes por deuda pública frente a un Estado en quiebra y, en el tercio restante, por créditos fallidos o inversiones irrecuperables. Ante esta situación, el Gobierno llegó a un acuerdo con los accionistas por el que se condonó a aquel una parte muy significativa (el 87%) de la

⁶ TEDDE, P., “Del Banco de San Carlos al Banco de España (1782-1856)”, en TEDDE, P. y MARICHAL, C. (coords.), *La formación de los bancos centrales en España y América Latina (siglos XIX y XX)*, Banco de España, 1994.

deuda⁷, a cambio de la entrega de una suma en efectivo, con la que se constituyó el Banco Español de San Fernando, entregándose sus acciones a cambio de las del de San Carlos.

2.2. Banco Español de San Fernando

El Banco de San Fernando se crea por Real Cédula de 9 de julio de 1829 y se diseña casi desde su inicio como financiador del erario público, si bien, con criterios mucho más ortodoxos y una gestión más profesionalizada que los de su predecesor, lo que le permitió atender una parte significativa de las necesidades financieras del Estado y, a la vez, repartir regularmente dividendos a sus accionistas.

El Banco se configura, en palabras de Santillán, como un *banco de circulación*⁸, y *de descuentos, cobranzas, pagos, préstamos y depósitos* según el preámbulo de la Real Cédula, al que se autoriza la realización de operaciones activas de descuento (hasta 100 días) y préstamo a particulares y negociaciones (en abstracto) con el Tesoro; y pasivas de emisión de billetes pagaderos a la vista y al portador, y de depósito, cobrando en este caso un premio por ello⁹.

La facultad de emitir billetes se concede en calidad de privativa, sin límite, pero sujeta, cada emisión, a la aprobación de la Corona. Se prohibía la circulación de billetes fuera de Madrid. El capital se fijó en 60 millones de reales, 40 recibidos del Estado por la conversión del de San Carlos y los 20 restantes pendientes de desembolsar.

⁷ TEDDE DE LORCA, P., “El Banco de España, 1856-1874”, en VV.AA., *150 años de historia del Banco de España*. Banco de España, Madrid, 2006, pág. 69

⁸ SANTILLÁN, R, *Ibidem*, pág. 144.

⁹ Lo que, a juicio de Santillán, muestra que no se había aún llegado a conocer perfectamente entre nosotros la verdadera naturaleza de los Bancos de circulación y (la pretensión de cobrar una prima por los depósitos) descubre el desconocimiento de uno de los principales medios de acción que tienen los bancos, y añade: “*Muy lejos estaban entonces el entendido y celoso Ministro [López Ballesteros], a quien principalmente debió el Banco de San Fernando su existencia, y el distinguido jurisconsulto [Sainz y Anido, autor del Código de Comercio de 1829], que redactó sus estatutos, de presumir que llegarían a ver ellos mismos el establecimiento por cuenta del Gobierno de una Caja general de depósitos y cuentas corrientes que, en vez de exigir premio, abonaría un interés por los fondos que en ella ingresarán*”. SANTILLÁN, *Ibidem*, pág. 144.

La administración del Banco quedaba bajo la inspección de un Comisario real y sus órganos de gobierno se concretaban en la Junta de accionistas y la Junta de gobierno, en la que dos de sus miembros (de un total de 14) eran de designación real. Al Rey correspondía igualmente el nombramiento, de entre una terna presentada por la Junta de accionistas, del Director y del Vicedirector.

Los bancos de la época se crean, idealmente, con la finalidad de atender las necesidades del comercio y la industria mediante el descuento de letras y pagarés de comercio y la concesión de préstamos a corto plazo con garantía, pero las enormes necesidades financieras de los estados los convirtió, no solo en España, en bancos gubernamentales más que mercantiles, a lo que, en el caso de Madrid, había que añadir la estrechez de su actividad financiera.

Una Real Orden del Ministro de Hacienda de 12 de marzo de 1833, duramente criticada por Santillán por derogar mediante una orden partes esenciales de una ley (la Real Cédula de creación del Banco de 1829), estableció la gratuidad de los depósitos, redujo a nueve los miembros de la Junta de gobierno (y a uno los de designación real), permitió los préstamos con garantía de efectos públicos (limitando su importe a las dos terceras partes del valor de cotización de éstos) y con garantía de acciones propias (hasta las tres cuartas partes de su cotización)¹⁰ por un plazo máximo en ambos casos de noventa días prorrogables una sola vez por otros tantos y, lo más importante, se concreta la posibilidad de negociar en efectos públicos del Estado sin límite alguno.

2.3. Pluralidad de bancos de emisión

Superada la primera guerra carlista y la suspensión (a principios de los 40) por el Gobierno de los pagos de la deuda interior (de la que el Banco tenía importantes cantidades), la década presenció un notable aumento de la actividad económica, la creación de sociedades mercantiles y la demanda de crédito por parte del sector

¹⁰ Resulta sorprendente, por su modernidad, la argumentación de Santillán en contra de los préstamos con garantía de acciones del banco, por la ineffectividad de los recursos propios que ello representa y la disminución de la garantía frente a los acreedores. SANTILLÁN, *Ibidem*, págs. 161 y ss.

privado¹¹. En 1844 se crean el Banco de Barcelona¹² de la mano de Manuel Girona y el Banco de Isabel II en Madrid, por iniciativa entre otros del Marqués de Salamanca, y dos años más tarde el Banco Español de Cádiz (octubre de 1846, aparentemente como sucursal del de Isabel II¹³) y el Banco de Cádiz (diciembre de 1846)¹⁴, todos ellos con privilegio de emisión en sus respectivas provincias, compartido en régimen de competencia, en Cádiz entre las dos entidades de esa plaza, y en el caso de Madrid con el Banco de San Fernando, que no tenía sucursales y que de esta forma perdió el privilegio de emisión a la vez que reforzó su papel de banco gubernamental.

El Banco de Isabel II se creó por Real Decreto de 25 de enero de 1844, con un capital nominal de cien millones de reales (en aquel momento el capital del de San Fernando era de 40 millones de reales) que no se terminó de desembolsar hasta febrero de 1847. Podía emitir billetes (*cédulas*) por un importe de hasta el doble del numerario efectivo¹⁵ y prestar con garantía de efectos públicos y de sus propias acciones (con un descuento de tan solo un 15% sobre su valor de mercado).

El Banco de Isabel II supuso una importante modernización de la actividad bancaria con el sector privado en España, poniendo en práctica nuevas modalidades de crédito y consiguiendo, en apenas tres años, la aceptación de sus billetes y la captación de

¹¹ “Estábamos en la época de las grandes aventuras en materia de crédito y especulación; y no era empresa fácil la de persuadir a la generalidad de que semejantes vértigos terminan siempre en catástrofes más o menos desastrosas”. SANTILLÁN, *Ibidem*, pág. 238.

¹² Por Real Decreto de 1 de mayo de 1844. Estaba autorizado para emitir billetes hasta el total de su capital nominal de 1 millón de duros, aunque solo estaba desembolsado en un 25% -5 millones de reales-, y debería mantener en metálico en la caja del Banco el valor representativo de un tercio del total de los billetes emitidos. Véase BLASCO, Y., *El Banco de Barcelona y los orígenes de la Banca moderna en España 1844-1856*.

¹³ La naturaleza de este primer banco con sede en Cádiz es algo confusa; Santillán se refiere a él como “un banco de descuentos que existía en Cádiz ... que así se constituía en sucursal del de Isabel II”.

Por su parte, Faus cita una Real Orden de 7 de agosto de 1846 en la que se advierte al público de la ilegitimidad de los billetes emitidos por “un” banco de Cádiz y otra Real Orden de 19 de febrero de 1848 en la que “vuelve a aparecer un tercer Banco de Cádiz que también emite cédulas y billetes al portador”.

¹⁴ El Banco de Cádiz se creó por Real Decreto de 25 de diciembre de 1846 con un capital de cien millones de reales. Se le autorizó una capacidad de emisión igual a la de su capital efectivo.

¹⁵ Lo que motivó las quejas del Banco de San Fernando que, en marzo de 1846, obtuvo autorización en este mismo sentido y amplió su capacidad de emisión de billetes a una suma igual a su capital.

depósitos del público en volúmenes que excedían ampliamente a los alcanzados por el de San Fernando. Sin embargo, la imprudente gestión de sus activos, entre los que se incluía créditos con garantía de sus propias acciones y de títulos de sociedades de ferrocarriles, otorgados a uno de sus más significados accionista, el Marqués de Salamanca, colocó al banco en una situación comprometida¹⁶.

La crisis europea de finales de 1846, movió a Ramón Santillán, que nunca ocultó sus preferencias por el emisor único, a promover el año siguiente, estando al frente de la cartera de Hacienda, la fusión de los dos bancos de la capital¹⁷. El hecho de que pocos meses después fuese nombrado ministro, en sustitución de Santillán, el propio Marqués de Salamanca hizo que las condiciones de la fusión resultasen favorables para los accionistas del Banco de Isabel II, cuyos activos se valoraron muy por encima de lo que finalmente se alcanzó a cobrar por ellos.

El 25 febrero de 1847 se crea así por Real Decreto el nuevo Banco Español de San Fernando. El capital inicial es de 400 millones de reales, de los que 200 desembolsados, procedentes a partes iguales de cada uno de los bancos fusionados. Con privilegio de emisión en Madrid por un importe de hasta el capital efectivo, estaba obligado a mantener un encaje en metálico por una cuantía de al menos la tercera parte de los billetes emitidos.

Se recoge expresamente en las bases de creación del nuevo banco la facultad del gobierno para inspeccionarlo cuando lo tuviera por conveniente (adicional a la presencia de un Comisario regio, que se mantiene) y la obligación de publicación periódica de los resultados de las cuentas (hasta entonces reservadas a los accionistas). En lo sucesivo la creación de nuevos bancos debía realizarse por Ley votada en el Parlamento y no por simple Real Decreto del Gobierno.

¹⁶ “El resultado fue que la mayor parte del activo del banco, hasta sus tres cuartas partes, a finales de [1846], consistía en préstamos con garantía de valores mobiliarios. De estos valores, que respaldaban los pagarés de los prestatarios, el 65% eran acciones del propio Isabel II ...”. TEDDE DE LORCA, P., “El Banco de España, 1856-1874”, en VV.AA., *150 años de historia del Banco de España*. Banco de España, Madrid, 2006, pág. 78

¹⁷ Los dos de Cádiz se fusionaron también, en noviembre de 1848, dando lugar al nuevo Banco de Cádiz.

Hay que recordar que la creación de sociedades mercantiles se rige en aquel momento por el Código de Comercio de 1829 en el que, a diferencia de sus sucesores, no hay previsión alguna respecto de la actividad bancaria, y que la creación del nuevo Banco Español de San Fernando es anterior a la Ley de 28 de enero de 1848 de Sociedades Mercantiles por Acciones, bajo la cual se constituirían con posterioridad las denominadas Sociedades de Giro y Banca y que merece la pena comentar.

2.4. Ley de compañías por acciones de 1848

La Ley de 1848¹⁸ es una norma eminentemente restrictiva que prohibió la constitución de compañías mercantiles cuyo capital en todo o en parte se divida en acciones (es decir, incluyendo las comanditarias por acciones) sino en virtud de una Ley o de un Real Decreto.

Se exige una Ley para la formación de Bancos de emisión, de compañías de ferrocarriles y de cualquier empresa de interés público que disfrute de algún privilegio exclusivo. En los demás casos se exige la autorización del Gobierno, en forma de Real Decreto, siempre que el objeto de la compañía, que en todo caso debe ser determinado, sea de utilidad pública, y se denegará si aquel se dirige a monopolizar subsistencias u otros artículos de primera necesidad.

El capital, del que solo se exige que debe ser proporcionado al fin del establecimiento, debe estar suscrito al menos en su mitad en el momento de la solicitud y las acciones deben ser nominativas. Se prohíbe, salvo autorización expresa por Ley, la emisión de billetes, pagarés, abonarés ni documento alguno al portador.

Los trámites necesarios para obtener la autorización eran ciertamente engorrosos: instrucción del expediente por el jefe político de la provincia de su domicilio¹⁹, consulta

¹⁸ Ley de 28 de enero de 1848 preceptuando que no se pueda constituir ninguna compañía mercantil, cuyo capital en todo o en parte se divida en acciones, sino en virtud de una Ley o de un Real Decreto, con lo demás que se determina. CLE, XLIII, pág. 54; y Real Decreto de 17 de febrero de 1848 dictando el reglamento para la ejecución de la ley de 28 de enero de este año sobre compañías mercantiles por acciones. CLE, XLIII, pág. 101

¹⁹ Quien, para calificar si el objeto de la compañía era de utilidad pública o verificar cualquiera de los demás extremos, debía pedir informe a la Diputación y Consejo provincial, al Tribunal de Comercio en

al Consejo Real, aprobación por el gobierno mediante Real Decreto o, si la sociedad resultaba del tipo que requiere aprobación legislativa, remisión por el Gobierno del correspondiente proyecto de ley a la Cortes.

El Gobierno, *sin gravar los fondos ni entorpecer las operaciones*, se reserva la inspección que considere oportuna y la facultad de suspender o anular la autorización de las compañías que faltaren al cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. Se establece la obligación de formalizar anualmente un *balance general de situación en que se comprenderán todas las operaciones practicadas en el año, sus resultados y el estado de su activo y pasivo*. Los balances debían ser autorizados por los administradores de la compañía bajo su responsabilidad directa y personal, y publicados en el Boletín Oficial de la provincia.

2.5. La crisis de 1848

El año 1848 resulta especialmente convulso tras la caída de la monarquía y la proclamación de la II República en Francia, con algunos conatos revolucionarios en España similares a los que se extendían por Europa y la alianza, siquiera temporal, entre republicanos y carlistas. En Madrid se vivió una situación de pánico financiero con retirada masiva de depósitos, fuerte presión sobre los billetes cuya conversión en metálico era exigida sin que el Banco de San Fernando tuviese con qué hacerla frente²⁰ y caída de la cotización de las acciones del Banco que pasaron de cotizar al 262% en enero de 1848 al 44% en octubre del mismo año.

En un primer intento de salvar la situación, desde mayo de 1849 el Banco pasa a regirse por la Ley de 4 de mayo de 1849²¹, iniciativa de Alejandro Mon como Ministro de Hacienda, que toma como referencia la reorganización del Banco de Inglaterra

cuyo distrito estuviese domiciliada la compañía, a la Sociedad Económica de Amigos del País si la hubiere y al Ayuntamiento. Art. 14 del Reglamento.

²⁰ En mayo de 1848, el metálico en caja apenas representaba el 5% de los billetes circulantes. TEDDE DE LORCA, P., “El Banco de España, 1856-1874”, en VV.AA., *150 años de historia del Banco de España*. Banco de España, Madrid, 2006, pág. 80

²¹ Ley reorganizando el Banco Español de San Fernando. CLE, segundo cuatrimestre de 1849, pág. 19.

llevada a cabo por el primer ministro Robert Peel en 1844²², y que a partir de diciembre de 1849 tiene como primer Gobernador a Ramón Santillán. El capital era de 200 millones de reales, con una capacidad de emisión de hasta la mitad del capital efectivo y con la obligación de mantener en caja el equivalente a un tercio de los billetes emitidos y de constituir una reserva de hasta el 10% del capital a cargo de los resultados mediante dotaciones anuales por la mitad del exceso del beneficio tras pagar un 6% de dividendo a los accionistas.

La Ley de mayo de 1849 pretende inicialmente crear *“un solo Banco de emisión para todo el reino, dividido como el de Inglaterra por la célebre acta de 1844 en dos departamentos, uno de emisión y otro de operaciones, a cargo de un gobernador y dos subgobernadores nombrados por el Rey. La facultad de emisión se limitó a una suma que no excediese de la mitad del capital efectivo, que al Banco de San Fernando le fue señalado en los 200 millones de reales que los accionistas tenían desembolsados; pero al mismo tiempo se concedió a los de Barcelona y Cádiz, que debían convertirse en sucursales de aquél, una emisión que alcanzase la suma del total del capital que tuvieran realizado. Se prohibía al banco prestar sobre sus propias acciones y negociar con fondos públicos y se fijaron las operaciones a que debía circunscribirse”*.²³

Y ya con Santillán como impulsor desde su puesto de Gobernador y Bravo Murillo como Ministro de Hacienda, se aprueba la Ley de 15 de diciembre de 1851 que, tras los necesarios saneamientos a los que hubo que hacer frente el Banco, un vez comprobada por Santillán la incobrabilidad de activos en su cartera, se reduce el capital a 120 millones de reales y eleva la capacidad de emisión hasta un importe igual al del capital, con un encaje en metálico de un tercio, eliminando la división del Banco en dos departamentos.

2.6. Regulación bancaria hasta la Ley de 1856

Hay una cierta tendencia a considerar como la etapa inicial de la banca en España la que va desde la creación del Banco de San Carlos hasta la Ley de 1856. Etapa que se

²² La Bank Charter Act, conocida también como Bank of England Act de 1844.

²³ SANTILLÁN, *Ibidem*, pág. 298.

podría definir, desde el punto de vista regulatorio, como de legislación singular, en el sentido de que cada uno de los bancos que se van creando lo hacen al amparo de una Ley específica que regula todos los aspectos de esa entidad en particular, sin que se tenga en ningún caso la pretensión de crear un marco normativo al que deban o puedan ajustarse ni siquiera los escasos bancos que llegaron a convivir en un mismo momento del tiempo, lo que en ocasiones provoca agravios comparativos como los denunciados no pocas veces por Santillán²⁴.

Hablar sin embargo de una etapa resulta extremadamente simple para referirse a este periodo de tiempo; en realidad entre 1782 y 1856 media un abismo. En estos 75 años se liquida el Antiguo Régimen, tiene lugar la Revolución Francesa, la Independencia de los Estados Unidos, la revolución industrial, el auge del comercio mundial, el nacimiento del proletariado como clase social, ... y así una interminable lista de acontecimientos que separan la edad moderna de la contemporánea, dos mundos en realidad completamente diferentes. Lo verdaderamente sorprendente es que los bancos de este periodo tengan algo en común.

²⁴ Es obligado hacer una breve referencia los dos personajes que marcaron estos primeros años de nacimiento de la banca española, Francisco de Cabarrús y Ramón Santillán.

Francisco de Cabarrús (1752-1810) es un ilustrado casi prototípico, amigo de Jovellanos y Floridablanca, hacendista y empresario. A él se deben la idea de financiar con la emisión de Vales reales los gastos de la participación española en la guerra de independencia de los Estados Unidos y el proyecto de creación del Banco de San Carlos, todo ello cuando aún no había cumplido 30 años. Al parecer, sus cualidades morales no estuvieron a la altura de su ingenio como financiero, lo que le valió ser retratado por Goya (1788) por lo uno y una condena por malversación (1790) por lo otro.

Cabarrús accedió a ocupar la cartera de Hacienda durante el reinado de José Bonaparte, lo que debió resultar imperdonable para alguien que como Ramón de Santillán (1791-1863) tuvo por primer oficio el de militar durante la Guerra de la Independencia. Santillán fue diputado por el partido moderado, coautor de la reforma fiscal de Alejandro Mon de 1845, que supuso la instauración en España de la práctica de elaboración y publicación anual del presupuesto, él mismo Ministro de Hacienda en dos ocasiones y, sobre todo, primer gobernador del Banco de España, puesto que ocupó durante 14 años y en el que dejó una impronta que probablemente todavía perdura de alguna forma en idea de seriedad, rigor e independencia de criterio con que la sociedad percibe a la institución. Santillán es además un excelente historiador y referencia obligada para conocer la historia de estos primeros años de la banca en España; gran parte de lo que se ha escrito después está basado, cuando no copiado, de su detallada *Memoria histórica sobre los bancos Nacional de San Carlos, Español de San Fernando, Isabel II, Nuevo de San Fernando y de España* (1865). Además, resulta difícil sustraerse a la tentación de imitar su personal estilo narrativo, en el que combina la descripción pormenorizada de la actividad del banco y de los acontecimientos de la vida política de la época, con precisas explicaciones sobre las ideas económicas o financieras vigentes en su tiempo y con sus propias opiniones personales.

Y ciertamente lo tienen, y ello fundamentalmente por dos motivos. El primero es que en realidad no hay en España una verdadera banca comercial antes de 1856 (los escasos y frustrados intentos de 1844 son poco más que un efímero ensayo, con la única excepción tal vez del Banco de Barcelona); los bancos comerciales son una institución propia de la revolución industrial y del desarrollo de la producción y el comercio de bienes que lleva aparejada; con anterioridad, el modelo de institución financiera privada es el del prestamista a título personal, el banquero, que apenas si evoluciona desde la época medieval. Los primeros bancos propiamente dichos que se crean son bancos gubernamentales, son un desarrollo de los prestamistas de la Corona de siglos pasados organizados ahora en forma de sociedad mercantil. Y todos los bancos gubernamentales de todas las épocas, hasta fechas muy recientes, han desarrollado una misma y única actividad: cómo proveer fondos con los que financiar al correspondiente Tesoro sin rebasar los límites de la prudencia y cómo evitar ser arrastrado por aquél hasta situaciones que comprometan su propia existencia, lo que no pocas veces ha ocurrido.

La segunda razón por la que los bancos de esta etapa tienen algo en común a través de tan dilatado periodo de tiempo, es porque ya desde sus inicios se plantean algunos de los problemas esenciales, que son constantes que se repiten a lo largo de la historia de la banca, tanto gubernamental como comercial, algunos de ellos llegan incluso hasta hoy mismo, y están relacionados con la solvencia (capital), la liquidez (reservas metálicas), la prudencia (limitación de actividades) y la confianza, entre otros. La regulación de los bancos de esta etapa incide sobre algunos de estos aspectos básicos, que continúan siéndolo con algunos matices de la banca actual y que en resumen son los siguientes:

2.6.1. Capital.

Los bancos a los que nos estamos refiriendo son bancos privados, cuyo capital es aportado, salvo en un pequeño porcentaje en el caso del de San Carlos, por accionistas particulares. La cuantía del capital se fija sin embargo por ley en cada caso, en términos absolutos, y no parece que haya una idea clara acerca de cuál deba ser el volumen de capital necesario, que en ocasiones parece excesivo²⁵, de cuáles deban ser los criterios

²⁵ “Si a las operaciones propias de un Banco hubiera de haberse limitado el de San Carlos, el capital ... que se le señaló ..., era a todas luces exorbitante ...”. SANTILLÁN, *Ibidem*, pág.12.

para ampliarlo o reducirlo y de la necesidad o el ritmo de su desembolso. Así, a la altura de 1844, el capital nominal del Banco de Isabel II es de 100 millones de reales, que no se terminó de desembolsar hasta febrero de 1847, el de San Fernando de 40 millones desembolsados y 20 pendientes de desembolsar y el de Barcelona de 20 millones, desembolsado tan solo en un 25% hasta, al menos, 1851.

2.6.2. Emisión de billetes

El criterio habitualmente seguido en cuanto a la limitación de la capacidad de emisión de billetes es el de referenciar la cuantía máxima a la cifra de capital, en porcentajes que, a juzgar por las diferencias de entre la mitad y el duplo de éste y los cambios de criterio entre el capital nominal y el efectivo, no parece que vayan más allá de la conveniencia de fijar algún límite, pero, si no arbitrario, sí que resulta difícil encontrar una justificación precisa a los porcentajes elegidos en cada caso²⁶.

En algún momento (Banco de Isabel II) se pretendió fijar el límite de emisión en relación con el *numerario efectivo* en poder del banco, criterio que sí tiene una justificación (aunque discutible) desde el punto de vista financiero: la idea de respaldar en todo o en parte con efectivo los billetes emitidos; sin embargo, se eligió un indicador inadecuado: si no se obliga simultáneamente a inmovilizar la cuantía correspondiente de efectivo, no es posible referenciar el límite de emisión, que debe ser una cifra estable, al volumen de efectivo en caja que, por definición, es algo muy cambiante en el corto plazo. De hecho, la administración del Banco de Isabel II entendió que la limitación se refería al doble del capital efectivo (desembolsado), lo que nunca fue desmentido por el Comisario regio.

Conviene aclarar en este punto que un tema central de debate en estos años en Europa, o al menos entre los economistas británicos, es el entablado entre los partidarios de que los billetes bancarios estuviesen totalmente respaldados por oro (o moneda metálica en general) y los que consideraban que tal medida era innecesaria.

²⁶ Los criterios por lo que se regía el límite a la emisión de billetes eran un tanto volubles: el Banco de San Fernando no consiguió hasta 1846 ampliar su límite al 100% del capital; el de Isabel II tuvo inicialmente un límite igual al de *un duplo del numerario efectivo*; el de Barcelona estuvo emitiendo durante un tiempo por encima del capital desembolsado.

CAPÍTULO TERCERO
LA REGULACIÓN BANCARIA

Inicialmente, los billetes de banco eran convertibles en oro, pero en algunos casos se permitía a los propios bancos suspender temporalmente la convertibilidad. La justificación originaria de esta excepción radicaba en que, en un sistema de reserva fraccionaria, bastaba con que un número reducido pero suficientemente elevado de tenedores de billetes se pusieran de acuerdo (por ejemplo bancos competidores) y exigieran simultáneamente la conversión de sus billetes en oro, para llevar al emisor a la suspensión de pagos (lo que de hecho intentó hacer el Marqués de Salamanca con el Banco de San Fernando durante las Navidades de 1845 al pretender cobrar en efectivo todos los billetes de éste en poder del Banco de Isabel II²⁷). La consiguiente pérdida de la confianza del público que provoca una suspensión, siquiera temporal, de pagos de un banco sitúa a éste al borde de la quiebra.

La suspensión temporal de convertibilidad otorgada al Banco de Inglaterra, como consecuencia de las guerras con Francia, dio origen a principios de siglo a la conocida como *Boullonist controversy*, que se reprodujo en la década de los 40 del siglo XIX, entre los seguidores de la *Currency School*, que propugnaban la plena convertibilidad de los billetes y la limitación por tanto de la emisión de billetes al equivalente a la cantidad de oro en las cajas del banco, argumentando que la emisión de billetes sin respaldo metálico produciría efectos claramente inflacionistas, frente a los seguidores de la denominada *Banking School* que entendían que el verdadero respaldo de los billetes no era tanto el oro como los efectos de comercio representativos de transacciones reales (*Real Bill*) en el activo del banco y que cualquier desviación inflacionista sería corregida por el mercado aumentando la demanda de convertibilidad de los billetes.

La *Bank Charter Act* de 1844 dio la razón a los primeros y estableció que la cuantía total de los billetes del Banco de Inglaterra en circulación debía ser igual al agregado de los valores (*securities*), monedas de oro y lingotes de oro y plata en su poder en cada momento, limitando los valores a un máximo de 14 millones de libras (la Deuda pública en poder del Banco en ese momento) y los lingotes de plata a la cuarta parte de los de

²⁷ Episodios similares se dieron contra la sucursal del Banco de España en Valencia, por parte de las sociedades de crédito de la plaza, en 1858 y 1859.

oro, aunque dejaba al Gobierno un cierto margen para alterar en caso de necesidad estos límites, lo que de hecho ocurrió en varias ocasiones.

La *Bank Charter Act*, conocida también como *Bank of England Act* y en España como Ley de Peel, por ser el Primer Ministro Robert Peel su impulsor, fue el modelo tomado como referente para la organización del Banco de San Fernando en 1849. No se adoptó, sin embargo, en España el sistema de respaldar íntegramente con oro (o moneda metálica) la emisión de billetes, sino que se optó por el sistema de reserva fraccionaria en la que los billetes solo parcialmente están representados por moneda metálica, con la peculiaridad en el caso español de que los billetes de banco nunca fueron convertibles directamente en oro, sino en moneda metálica (de oro, de plata e incluso fraccionaria).

2.6.3. Reservas metálicas

Una cuestión central en el desarrollo de la actividad bancaria es la determinación de la proporción entre los pasivos exigibles a la vista y las disponibilidades líquidas para atender éstos en caso de su exigencia por los tenedores.

En el caso de los bancos de emisión ya hemos apuntado los problemas referidos a la forma de respaldar la emisión de billetes. Pero el problema de las reservas metálicas es común a la totalidad de los bancos, no solo a los de emisión, por cuanto está referido no solo a los billetes, sino a todos los pasivos exigibles de manera inmediata o a muy corto plazo, y no solo a la forma de materialización de los pasivos (los billetes son títulos al portador transmisibles mediante la simple entrega y los depósitos en cuenta corriente no lo son), sino a su disponibilidad (y, en este aspecto, tanto los billetes como los depósitos en cuenta corriente son disponibles a la vista).

Como hemos visto, el antecedente directo, el primer coeficiente legal exigido a la banca en España es el de reservas metálicas²⁸, que lo fijó en un tercio de los billetes emitidos y constituyó el criterio general en este periodo. No se llegó, sin embargo, a

²⁸ Algunos autores citan como primer coeficiente legal el contenido en los estatutos del nuevo Banco Español de San Fernando de mayo de 1847, pero entiendo que esta referencia es errónea porque el coeficiente de reservas metálicas ya estuvo vigente al menos para los Bancos de Isabel II y de Barcelona desde 1844.

establecer coeficiente alguno en relación con los depósitos en cuenta corriente captados del público, que en el periodo 1844-1848 llegaron a alcanzar una cierta significación en los Bancos de Isabel II y San Fernando.

El periodo no estuvo exento de tensiones de liquidez; Santillán da cuenta de ello y de los recursos a los que tuvo que apelar en diversas circunstancias (someter a los clientes a interminables colas durante días para ganar tiempo, pagar en moneda fraccionaria de reducido importe para desincentivar las retiradas de fondos,...), pero lo cierto es que no se llegó a producir ninguna suspensión de pagos de un banco.

2.6.4. Limitación de actividades

La lista de actividades permitidas a los primeros bancos españoles es ciertamente muy amplia, el objeto social incluido en la ley y en los estatutos daba para casi todo, incluso para el desarrollo de actividades que difícilmente consideraríamos hoy como propias de una entidad de crédito. En cuanto a las limitaciones propiamente dichas, las más representativas tal vez son las referidas a tres aspectos: la posibilidad de negociar con efectos públicos (agiotaje)²⁹, permitida en algunas ocasiones y prohibida las más; la capacidad para prestar con garantía de las acciones propias, que vivió todas las situaciones posibles: prohibición, admisión con el límite de una fracción de su valor y admisión sin límite alguno; y, finalmente, el plazo de las operaciones, limitado normalmente a 90 días; en algún caso la ley contemplaba la renovación por una sola vez, aunque, en realidad, la práctica de renovaciones sucesivas permitió soslayar fácilmente las limitaciones legales.

El plazo de 90 días no es una invención arbitraria del legislador. Hay que tener en cuenta que la finalidad originaria de los bancos de descuento y emisión era, precisamente, el descuento de efectos de comercio cuyo plazo de realización solo excepcionalmente alcanzaba los tres meses, lo normal eran uno o dos meses desde su libramiento. Otro tanto cabe decir de la actividad con el Gobierno, originalmente circunscrita a los anticipos, a corto plazo por tanto.

²⁹ Entendida como la actividad de comprar y vender títulos públicos con una finalidad meramente especulativa de obtención de beneficios en el corto plazo

El préstamo simple con la mera garantía personal era una actividad inexistente y solo se concibe la figura del préstamo con garantía real, la pignoración de títulos, en el caso de particulares y también la afectación de impuestos o rentas en el caso del Estado. El préstamo a largo plazo a particulares era, a juicio de Santillán, algo completamente ajeno a la actividad bancaria.

2.6.5. Órganos de gobierno, supervisión e inspección.

En cuanto al régimen general de gobierno de las entidades, ya desde los primeros bancos, aparecen los tres órganos comunes a las sociedades mercantiles con capital representado por acciones: la junta de accionistas, el consejo de administración y la dirección. Sin embargo, aún tratándose de bancos privados, la presencia de representantes del Gobierno en los órganos de administración de las entidades es una constante desde sus inicios, no solo en España. En el caso de los bancos gubernamentales, se evolucionó desde la presencia de un comisario regio hasta el nombramiento directo del gobernador y los subgobernadores, a semejanza del Banco de Inglaterra³⁰. En el caso de los bancos comerciales el Gobierno nombraba también un Comisario regio, cuyo papel, en teoría, era supervisar que las actividades del banco se mantuvieran dentro de la legalidad y del objeto social de la institución³¹ y, en realidad, su actuación en esta primera etapa es poco conocida³² y al parecer osciló entre el

³⁰ Los autores se remiten a la Ley de Peel de 1844 como modelo seguido en España, pero lo cierto es que la figura de un gobernador y dos subgobernadores de nombramiento gubernamental existía en el Banco de Francia desde mucho antes: *“une loi du 22 avril 1806 remplace le Comité central par un gouverneur assisté de deux sous-gouverneurs, nommés tous trois par l'empereur”* <http://www.banque-france.fr/fr/instit/histoire/1.htm>.

Es extraño que Santillán, declarado admirador de la organización del Banco de Francia, que toma como modelo para la del Banco de España, ni siquiera cite este hecho.

³¹ *“inspeccionará las operaciones del Banco, cuidando al mismo tiempo de la exacta observancia de sus estatutos y reglamentos”* decía el R.D. de 25 de diciembre de 1846. Este Comisario regio era retribuido por los fondos del establecimiento.

³² No así en la etapa posterior a la ley de 1856, en la que, gracias a Tortella, se conocen numerosos testimonios de la actividad de los Comisarios.

absentismo y la actuación como representante de los intereses del banco más que de los del Gobierno³³.

Siguiendo una vez más a Santillán, el papel del Gobernador no fue fácil y tuvo que enfrentarse tanto con las excesivas pretensiones del Gobierno para conseguir crédito como de los accionistas para obtener dividendos, recurriendo estos últimos en algún caso a reclamaciones que no dejan de sorprender por cuanto, siglo y medio después, el debate continúa planteado casi en los mismos términos: la pretensión de valorar a valor de mercado activos que contablemente aparecen en el balance del banco valorados por su coste de adquisición, con la pretensión de cobrar dividendos con cargo a las plusvalías nominales generadas por la revalorización³⁴.

Por lo que se refiere a la supervisión, el referente obligado, aunque solo parcialmente recogido por la legislación española del momento, es la ya citada *Bank Charter Act* de 1844, que en su sección XX otorga poderes a los Comisarios del Tesoro de su Majestad, concretamente a los *Commissioners of Stamps and Taxes*, para inspeccionar cuantos libros tengan por conveniente, de cualquiera de los bancos autorizados para emitir, en orden a asegurar la certeza y fiabilidad de las cuentas referidas a la emisión de billetes (*bank notes*) y establece una multa de 100 libras para cualquiera que rechace o impida la inspección y examen de los libros.

³³ En el caso del Banco de Barcelona, “*El primer comisario regio estuvo auspiciado por el mismo Banco y fue Antonio Barata. Este personaje pronto fue engullido por la propia institución. De hecho algunas actividades realizadas al borde de la legalidad institucional no fueron denunciadas por el Comisario Regio*”. BLASCO, Y., *El Banco de Barcelona y los orígenes de la Banca moderna en España 1844-1856*.

³⁴ El desarrollo de las discusiones, así como la vigencia del tema objeto de debate, se pueden encontrar en MORENO FERNÁNDEZ, R. “Las disputas contables en el Banco de España en 1859: valoración a precios de mercado vs valoración a precio de adquisición, el devengo y otras cuestiones”. De *Computis. Revista Española de Historia de la Contabilidad*, nº 6, junio 2007.

3. La industrialización

3.1. El desarrollo del ferrocarril

La industrialización en España se manifiesta a partir de la mitad del siglo XIX y está caracterizada por dos elementos que van a condicionar su desarrollo posterior: lo tardío de su aparición y su dependencia del exterior.

A la altura de 1850, Gran Bretaña y los principales países centro-europeos ya estaban inmersos en pleno proceso de desarrollo industrial. Las razones por las cuales este mismo proceso no se dio en España son extremadamente complejas, con raíces en la evolución social de los siglos precedentes, y de manera inmediata están relacionadas, en el plano político, con el lento y tortuoso proceso de liquidación del Antiguo Régimen y su sustitución por el Estado burgués y, más precisamente, en el plano económico, con un sistema productivo interno poco desarrollado y la carencia de un mercado colonial suficiente y, como consecuencia de ello, con el bajo nivel de acumulación capitalista de la economía española.

El desarrollo industrial solo pudo iniciarse con el cambio de las circunstancias políticas, que Tamames concreta en *la abolición de la Inquisición, de la Mesta y de los Gremios, la desamortización y el establecimiento de las bases para la integración fiscal y monetaria de las distintas áreas territoriales de los anteriores reinos; cambios que no acaecieron efectivamente hasta después de la muerte de Fernando VII, con lo que Artola ha llamado la burguesía revolucionaria, y su consolidación aún llevaría tiempo a los largo del atormentado siglo XIX*³⁵.

La carencia de capitales autóctonos fue suplida a partir de 1850 con la afluencia masiva de capital extranjero, técnica y espíritu de empresa, que estimularon un relativamente rápido e intensivo proceso de industrialización, aunque sectorialmente

³⁵ TAMAMES, R., “La autarquía española y las rémoras para el crecimiento económico posterior”. Información Comercial Española, nº 826, Noviembre 2005.

desigual y focalizado³⁶ y que, lógicamente, orientó el sentido del desarrollo industrial español en función de sus propios intereses.

Aunque con evidentes precedentes en la industria textil catalana, la manifestación paradigmática de los inicios de la industrialización en España es el ferrocarril. Si en el conjunto de países occidentales ferrocarril e industrialización van indisolublemente unidos, en el caso español todas las esperanzas de desarrollo social y económico del país se condensaron en la construcción de las primeras líneas férreas. Prácticamente todos los sectores sociales representativos en aquel momento de la vida económica del país tenían razones para depositar su confianza en que la construcción del ferrocarril y las industrias asociadas a él permitiría la salida del secular atraso respecto de Europa.

La burguesía mercantil esperaba un fuerte incremento de los flujos comerciales internos y con el exterior; la aristocracia terrateniente confiaba en colocar los cereales mesetarios en la periferia y exportar a Europa vinos, aceite y cítricos; las clases urbanas pensaban en un abaratamiento de los productos manufacturados de importación; se esperaba, en fin, que la demanda de recursos para el ferrocarril absorbería grandes cantidades de mano de obra excedentarias del campo, fomentaría la creación de una industria básica nacional y conseguiría la vertebración territorial del país y la modernización de España.

El camino elegido para la industrialización del país fue el que Tortella denomina “desarrollo vía exceso de capacidad”, es decir no tanto el fomento de actividades directamente productivas cuanto el estímulo de la inversión en capital social fijo³⁷, mediante medidas de tipo permisivo de las que cabía esperar que eliminasen algunos de los obstáculos para el desarrollo industrial (red de transportes, entrada de capitales, ...) y alentasen indirectamente las inversiones productivas.

Este clima social ampliamente favorable a la apertura a las inversiones extranjeras que aportarían el ferrocarril se vio además reforzado por la entrada en España, de la

³⁶ CARBALLO, R., G. TEMPRANO, A. y MORAL SANTÍN, JOSÉ A., *Crecimiento económico y crisis estructural en España*. Akal, Madrid, 1981, págs. 14 y 15.

³⁷ TORTELLA CASARES, G., *Los orígenes del capitalismo en España. Banca, Industria y Ferrocarriles en el siglo XIX*. Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1995, pág. 11.

mano de Flórez Estrada, de las ideas de los economistas clásicos británicos, en especial de David Ricardo y Adam Smith, y en el terreno político por el acceso al poder en 1854 de la coalición liberal progresista liderada por Espartero y O'Donell.

Para Prados de la Escosura, la *“apertura al exterior que se inicia en la década de 1850, junto con las transformaciones del marco institucional, en consonancia con la acaecida en los países de Europa occidental, subyace tras el notable crecimiento alcanzado durante los tres decenios siguientes. La entrada de capitales extranjeros permitió quebrar una estrecha vinculación entre inversión y ahorro y contribuyó a la expansión de la economía”*.³⁸

Se inaugura una etapa de la economía española, que se extendería hasta bien avanzada la Restauración, caracterizada por la industrialización del país, el libre comercio, la apertura a los capitales extranjeros y el elevado endeudamiento del Estado con el exterior, algunas de cuyas primeras manifestaciones fueron la promulgación de la Ley de Ferrocarriles de 1855 y las Leyes de Bancos y de Sociedades Anónimas de 1856.

3.2. Ley de Bancos de 1856

La Ley de 1856³⁹ partía del hecho de la existencia de tres bancos de emisión, el Español de San Fernando, que pasa a denominarse Banco de España, y los bancos de Barcelona y Cádiz.

Respetando los derechos de éstos, se permite la creación de un único establecimiento de emisión por provincia, bien sea banco particular, bien sucursal del de España⁴⁰. Las concesiones para la creación de nuevos bancos se harán por Real Decreto acordado en

³⁸ PRADOS DE LA ESCOSURA, L., “Fases del crecimiento económico en España, 1850-2000”, en VV.AA., *150 años de historia del Banco de España [1856–2006]*. Banco de España, Madrid, 2006, pág. 52.

³⁹ Ley de 28 de enero de 1856 (publicada en 29 del mismo), mandando que el Banco español de San Fernando tome en lo sucesivo el nombre de Banco de España, con lo demás que se expresa. CLE, LXVII, pág. 93.

⁴⁰ Hubo algunos problemas referidos a la interpretación del texto normativo en cuanto a la preferencia y plazos para la solicitud de autorización allí donde concurrían el Banco de España con algún otro de iniciativa privada.

Consejo de Ministros, previa audiencia del Tribunal Contencioso-Administrativo⁴¹. El Gobierno nombraría al Gobernador del Banco de España y Comisarios regios para los demás.

Los bancos de emisión quedaban facultados para emitir una suma de billetes al portador igual al triple de su capital efectivo, teniendo obligación de conservar en metálico en sus cajas la tercera parte, al menos, del importe de los billetes emitidos⁴². Los bancos quedaban autorizados para descontar, girar, prestar, llevar cuentas corrientes, ejecutar cobranzas, recibir depósitos y contratar con el Gobierno. No podían hacer préstamos bajo garantía de sus propias acciones ni negociar con efectos públicos. Los anticipos al Tesoro, solo con garantías sólidas y de fácil realización, quedaban limitados a una suma igual a la del capital efectivo.

Se estableció (art. 20) un rudimentario coeficiente de liquidez: las existencias en caja y cartera metálico (sic) y valores realizables cuyo plazo no excediese de 90 días, debían ser bastantes para cubrir los débitos por billetes emitidos, cuentas corrientes y depósitos. Igualmente se preveía la constitución de una reserva de hasta el 10% del capital efectivo, de dotación obligatoria por la mitad de los beneficios anuales en la parte que resten después de deducir un interés del capital no superior al 6%.

3.3. Ley de Sociedades anónimas de crédito

Simultáneamente a la Ley de bancos de emisión se promulga la Ley de Sociedades anónimas de crédito⁴³. Las sociedades de crédito se configuran como auténticos bancos comerciales y de negocios⁴⁴ y las actividades que tenían permitidas era

⁴¹ A diferencia de la Ley de compañías mercantiles de 1848 que exigía la autorización por Ley aprobada en Cortes para la creación de bancos.

⁴² El billete de mayor denominación permitido era el de 4.000 reales, límite que estuvo vigente un siglo y cuarto, nada menos que hasta 1978, cuando el Banco de España emitió por vez primera los billetes de 5.000 pesetas.

⁴³ Ley de 28 de enero de 1856 (publicada en 29 del mismo), fijando las reglas que deberán observarse para el establecimiento de sociedades anónimas de crédito, y sus atribuciones. CLE, LXVII, pág. 96.

⁴⁴ Las sociedades anónimas de crédito convivieron en el tiempo con las Sociedades de Giro y Banca, creadas también en forma de sociedades anónimas pero al amparo de la Ley de Sociedades por Acciones de 1848 y que dependían del Ministerio de Fomento (y no de Hacienda como las de crédito). Su número

considerablemente amplias en cuanto a su objeto: adquirir y negociar con acciones y obligaciones, tanto públicas como privadas, concesión de préstamos y créditos, constitución de depósitos en metálico y en títulos, llevanza de cuentas corrientes y emisión de obligaciones, además de toda clase de operaciones por cuenta propia o ajena referidas a cobros y pagos, creación y transformación de sociedades y administración y arrendamiento de contribuciones y empresas públicas.

Las actividades que no tenían permitidas o estaban expresamente prohibidas son muy pocas: no podían, lógicamente, emitir billetes a la vista y al portador, actividad reservada a los bancos de emisión, aunque sí podían emitir obligaciones al portador y a plazo mayor de 30 días, lo que de hecho las convertía en sustitutos del dinero, en especial en aquellas plazas donde no se instalaron bancos de emisión. Tampoco podían, o al menos no se contempla expresamente en la Ley, prestar sin garantías reales. La suscripción de obligaciones era sin embargo libre, aunque requerían autorización del Gobierno para contratar empréstitos con naciones extranjeras.

La limitación de sus actividades, más que por la vía de las prohibiciones, se desarrolló por el procedimiento, ciertamente ya muy moderno⁴⁵ aunque todavía algo impreciso, de la fijación de coeficientes:

- La adquisición de fondos públicos queda limitada a la mitad del capital efectivo.
- Los préstamos sobre acciones propias, permitidos hasta el 60% del valor de cotización de los títulos dados en garantía y a un plazo máximo de dos meses, se limita al 10% del capital efectivo.
- La emisión de obligaciones no podía superar el importe de la cartera de valores (acciones y obligaciones, públicas y privadas) y el límite de emisión queda

no obstante no debió ser muy elevado. Véase TORTELLA CASARES, G., *Los orígenes del capitalismo en España. Banca, Industria y Ferrocarriles en el siglo XIX*. Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1995, págs. 9 y 66.

⁴⁵ Muy moderno porque la mayoría de los coeficientes se fijan en función del capital efectivo: siglo y medio después éste continúa siendo el procedimiento utilizado en todo el mundo para limitar la actividad de las entidades de crédito y, así, el actual estándar internacional de solvencia, la denominada Ratio BIS, pone en relación los recursos propios (capital y reservas básicamente) con los activos ponderados por riesgo.

fijado en diez veces el capital (cinco veces, si el capital no estuviese totalmente desembolsado).

- La suma de las obligaciones emitidas a menos de un año y las cantidades recibidas en cuentas corrientes tiene como límite dos veces el capital efectivo.

Estos dos últimos constituyen lo que podríamos llamar coeficientes de apalancamiento⁴⁶. Uno a corto plazo (obligaciones a menos de un año y cuentas corrientes) que, en la medida en que son pasivos financieros próximos al dinero, guardan una cierta relación con el límite de emisión de billetes de los bancos de emisión, aunque en éste no se incluyeron los saldos en cuenta corriente y, ni en un caso ni en otro, se contempla la inclusión de los depósitos.

El segundo de los coeficientes de apalancamiento limita la emisión total de obligaciones a diez veces el capital y, simultáneamente, está limitando la capacidad de inversión en la cartera de renta fija y variable a una cantidad equivalente. Aparentemente lo que se pretende conseguir es un equilibrio entre inversión y financiación a largo plazo, lo que unido a la limitación a la adquisición de fondos públicos, parece indicar la intencionalidad de la norma de orientar la actividad de las sociedades de crédito hacia la inversión empresarial.

⁴⁶ De manera muy esquemática, podríamos definir la ratio de apalancamiento como aquella que relaciona los recursos propios con los ajenos. La totalidad de los activos (A) de un banco se financian con una combinación de recursos ajenos (P) y de recursos propios (C). En estos últimos se incluye no solo el capital, sino también las reservas, los resultados retenidos y otros elementos integrantes del patrimonio, generalmente netos de acciones propias en cartera y otros activos intangibles.

La ratio de apalancamiento se suele presentar de dos formas: o bien relacionando los recursos propios con los ajenos (C/P), o bien relacionado los recursos propios con los activos totales (C/A, o su inversa A/C). En ambos casos, la ratio nos da una idea de en qué medida los accionistas están contribuyendo a la financiación del banco. Así, una ratio de apalancamiento de $C/P = 1$, o su equivalente $A/C = 2$, nos indicaría que la totalidad del activo (2x) se está financiando a partes iguales con recursos propios y ajenos (1x : 1x).

El establecimiento de coeficientes máximos de este tipo (coeficientes de garantía) limitan la capacidad de apelación a la financiación ajena en función del patrimonio propio y, por tanto, las posibilidades de inversión total. Siguiendo con el ejemplo anterior, si el coeficiente máximo de apalancamiento fuese $C/P=0,5$, el banco podría obtener recursos ajenos por hasta el doble de sus recursos propios (P máx. = 2C) y sus posibilidades de inversión se elevarían hasta el triple de los recursos propios: $A = P+C = 2C+C = 3C$.

A propósito de estos coeficientes cabe hacer dos comentarios adicionales. El primero es que el coeficiente de apalancamiento era ciertamente muy elevado. Sin considerar los depósitos, las posibilidades de endeudamiento vía emisión de obligaciones más saldos en cuentas corrientes suponía un máximo de hasta doce veces el capital efectivo⁴⁷. Para hacernos una idea de la dimensión de esta cifra baste señalar que, actualmente, para el conjunto de entidades de crédito españolas, la proporción entre los recursos ajenos totales (incluyendo depósitos) y la suma de capital y reservas es de unas 7 veces⁴⁸. No parece por ello acertada la afirmación de Tortella de que los límites cuantitativos a la emisión de obligaciones en los términos de la Ley de Sociedades de Crédito eran bastante estrictos⁴⁹. De hecho, salvo excepciones, este coeficiente no fue superior a 2 durante toda la vida de las sociedades de crédito, como el propio Tortella muestra en sus cuadros.

El segundo comentario es que el límite máximo de 12 a 1 en la relación recursos ajenos sobre capital equivale a un coeficiente bruto de solvencia, es decir, la relación entre capital y activos, de 7,7%. No hay que descartar que se trate de una coincidencia, pero el coeficiente de solvencia mínimo exigible actualmente es del 8%, aunque de los activos ponderados por riesgo, lo que no parece un gran avance en siglo y medio. Al menos habrá que reconocer una cierta intuición del legislador español acerca de cómo de capitalizadas debían estar las sociedades de crédito⁵⁰.

Al menos sobre el papel, vistas en conjunto, las dos leyes de 1856 constituyen una regulación bastante completa del sistema crediticio, tanto en lo que se refiere a sus posibilidades de financiación, donde ya están configuradas las principales fuentes típicas de recursos de los bancos modernos (capital, captación de depósitos y emisión de

⁴⁷ Suponiendo que la totalidad de la financiación a menos de un año se materializase en cuentas corrientes (máximo dos veces el capital) y de la financiación a largo plazo en obligaciones (máximo diez veces el capital).

⁴⁸ Boletín Estadístico del Banco de España, Cuadro 4.2 Pasivo.

⁴⁹ TORTELLA CASARES, G., *Los orígenes del capitalismo en España. Banca, Industria y Ferrocarriles en el siglo XIX*. Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1995, pág. 136.

⁵⁰ No parece que la elección del 8% que se fijó en el Acuerdo de capitales de Basilea de 1988 tenga mucha más consistencia. Véase POVEDA, R., *Basilea II*, FUNCAS, Madrid, pág. 51, y GASOL, A., *La industria bancaria en el marco de Basilea II*, ACCID, Barcelona, 2006, pág. 190.

valores, tanto a corto como a largo plazo), así como en lo relativo a la naturaleza de sus inversiones, menos desarrollada en este caso en cuanto a instrumentos pero igualmente clara en cuanto a sus objetivos (participación/financiación, pública/privada, a corto/largo plazo), como, finalmente, en lo referido a los diferentes coeficientes que, aun esquemáticamente, recogen ya la preocupación por los aspectos esenciales de la regulación de la actividad bancaria (solventia, liquidez, equilibrio patrimonial) y prefiguran los coeficientes que se irán desarrollando en años posteriores (de reservas metálicas, de inversión, y de garantía o solventia).

3.4. Las primeras Sociedades de crédito.

En mismo día de la publicación de la Ley que las regula se aprueban las tres primeras Sociedades de crédito que tienen en común el ser de iniciativa y en buena medida de capital franceses, contar en sus Consejos con la participación de la élite política y financiera española (en algún caso compartiendo consejeros con el Banco de España) y tener una clara vocación inversora en el desarrollo del ferrocarril.

El Crédito Mobiliario Español fue constituida por los hermanos Péreire siguiendo el ejemplo del *Crédit Mobilier* francés, con un capital nominal de nada menos que 456 millones de reales (el capital del Banco de España era por entonces de 120 millones de reales), que se llegó a desembolsar en su integridad en 1864. El Crédito Mobiliario se configura desde sus inicios además de como un banco comercial⁵¹ como una verdadera estructura *holding*, con inversiones que pretendían abarcar la casi totalidad del ciclo industrial, desde la extracción de carbón en Asturias, Cantabria y León, su transporte por ferrocarril (Compañía de los Caminos de Hierro del Norte de España) hasta hipotéticas futuras factorías metalúrgicas, o su transformación en gas para el abastecimiento urbano (Gas Madrid).

La Sociedad Española Mercantil e Industrial se crea por iniciativa de la casa Rothschild con un capital nominal de 304 millones de reales, pero nunca llegó a tener

⁵¹ En el balance a 31 de diciembre de 1857, el 23% de su pasivo eran cuentas corrientes y el conjunto de recursos ajenos suponían más del 30%, aunque Tortella pone en cuestión la verdadera naturaleza de los saldos incluidos en aquella época bajo el epígrafe de cuentas corrientes, que parece ser una especie de cajón de sastre.

desembolsados más de 91 millones. Su principal inversión en España fue la Compañía de los Ferrocarriles Madrid-Zaragoza-Alicante (MZA) y su plan de negocio pasaba por atraer capitales españoles, más que por la aportación de capitales propios, por lo que mostró mucho interés (y menos éxito) en la captación de depósitos y cuentas corrientes.

Parece ser que los Rothschild nunca llegaron a sentirse cómodos con sus inversiones en España, ni la legislación les pareció apropiada, ni la actitud empresarial la adecuada, ni, en suma, se llegaron a convencer de las excesivas expectativas de desarrollo, crecimiento y rentabilidad del ferrocarril imperantes en la sociedad española del momento.

La Compañía General de Crédito en España fue creada por iniciativa de Alfred Prost (que era, a su vez, director de la *Compagnie Generale des Caisses d'Escompte*) y de los hermanos Guilhou, con un capital de 399 millones de reales de los que se llegó a desembolsar aproximadamente un tercio. Al igual que las dos anteriores sus principales inversiones fueron los ferrocarriles, en este caso la Compañía de Ferrocarril de Sevilla a Jerez y Cádiz, aunque, al menos inicialmente, las inversiones de la General de Crédito tendieron a una mayor diversificación, y se extendieron a otras ramas de actividad como los seguros (dando origen a La Unión, que posteriormente se fusionaría con El Fénix), la minería (Compañía General de Minas de España, con explotaciones, no solo de carbón, repartidas por toda la península) y una red de fábricas de gas en distintas ciudades. Desde el punto de vista bancario, lo más original de la General de Crédito fue la creación de la Sociedad General Española de Descuentos, a semejanza de las *Caisses d'Escompte*, que bajo la forma de sociedad de giro y banca, abrió sucursales en diversas plazas y tuvo un cierto éxito en la captación de depósitos, recursos con los que a su vez financiaba (en exceso como a la postre se demostró) a su casa matriz.

Citando a Tortella, *puede decirse con confianza que más de tres quintos, y quizás incluso tres cuartos, de las inversiones realizadas por las tres compañías de crédito francesas en España se hicieron en los ferrocarriles en los años inmediatamente posteriores a su fundación*⁵², lo que unido a la financiación otorgada al Gobierno

⁵² TORTELLA CASARES, G., *Los orígenes del capitalismo en España. Banca, Industria y Ferrocarriles en el siglo XIX*. Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1995, pág. 78.

explica la práctica totalidad de sus activos, dado que el crédito comercial era muy reducido cuando no inexistente. Por lo que se refiere a sus fuentes de financiación, al menos en sus comienzos, los recursos propios son, sin duda, predominantes, aunque es difícil conocer si ello obedeció a una estrategia intencionada o estuvo causado por las dificultades en la captación de recursos ajenos en forma de cuentas corrientes, que, a diferencia de los bancos de emisión, eran remuneradas en las sociedades de crédito, o en la colocación de emisiones de obligaciones, en especial a largo plazo.

Por lo que se refiere a sociedades de crédito en otras plazas, las más importantes fueron la Sociedad Catalana General de Crédito, constituida en Barcelona por comerciantes y capitalistas locales con 120 millones de reales de capital nominal, con la finalidad manifiesta de ser un banco industrial, por cuanto hizo expresa su intención de dedicar a préstamos y descuentos comerciales tan solo los excedentes, involucrada igualmente en la financiación de los ferrocarriles, en este caso de Zaragoza a Barcelona y la conexión con la frontera francesa. En Valencia, la Sociedad Valenciana de Fomento, que venía funcionando desde mucho antes, se constituyó como sociedad de crédito en 1859 y sus inversiones se centraron, además de en el ferrocarril, en el abastecimiento de aguas de Valencia y en la construcción de su puerto. En conjunto, durante los cinco primeros años de vigencia de la Ley se crearon una docena de sociedades de crédito en España y durante los años de fuerte auge financiero que precedieron a la crisis de 1866 su número llegó a un total de unas 35 sociedades, de las que las dos terceras partes no sobrevivieron⁵³.

Por lo que se refiere a los bancos de emisión, tras la aprobación de la Ley se crean bancos en Málaga (junio 1856), Sevilla (noviembre 1856), Valladolid (abril 1857), Zaragoza (agosto 1857), Santander (agosto 1857), Bilbao (agosto 1857) y La Coruña (noviembre 1857); y así hasta un total de 21 bancos que llegó a haber durante el periodo de pluralidad de bancos de emisión entre 1856 y 1874. En todos los casos, los promotores eran comerciantes y hombres de negocios de las correspondientes plazas,

⁵³ Tedde reduce aún más la cifra de las que llegaron con vida a 1874: cuatro de las treinta y cuatro creadas desde 1856

con una notable ausencia de terratenientes y de la aristocracia rural entre sus iniciales accionistas.

3.5. La crisis de 1864

Al amparo de la Ley de 1855 la aportación del ferrocarril en estos primeros pasos de la industrialización fue, sin embargo, mucho menor de lo esperado. La Ley de Ferrocarril otorgó una tan amplia libertad de importación que prácticamente todo, desde las locomotoras al utillaje más elemental resultó de procedencia foránea, como lo fueron los ingenieros, el personal ejecutivo y hasta los obreros cualificados. El diseño de la red (radial) obedeció a las necesidades de la industria europea, necesitada de materias primas, que de esta forma consiguió el acceso a los yacimientos mineros peninsulares y, todo lo más, permitió colocar la producción agraria interior en los puertos de la periferia facilitando su exportación. Pero ni impulsó el desarrollo de una industria básica ni alentó en suficiente medida la expansión de un mercado interior de dimensión adecuada.

Desde el punto de vista de la economía financiera, el ferrocarril absorbió la práctica totalidad de los recursos financieros del país que, en detrimento de cualquier otra alternativa de inversión, se orientaron o bien hacia la Deuda pública, que el Estado se vio obligado a emitir para subvencionar las iniciativas ferroviarias, agravando la crónica situación deficitaria del Tesoro, o bien hacia las instituciones financieras privadas, algunas de capital extranjero también, que canalizaron las inversiones extranjeras y el ahorro nacional, casi exclusivamente, hacia las compañías concesionarias⁵⁴, generándose además unas excesivas expectativas de rentabilidad que, una vez defraudadas, se llevaron por delante a no pocas sociedades ferroviarias y a buena parte del sistema financiero apenas diez años después.

A la altura de 1864 era ya evidente que las compañías de ferrocarriles eran absolutamente incapaces de generar recursos, no ya para rentabilizar las enormes inversiones realizadas, sino ni siquiera para atender el pago regular de los intereses de la

⁵⁴ TORTELLA CASARES, G., *Los orígenes del capitalismo en España. Banca, Industria y Ferrocarriles en el siglo XIX*. Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1995, pág. 15.

deuda. En octubre de ese año se produce la suspensión de pagos de la Compañía General de Crédito en España, arrastrada por sus inversiones ferroviarias (que representaban el 85,6% de su activo⁵⁵), y con ella su filial la Sociedad General Española de Descuentos. En el mismo mes se produce la estrepitosa caída del Banco de Valladolid y de las sociedades de crédito de la provincia en un episodio de colusión y estafa en el que a la pérdida de valor de sus inversiones hay que unir la falta de escrúpulos de sus administradores.

3.6. Inspección y supervisión.

En un intento por atajar lo que se veía venir, en julio de 1865 se organiza el Cuerpo de Inspectores de Sociedades de Crédito⁵⁶ de vida efímera ya que fue disuelto por el Gobierno tras la Revolución de 1868 y al que Tortella atribuye escasa eficacia⁵⁷, puesto que no consiguieron evitar la situación de pánico vivida apenas un año después de su creación, y alguna responsabilidad en la crisis, ya que las propias sociedades soportaban la remuneración de los inspectores y su actuación aumentó la desconfianza de los acreedores en la solvencia de las entidades⁵⁸. En su descargo, el mismo Tortella reconoce la validez de sus *autorizados y detallados* informes⁵⁹.

⁵⁵ TORTELLA CASARES, G., *Los orígenes del capitalismo en España. Banca, Industria y Ferrocarriles en el siglo XIX*. Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1995, pág. 258

⁵⁶ Artículo 13 de la Ley de Presupuestos de 15 de julio de 1865. CLE, XCVI, pág. 57, y Real decreto de 30 de julio (publicado el 18 de agosto) aprobando el reglamento para la inspección de las sociedades anónimas de crédito. CLE, XCVII, pág. 232.

⁵⁷ TORTELLA CASARES, G., *Los orígenes del capitalismo en España. Banca, Industria y Ferrocarriles en el siglo XIX*. Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1995, pág. 66

⁵⁸ Curiosamente este último argumento se repitió ante la presencia de inspectores del Banco de España en la Caja de Castilla la Mancha algunos meses antes de su intervención por aquél en marzo de 2009.

⁵⁹ En 1910 hubo otro proyecto de crear, dentro del Ministerio de Fomento, un Cuerpo Oficial de Contadores Jurados que tendrían a su cargo la realización de auditorías de Bancos y sociedades anónimas conforme a un proyecto de Ley de Inspección de Bancos que el ministro Fermín Calbetó presentó en el Senado en el mes de octubre. FAUS MOMPART, E., *Regulación y desregulación*. Ed. Península, Barcelona, 2001, pág. 71.

3.7. La crisis de 1866

El viernes 11 de mayo de 1866 se produce la suspensión de pagos del banco londinense Overend, Gurney and Company⁶⁰ arrastrado por el desplome de los valores bursátiles en la Bolsa de Londres.

Esta crisis, la primera gran crisis financiera de dimensión europea, se traslada a España por partida doble, además de la caída de las cotizaciones de las compañías ferroviarias, el Estado español se tiene que enfrentar a la imposibilidad de negociar sus empréstitos en el exterior⁶¹ y, en consecuencia, de financiar nuevas subvenciones exigidas por las compañías que, a la altura de 1865 y ante la insuficiente generación de resultados, se veían irremisiblemente avocadas a la suspensión de pagos. Para la banca, la crisis fue demoledora como consecuencia de la elevada concentración sectorial de sus riesgos: prácticamente todo su activo estaba comprometido en préstamos, obligaciones y acciones de compañías ferroviarias.

El resultado para sociedades de crédito y bancos de emisión fue, sin embargo, bastante desigual. En el caso de los segundos, tan solo dos, los bancos de Cádiz y de Valladolid se vieron directamente avocados al cierre, en el caso del de Valladolid por razones que tienen más que ver con aspectos fraudulentos que estrictamente financieros. En opinión de Tortella, los bancos de emisión incluso contribuyeron a paliar los efectos de la crisis: durante la segunda mitad del siglo el pago de la Deuda pública obligó a la exportación de enormes cantidades de moneda metálica y solo gracias al dinero

⁶⁰ La suspensión de pagos del Overend, Gurney and Company es la última de un gran banco producida en el Reino Unido con anterioridad a la de Northern Rock en septiembre de 2007.

⁶¹ El Ministro de Hacienda, Manuel Alonso Martínez, se encontraba negociando con la banca inglesa, el Overend entre otros, un empréstito de 400 millones de reales, a cambio de otorgarles la concesión para la creación de un nuevo Banco nacional, que sustituiría al Banco de España, con un capital de 1.200 millones de reales (seis veces el del Banco de España). El proyecto de Ley se presentó en el Congreso en abril, lo que motivó la dimisión del Gobernador del Banco de España. Lógicamente, la operación se vino al traste tras el 11 de septiembre. Véase TORTELLA CASARES, G., *Los orígenes del capitalismo en España. Banca, Industria y Ferrocarriles en el siglo XIX*. Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1995, pág. 278, y TEDDE, P., “El Banco de España, 1856-1874”, en VV. AA., *150 años de historia del Banco de España [1856 – 2006]*. Banco de España, Madrid, 2006, pág. 104.

fiduciario creado por los bancos de emisión se pudo mantener los niveles de circulación de medios de pago y de crédito necesarios para la actividad económica.

En el caso de las sociedades de crédito no hay duda que la principal razón de su debacle fue la excesiva concentración de riesgos en un único sector de la economía, los ferrocarriles, que las arrastró con su propia caída. Convendría sin embargo prestar también atención a algún otro factor que no parece suficientemente considerado por los autores, en especial el referido a la incapacidad del sector bancario para la captación del ahorro doméstico en una cuantía significativa y la escasa actividad en materia de financiación comercial.

En efecto, si algo llama la atención sobre la estructura de inversión/financiación de las sociedades de crédito es el peso de sus recursos propios, hasta el punto que puede afirmarse que la práctica totalidad de las inversiones ferroviarias se acometieron con su propio capital, como corresponde más a una sociedad de capital riesgo que a una entidad de crédito.

Hay algunos factores que pueden explicar este fenómeno. El más importante tal vez sea las elevadas expectativas de beneficios que se generaron en torno al ferrocarril y que dieron lugar a unos dividendos en las entidades de crédito que raras veces se situaron por debajo del 10% anual y no eran infrecuentes por encima del 20%. En un contexto de tipos de interés que permitían remunerar las cuentas corrientes al 2% (en las sociedades de crédito; los bancos de emisión tenían prohibido remunerarlas) y las obligaciones algo por encima del 3%, parece evidente que el atractivo de las acciones de las entidades de crédito superaba con mucho al de los instrumentos de deuda, aspecto que no pudo pasar desapercibido para aquellos que tenían capitales prestables en cuantía significativa.

Esta situación tiene una doble vertiente que es necesario citar y es que la financiación con recursos propios de las inversiones permanentes en sociedades vinculadas es una práctica que hoy se considera ortodoxa y que permitió que los principales perjudicados de la crisis fuesen los accionistas de las sociedades de crédito (bien es cierto que, en su mayor parte, ya habían recuperado con creces sus inversiones vía dividendos) y solo en algunos casos los acreedores, lo que a su vez estaría

relacionado con el hecho de que la crisis no se traspasase con igual intensidad a los bancos de emisión, cuyos acreedores no se sintieron presa del pánico.

En segundo término, precisamente la fuerte concentración de inversiones en un único sector económico, el ferroviario, eliminaba el efecto dilución de riesgos que es propio de la actividad bancaria cuando el activo está suficientemente diversificado, de forma que, en último término, casi el mismo riesgo asumía el accionista que el acreedor, puesto que el dinero de ambos estaba, todo, invertido en un único negocio. Probablemente esto, junto a la baja rentabilidad que ofrecían y la casi nula liquidez, explique el reducido éxito que tuvieron las sociedades de crédito en la emisión de obligaciones a largo plazo (que, como he tratado de explicar con anterioridad, no parece debido a la limitación cuantitativa de la ley).

Un tercer aspecto en el que convendría profundizar es el referido expresamente al ahorro doméstico. No es en modo alguno evidente que hubiese un volumen suficiente de ahorro doméstico como para constituirse en una fuente de financiación de la economía, en el sentido moderno del término, que las entidades de crédito pudiesen canalizar. Sí que lo hubo en forma de capital, en el que los inversores autóctonos acompañaron al nada despreciable capital procedente del exterior; pero parece que las fuentes de donde proceden capital y ahorro no son intercambiables (al menos no lo eran antes de lo que se dio en llamar capitalismo popular en los años 80 del siglo XX).

Tampoco está claro si los instrumentos de captación del ahorro eran los adecuados: los billetes solo circulaban en algunas pocas plazas y las obligaciones a corto plazo se utilizaban como billetes en las demás, de forma que, en realidad, funcionaron como instrumentos de pago nada apropiados para la materialización del ahorro; las obligaciones a largo llevaban aparejados los problemas de falta de liquidez, elevado riesgo y baja rentabilidad antes comentados; las cuentas corrientes no parecen tampoco el instrumento más adecuado en sociedades tan poco bancarizadas como lo era entonces la española y, por último, los depósitos a plazo, que sí reúnen las características necesarias, no gozaban de la suficiente difusión y experiencia como para resultar útiles.

En contra de estos argumentos habría que decir que algunas entidades sí que tuvieron éxito en la captación del ahorro entre las clases urbanas y la burguesía comercial: las sociedades de crédito valencianas y alguna catalana, las sucursales provinciales de la filial de Descuentos de la General de Crédito o el Banco de Barcelona en algunos momentos.

Finalmente, un aspecto que no debe despreciarse es la posible falta de interés de las entidades en la captación de ahorro en forma de depósitos, que podría haber estado motivado por la elevada volatilidad que introducía en los balances de las entidades. El ahorro materializado en forma de pasivos bancarios a corto plazo resulta extremadamente sensible a las situaciones de desconfianza y la ausencia de activos líquidos o fácilmente liquidables (la Bolsa tampoco contribuía sustancialmente a otorgar liquidez, no existían mecanismos de redescuento, ni prestamista de última instancia, ...) los convierte en una fuente de conflictos potenciales para la estabilidad de las entidades. Utilizar recursos exigibles a la vista para financiar inversiones ilíquidas habría resultado excesivamente arriesgado, como ya advirtiera Santillán y como pudo comprobar la Compañía General de Crédito en España al suspender los pagos a sus acreedores.

En apoyo de esta idea las cifras aportadas por Tortella muestran que la emisión de billetes, salvo situaciones puntuales, se mantuvo por debajo de los límites permitidos, que la creación de dinero⁶² por los bancos de emisión en el periodo 1856-1860 alcanzó un máximo de la insignificante cifra de 134 millones de pesetas (recuérdese que solo el capital de la mayor de las sociedades de crédito fue de 114 millones) y que, con anterioridad a la crisis, la relación activo/capital era de 4,6 para los bancos de emisión y de apenas 1,75 para las sociedades de crédito⁶³. Dicho en términos actuales, las

⁶² Billetes en circulación más cuentas corrientes menos metálico en caja. TORTELLA CASARES, G., *Los orígenes del capitalismo en España. Banca, Industria y Ferrocarriles en el siglo XIX*. Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1995, pág. 105

⁶³ Con posterioridad a la crisis las cifras eran incluso inferiores. Sin embargo, solo unos años después, en 1873, el Banco de Castilla, un banco hipotecario, presentaba una ratio de activos/capital de 68,3. Véase TORTELLA CASARES, G., *Los orígenes del capitalismo en España. Banca, Industria y Ferrocarriles en el siglo XIX*. Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1995, pág. 331.

entidades de crédito del momento desaprovecharon una enorme capacidad de apalancamiento.

En suma, parece que quienes lo intentaron, y a pesar de lo poco sofisticado de los instrumentos utilizados, sí que consiguieron captar ahorro nacional en cuantía suficiente para financiar una parte significativa, aunque no determinante, de sus operaciones; tampoco parece que la volatilidad de los pasivos fuese un obstáculo para quienes encontraron inversiones suficientemente diversificadas y a corto plazo (básicamente, el crédito comercial en plazas con industria y comercio local), por lo que todo parece indicar que los bancos de emisión y las sociedades de crédito mayores no mostraron gran interés en este tipo de actividades de captación de depósitos e inversión a corto plazo: introducían demasiada volatilidad por el pasivo y, en comparación con las inversiones alternativas, Deuda y ferrocarriles, aportaban reducida rentabilidad por el activo, conclusión que resulta coherente con la crítica generalizada de que la banca no contribuyó significativamente, ferrocarriles y Estado al margen, a la financiación de la industria nacional ni desempeñó eficazmente su labor de intermediación entre el ahorro y la inversión.

La crisis de 1866 tiene como efecto colateral el poner al descubierto todas las miserias de un régimen político que, además de corrupto, se muestra por completo incapaz de dar respuesta a los problemas económicos que el país tenía planteados, y en septiembre de 1868 tiene lugar la Gloriosa Revolución, de corte liberal. En el terreno de la política económica los personajes claves serán Manuel Ruiz Zorrilla, José Echegaray y Laureano Figuerola. Se instaura la peseta como unidad monetaria, se produce un acercamiento a la Unión Monetaria Latina, promotora de un incipiente sistema monetario europeo (bimetalista) y se intenta, lamentablemente sin éxito, dar con una solución al problema de la Deuda del Estado.

3.8. Ley de Sociedades de 1869

En octubre de 1868⁶⁴ se deroga la Ley de Sociedades Anónimas de 1848, aunque se permite a las sociedades existentes elegir entre continuar sometidas a la ley derogada o regirse por el Código de Comercio, y un año después, en octubre de 1869, se promulga una nueva Ley de Sociedades⁶⁵ que sustituye a la de 1848 y en la que se consagra la libertad de establecimiento de bancos, incluso de emisión, desapareciendo la distinción con las sociedades de crédito, y de toda clase de sociedades mercantiles por acciones, que ya no precisarían de autorización para operar, bastando la escritura de constitución y su inscripción en el registro mercantil. Se suprimen los límites a la emisión de obligaciones y de billetes, salvo lo previsto en los estatutos (cuyo régimen se liberalizó igualmente por Ley de 21 de enero de 1870), se elimina la sujeción de la inspección y vigilancia del Gobierno, completando el Decreto de 10 de diciembre del año anterior que había suprimido el Cuerpo de Inspectores de sociedades de crédito, y se suprime la figura de los Comisarios regios, excepto para el Banco de Barcelona. En el caso del Banco de España, el Gobierno continuaría nombrando al Gobernador. Se mantuvo sin embargo el privilegio de emisión, hasta expirar la concesión, de los bancos que lo tenían en ese momento, en sus respectivas plazas. Las competencias sobre las instituciones de crédito fueron transferidas al Ministerio de Fomento (desde el de Hacienda) por un Decreto de 5 de julio de 1870.

Al amparo de la Ley de 1869 se crearon el Banco de Castilla, banco hipotecario de iniciativa privada, emisor de obligaciones hipotecarias que colocó con éxito en Gran Bretaña, el Banco Popular Español de Barcelona, especializado en el crédito local y emisor igualmente de obligaciones a largo plazo adquiridas por inversores franceses y, en especial, el Banco Hipotecario, creado en 1872 como banco semioficial al que, en compensación por un empréstito de 100 millones de pesetas concedido al Gobierno

⁶⁴ Decreto de 28 de octubre (publicado en 29 del mismo) derogando la Ley de Sociedades anónimas de 28 de enero de 1848 y el reglamento y demás disposiciones dadas para su ejecución y mandando que aquellas se sometan a las prescripciones del Código de Comercio mientras no se legisle sobre la materia. CLE, segundo semestre de 1868, pág. 516.

⁶⁵ Ley de 19 de octubre (publicada en 21 del mismo) declarando libre la creación de Bancos territoriales, agrícolas y de emisión y descuento, y de Sociedades de crédito y demás asociaciones que tengan por objeto cualquier empresa industrial o de comercio. CLE, segundo semestre de 1869, pág. 650.

liderado por el Banco de París y de los Países Bajos, se le otorga la condición de agente del Tesoro en lo relativo al crédito territorial, desamortización y deuda pública y, a partir de 1875, se le reserva en exclusiva la condición de banco hipotecario⁶⁶ y el privilegio de emisión de obligaciones hipotecarias⁶⁷, de forma que, en realidad, su principal actividad durante sus primeros años de vida fue la financiación a largo plazo al Estado y no aquella para la que se había creado, el crédito hipotecario a particulares⁶⁸.

3.9. El Decreto Echegaray

La difícil situación de la Hacienda pública, agravada además por una nueva guerra carlista, está en el origen tanto de la concesión otorgada al Banco Hipotecario como en el monopolio de emisión concedido al Banco de España en 1874⁶⁹. En una situación financiera desesperada para el crédito de la nación, Echegaray, Ministro de Hacienda, liberal convencido y enemigo de los monopolios, se ve sin embargo forzado a vender lo único que un Estado prácticamente en bancarrota tiene para vender: privilegios.

El Decreto Echegaray⁷⁰, al menos su inicio, forma parte de los clásicos de la literatura jurídico-financiera:

Sr. Presidente: Abatido el crédito por el abuso, agotados los impuestos por vicios administrativos, esterilizada la desamortización por el momento, forzoso es acudir a otros medios para consolidar la Deuda flotante y para sostener los enormes gastos de la guerra que ha dos años aflige a la mayor parte de nuestras provincias.

En tan críticas circunstancias, cediendo a las exigencias de la realidad presente y a las apremiantes necesidades de la lucha, el Ministro que suscribe, de acuerdo

⁶⁶ Real Decreto de 24 de julio (publicado en 28) disponiendo que el Banco de crédito territorial creado en Madrid con el título de Banco Hipotecario de España se considere como el único en su clase. CLE, segundo semestre de 1875, pág. 140.

⁶⁷ El Código de Comercio de 1885 se refiere en su artículo 201 al privilegio de emisión de *obligaciones y cédulas al portador* del que disfruta por leyes especiales el Banco Hipotecario.

⁶⁸ TORTELLA CASARES, G., *El desarrollo de la España contemporánea. Historia económica de los siglos XIX y XX*. Alianza, Madrid, 1999, pág. 145.

⁶⁹ TORTELLA CASARES, G., *Los orígenes del capitalismo en España. Banca, Industria y Ferrocarriles en el siglo XIX*. Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1995, pág. 315

⁷⁰ Decreto del Ministerio de Hacienda de 19 de marzo de 1874 (Gaceta de Madrid de 23).

CAPÍTULO TERCERO
LA REGULACIÓN BANCARIA

con el Consejo de Ministros, se propone crear bajo la base del Banco de España y con el auxilio de los Bancos de provincias un Banco Nacional, nueva potencia financiera que venga en ayuda de la Hacienda Pública, sin desatender por esto las funciones de todo Banco de emisión. Tres objetos principales ha de llenar el nuevo establecimiento:

1º Recoger las inmensas masas de valores que como pedazos del Patrimonio nacional andan divididas y dispersas en prenda de múltiples operaciones, y darlas vida al amparo de nuevos y sólidos capitales.

2º Realizar la circulación fiduciaria única, pero voluntaria y garantida siempre de reservas metálicas.

3º Venir eficazmente en ayuda del comercio llevando el beneficio del descuento y de la emisión, primero, al mayor número posible de nuestras plazas, y más tarde, a medida que el país se tranquilice, a todas ellas.

El Banco de España prestó al Estado 125 millones de pesetas y obtuvo a cambio el monopolio de emisión. Amplía su capital hasta los 100 millones de pesetas y se le permite emitir billetes hasta el quintuplo de su capital.

Se ofreció a los bancos provinciales la posibilidad de fusionarse, canjeando sus acciones a la par con las del Banco de España, o continuar como bancos independientes pero sin capacidad de emisión⁷¹; solo los bancos de Barcelona, Bilbao, Reus y Santander continuaron la actividad, los once restantes aceptaron la integración en el Banco de España⁷².

⁷¹ En España, el principal representante de los partidarios de la libertad de emisión fue Luis María Pastor, ministro de Hacienda en 1853 y destacado integrante de la denominada escuela economista española.

En torno al debate sobre monopolio/pluralidad de bancos de emisión y la denominada *free banking school*, véase GARCIA RUIZ, J.L., “Libertad de emisión en España, 1856-1874: una revisión”, en Cuadernos de Estudios Empresariales, nº 1, 1991.

Respecto de la vigencia actual de las ideas y los sistemas de *free banking* y bibliografía sobre el particular, véase: RODRÍGUEZ, L. J., “International Banking Regulation. Where’s the Market Discipline in Basel II?”, Policy Analysis nº 455, Cato Institute, 2002.

⁷² Algunos autores incluyen al Banco de Tarragona entre los que continuaron de forma independientes, los diez restantes eran los bancos Balear, de Jerez, La Coruña, Málaga, Oviedo, Pamplona, San Sebastián, Sevilla, Vitoria y Zaragoza

*“El caso es que, si bien la medida tenía mucho de improvisación y de atropello, acabó por resultar acertada y sentó las bases de un nuevo sistema monetario y fiscal que iba a durar cerca de un siglo y que, con todos sus inconvenientes, contribuyó poderosamente a la recuperación de la maltrecha Hacienda pública, permitió a largo plazo la gradual conversión del Banco de España en un verdadero banco central y definió por muchos años las relaciones de éste con un incipiente sistema bancario privado, que se desarrolló sobre todo en las primeras décadas del siglo XX”.*⁷³

3.10. La monetización directa de la Deuda

En este punto, conviene citar el procedimiento de *monetización directa de la Deuda*. A partir del Decreto Echegaray de 1874, el Estado recurre a la colocación de sus emisiones de Deuda en el Banco de España al que, paralelamente, se le amplía su capacidad de emisión. La financiación de la Deuda pública mediante la emisión de billetes, práctica conocida como monetización directa, tiene, en teoría, efectos inflacionistas, al aumentar la cantidad de dinero en circulación, depreciatorios de la moneda nacional, que pierde valor respecto a otras divisas, y empobrecedores del ahorro, que pierde poder adquisitivo. Nada de esto ocurrió sin embargo en España, al menos en un primer momento. Durante los años que siguieron hubo un intento de contención de la Deuda por parte de los gobiernos de la Restauración y la cantidad de dinero en circulación (oferta monetaria) se ajustó al incremento de la demanda derivado, además, del crecimiento económico, la generalización del papel moneda y su difusión a través de la red de sucursales que convirtieron al Banco de España en un banco nacional; la cotización de la peseta se mantuvo estable gracias a la entrada de capitales extranjeros *atraídos por las posibilidades de una economía en crecimiento y un país en paz*⁷⁴ y, por último, no se manifestaron especiales tensiones inflacionistas, hasta los últimos años del siglo.

⁷³ TORTELLA, G., “El Banco de España: una nueva potencia financiera, 1874-1914” en VV. AA., *150 años de historia del Banco de España [1856 – 2006]*. Banco de España, Madrid, 2006, pág. 112.

⁷⁴ TORTELLA, G., “El Banco de España: una nueva potencia financiera, 1874-1914” en VV. AA., *150 años de historia del Banco de España [1856 – 2006]*. Banco de España, Madrid, 2006, pág. 122.

4. El cambio de siglo

4.1. La minería

Tras la crisis, que paralizó temporalmente la expansión del ferrocarril que ya nunca volvió a recuperar un ritmo tan elevado como el de la década precedente⁷⁵, es la minería la que pasa a ocupar un papel destacado en el proceso de industrialización.

Los yacimientos españoles conocidos desde la antigüedad estaban inexplotados por la ausencia de técnica, de capitales y de demanda interna, pero las crecientes necesidades de la industria metalúrgica y siderúrgica europea, la existencia de una red de ferrocarriles básica pero suficiente para colocar el mineral en los puertos, la afluencia de medios financieros y tecnológicos extranjeros y una legislación liberal que facilitó la explotación y la exportación⁷⁶, hicieron que la actividad minera conociera un auge sin precedentes.

Los ingresos procedentes de la minería permitieron la acumulación de capitales necesaria para la creación de la moderna siderurgia española que se vio favorecida además por la introducción de aranceles a la importación de material ferroviario para el desarrollo de nuevos trazados (continuó liberalizado para la reposición de las vías en funcionamiento).

El librecambio tiene su punto culminante durante el Sexenio revolucionario con el Arancel Figuerola de 1869 que, de manera progresiva (se ideó en forma de reducciones sucesivas que llegaban hasta 1881), planteaba la supresión de los aranceles a la importación, con el decidido objetivo de abaratar los costes de los insumos (materias

Respecto de los efectos inflacionarios de la monetización indirecta, véase PUEYO SÁNCHEZ, J., *El comportamiento de la gran banca en España (1922-1974)*. Banco de España, 2006, pág. 36, que explica cómo el procedimiento de monetización indirecta de la deuda tuvo vigencia en varios momentos de la historia de España, unos sin inflación (la dictadura de Primo de Rivera y la II República) y otros con elevada inflación (la dictadura de Franco).

⁷⁵ Durante la década 1856-1865 se instalaron 5.000 km. de vías férreas y se tardaron 35 años para construir los 5.000 siguientes. Véase TORTELLA CASARES, G., *Los orígenes del capitalismo en España. Banca, Industria y Ferrocarriles en el siglo XIX*. Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1995, pág. 16.

⁷⁶ CARBALLO, R., G. TEMPRANO, A. y MORAL SANTÍN, JOSÉ A., *Crecimiento económico y crisis estructural en España*. Akal, Madrid, 1981, págs. 23.

primas y maquinaria), alentar la competencia con el exterior y fomentar de esa forma la modernización de la incipiente industria española. El cambio de tendencia en la economía europea, hacia el proteccionismo, y de régimen político en España, la Restauración, dificultaron nuevamente el camino a la modernización del país.

4.2. El Código de Comercio de 1885

Se ha querido ver en el Código de Comercio de 1885 el origen de la banca mixta española, idea que repiten algunos autores, sin que ninguno alcance a dar cuenta de en qué se basa tal afirmación. Lo cierto es que el Código dedica una considerable atención a la actividad crediticia, nada menos que cuatro secciones y unos 25 artículos, y que permite a las denominadas compañías de crédito la realización de una amplia gama de actividades, pero no más de las que ya podían realizar las sociedades de crédito constituidas al amparo de la Ley de 1856, en especial, tras las medidas liberalizadoras de 1869. Por el contrario, se retoma la especialización bancaria suprimida por la Ley de sociedades de los liberales.

El hecho de que la banca española evolucionase hacia una banca mixta, comercial y de negocios, está relacionada con otros factores⁷⁷ que tienen que ver fundamentalmente, con el periodo de estabilidad económica que precedió a la Primera Guerra Mundial, con la transmisión, precisamente a consecuencia de la guerra, de participaciones hasta entonces en manos de nacionales de los países beligerantes, especialmente franceses, a accionistas españoles con intereses en otros sectores económicos, con la debilidad y falta de desarrollo de los mercados de capitales, con la inversión de *un sobrante de recursos después de cubrir las demandas de créditos a corto plazo*⁷⁸ y solo marginalmente con el hecho de que la legislación no impedía ni limitaba la toma de

⁷⁷ Fueron causas análogas a las que operaron en otros países deseosas de acelerar su desarrollo, unidas a otras peculiaridades derivadas de especiales situaciones por que atravesó España, fundamentalmente la repatriación de capitales de propiedad de españoles residentes en las antiguas colonias; la reducción de la entrada de capitales extranjeros desde el año mil novecientos catorce y el despertar de importantes iniciativas industriales, las que suscitaron la formación de los grandes Bancos nacionales y su orientación hacia un tipo de Bancos mixtos. Exposición de motivos de la Ley 2/1962, de 14 abril, sobre bases de ordenación del crédito y de la banca (BOE de 16).

⁷⁸ Tal como igualmente se recoge de forma expresa en la exposición de motivos de la Ley 2/1962, de 14 abril, sobre bases de ordenación del crédito y de la banca (BOE de 16).

participaciones financieras por parte de las entidades de crédito (ni el Código de 1885 ni sus precedentes).

Para las compañías de crédito se mantiene la posibilidad de emitir obligaciones a más de 30 días y por una cantidad igual a la que hayan empleado y exista representada por valores en cartera, pero se suprimen los límites de emisión en relación al capital (lo que hemos llamado coeficientes de apalancamiento).

El artículo 175 del Código detalla entre las operaciones que, principalmente, podían realizar las compañías de crédito las siguientes:

- *Suscribir o contratar empréstitos con el Gobierno, Corporaciones provinciales o municipales.*
- *Adquirir fondos públicos y acciones u obligaciones de toda clase de empresas industriales o de compañías de crédito.*
- *Crear empresas de caminos de hierro, canales, fábricas, minas, dársenas, almacenes generales de depósito, alumbrado, desmontes y roturaciones, riegos, desagües y cualesquiera otras industriales o de utilidad pública.*
- *Practicar la fusión o transformación de toda clase de sociedades mercantiles, y encargarse de la emisión de acciones u obligaciones de las mismas.*
- *Administrar y arrendar toda clase de contribuciones y servicios públicos y ejecutar por su cuenta, o ceder, con la aprobación del Gobierno, los contratos suscritos al efecto.*
- *Vender o dar en garantía todas las acciones, obligaciones y valores adquiridos por la sociedad, y cambiarlos cuando lo juzgaren conveniente.*
- *Prestar sobre efectos públicos, acciones u obligaciones, géneros, frutos, cosechas, fincas, fábricas, buques y sus cargamentos, y otros valores, y abrir créditos en cuenta corriente, recibiendo en garantía efectos de igual clase.*
- *Efectuar por cuenta de otras sociedades o personas toda clase de cobros o de pagos, y ejecutar cualquiera otra operación por cuenta ajena.*
- *Recibir en depósito toda clase de valores en papel y metálico, y llevar cuentas corrientes con cualesquiera corporaciones, sociedades o personas.*
- *Girar y descontar letras u otros documentos de cambio.*

Se mantiene la figura de los bancos de emisión y descuento, aunque la posibilidad de emitir billetes al portador quedaba en suspenso mientras subsistiese el privilegio de que disfrutaba el que el Código denomina Banco Nacional de España. El coeficiente de reservas metálicas se reduce a la cuarta parte, pero ahora se referencia a los depósitos y cuentas corrientes a metálico además de a los billetes en circulación (antes un tercio de los billetes emitidos). Por su parte, el importe de los billetes en circulación, unido a la suma representada por los depósitos y las cuentas corrientes, no podría exceder, en ningún caso, del importe de la reserva metálica y de los valores en cartera realizables en el plazo máximo de noventa días (lo que más arriba hemos llamado coeficiente de liquidez). Este mismo tiempo, noventa días, era el plazo máximo al que podían realizar operaciones. Finalmente, tampoco en el caso de los bancos de emisión se fija límite alguno en función del capital, cuya cuantía mínima no se establece. Los bancos de emisión y descuento quedaban obligados a publicar mensualmente, bajo la responsabilidad de sus administraciones, en la Gaceta y Boletín Oficial de la provincia, el estado de su situación.

Se crean las compañías y bancos de crédito territorial, para los que se instaura un régimen, en cuanto a la finalidad de sus préstamos (hipotecarios y a entes territoriales) y a su forma de financiación (cédulas hipotecarias y obligaciones especiales), del que quedan más que reminiscencias en la vigente regulación del mercado hipotecario⁷⁹.

Así, se les asigna la realización de operaciones de préstamo con garantía de hipoteca de bienes inmuebles cuya propiedad esté inscrita en el Registro a nombre del que constituya aquella, con el límite de la mitad del valor de los inmuebles. Los bancos de crédito territorial podían emitir cédulas hipotecarias por una suma igual al importe total de los préstamos sobre inmuebles que hubiesen concedido a más de cinco años. Las cédulas tenían por garantía, con preferencia sobre los demás acreedores, los créditos y

⁷⁹ Ley 2/1981, de 25 de marzo. Regulación del Mercado Hipotecario (*BOE de 15 de abril*), reformada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (*BOE de 8*).

préstamos a favor del Banco que las había emitido, quedando afectos especial y singularmente a su pago esos mismos préstamos y créditos.

En términos similares se establecía la financiación a pueblos y provincias, sin garantía hipotecaria en ese caso, y la posibilidad de emitir obligaciones especiales garantizadas con estas financiaciones. Las posibilidades de emisión quedaban limitadas, en cuanto a obligaciones y cédulas al portador, para preservar los privilegios concedidos al Banco Hipotecario antes referidos. Los Bancos de crédito territorial podían recibir, con interés o sin él, capitales en depósito, y emplear la mitad de los mismos en hacer anticipos por un plazo que no excediese de noventa días, con garantía de títulos, incluso de sus propias cédulas y obligaciones.

Se crean igualmente los denominados bancos y sociedades agrícolas, a los que no se les permite la captación de depósitos y se les asigna la realización de operaciones de préstamos en metálico o en especie, a un plazo que no exceda de tres años, sobre frutos, cosechas, ganados u otra prenda o garantía especial, la concesión de avales y garantías sobre pagarés y efectos exigibles al plazo máximo de noventa días, para facilitar su descuento o negociación al propietario o cultivador y las demás operaciones que tuvieren por objeto favorecer la roturación y mejora del suelo, la desecación y saneamiento de terrenos y el desarrollo de la agricultura y otras industrias relacionadas con ella, todo ello financiado exclusivamente con su propio capital, por lo que resulta difícil hablar de bancos para referirse a este tipo de sociedades. Como peculiaridad, se cita expresamente en el Código que el interés y la comisión que hubieren de percibir las compañías de crédito agrícola y sus agentes o representantes se estipularían libremente.

4.3. El giro hacia el proteccionismo

Para la mayoría de los autores que han abordado el estudio de la historia económica, hay una serie de constantes que caracterizan la economía española de los dos últimos siglos⁸⁰ y que tienen que ver con la débil estructura productiva de nuestro país, con claro predominio del sector primario (y del terciario, financiero incluido, algo después) y una

⁸⁰ Un resumen se puede encontrar en CARBALLO, R., G. TEMPRANO, A. y MORAL SANTÍN, JOSÉ A., *Crecimiento económico y crisis estructural en España*. Akal, Madrid, 1981.

permanente debilidad del sector secundario (el peso de la industria autóctona nunca ha sido relevante); con las reducidas tasas de productividad en comparación con los principales países europeos y, por tanto, baja capacidad competitiva y déficit estructural de la balanza comercial; como consecuencia de ello, con la permanente tendencia al proteccionismo y una fuerte intervención del Estado en la economía, tanto en la versión corporativa que caracterizó los periodos dictatoriales, como en términos vagamente keynesianos a partir de los planes de desarrollo de mediados del siglo XX; y con una fuerte dependencia financiera del exterior, lo que la ha expuesto, desde una posición de debilidad, a los ciclos económicos y financieros internacionales.

Ha habido adicionalmente una serie de factores compensatorios. Unos de carácter más o menos permanente: la emigración, el turismo y la inversión extranjera que siempre ha encontrado buenas oportunidades de negocio en los países de segunda fila. Otros meramente ocasionales, pero que han tenido una importancia decisiva para la economía española y que han permitido la resolución puntual de situaciones críticas: por citar solo dos ejemplos, la fuerte demanda de minerales peninsulares que acompañó el desarrollo de la siderurgia centroeuropea de la segunda mitad del siglo XIX y el auge de las exportaciones que tuvo lugar como consecuencia de la Primera Guerra Mundial. En ambos casos, acontecimientos completamente exógenos supusieron un alivio para la acuciante Deuda pública y una entrada masiva de capitales foráneos; tras ellos se dieron las condiciones para abordar las reformas estructurales que habrían permitido modernizar la economía española, pero, como si del mito de Sísifo se tratase, tales reformas nunca tuvieron lugar, la situación económica y financiera del país se deterioró nuevamente y hubo que esperar a la siguiente coyuntura internacional favorable para volver a empezar.

El último cuarto del siglo XIX está marcado por el giro de los estados europeos, con las notables excepciones de Gran Bretaña y los Países Bajos, hacia el proteccionismo que habría de dominar el panorama económico continental hasta la Primera Guerra Mundial. La modernización de la flota mercante, la extensión del ferrocarril y la puesta en producción de enorme extensiones en Canadá, Australia y Argentina, permitió un incremento sin precedentes del tráfico mercantil y un abaratamiento de los cereales y

otras materias primas. La introducción selectiva de aranceles, que gravaba más las manufacturas que los productos básicos, estuvo orientada a la preservación de la industria autóctona de cada país, a la que se reservó además en exclusiva el mercado interior y el colonial.

En España, este giro hacia el proteccionismo tomó algunos rasgos peculiares. La Restauración supone el retorno a las esferas de poder de los intereses cerealistas que ven amenazada su posición por el abaratamiento de los precios en los mercados internacionales (era mucho más barato importar una tonelada de trigo por barco hasta Barcelona que transportar esa misma cantidad desde Castilla). En alianza con la industria textil catalana, firme defensora histórica del proteccionismo que la preserve de la competencia de las manufacturas importadas, y la industria vasca, insuficientemente desarrollada como para competir en igualdad de condiciones con la europea, consiguen imponer un proteccionismo extremo, sin apenas discriminación entre productos, que supondrá un lastre para el desarrollo económico del país.

En efecto, una de las condiciones para el auge de la industria está directamente relacionada con el abaratamiento de los alimentos que, por un lado, impulse la modernización de la producción agraria y libere mano de obra del sector primario y, por otro, reduzca la presión sobre los salarios de los obreros industriales y aumente su capacidad de consumo de productos manufacturados. Dicho en otros términos, solo es posible la creación de un mercado interior para la industria si, simultáneamente, se impulsa de desarrollo de una masa crítica de consumidores.

El hecho de que en España se gravase la importación de alimentos (el trigo hasta niveles tan elevados como el 69% *ad valorem* en 1895⁸¹) desalentó cualquier intento de modernización de la agricultura, sometió los salarios industriales a una fuerte dependencia de los precios internos y retrasó el desarrollo de un mercado interior de productos manufacturados en la medida en que la alimentación absorbía un elevado porcentaje de la renta de los trabajadores. La industria básica y la textil, representadas por la Liga Vizcaína de Productores y el Fomento del Trabajo Nacional, tras la pérdida

⁸¹ CARBALLO, R., G. TEMPRANO, A. y MORAL SANTÍN, JOSÉ A., *Crecimiento económico y crisis estructural en España*. Akal, Madrid, 1981, pág. 34.

de las últimas colonias, parecieron conformarse con la exclusiva sobre el mercado nacional que le otorgaban sus propios aranceles, aun al precio de la falta de competitividad de sus productos en el exterior.

Se puede decir que hasta principios del siglo XX la única política de industrialización consistió en no poner trabas a la inversión extranjera y en instaurar la protección arancelaria⁸².

4.4. El cambio de siglo

Los cambios legislativos e institucionales, “los impulsos reformadores”, llevados a cabo durante la segunda mitad del siglo XIX situaron nominalmente a España en niveles equiparables a los europeos. *“Tanto los derechos de propiedad, como la libertad de comercio o la neutralidad judicial, van siendo aceptados por los modelos mentales compartidos por los españoles y, por ello, podemos hablar de tendencia a la equiparación institucional de España en su entorno”*⁸³. La situación material y tecnológica y el nivel de preparación de la inmensa mayoría de la población española estaban, sin embargo, muy lejos del continente: en 1900, casi el 70% de la población activa está empleada en el sector primario, la esperanza de vida no pasa de los 35 años, la mayoría de la población es analfabeta y no llega al 40% la población infantil que está escolarizada.

La crisis internacional de finales de siglo, unida al fuerte incremento del gasto derivado de la guerra de Cuba, provocó una importante caída de la cotización de la peseta⁸⁴ y un fuerte incremento de los precios causados por el aumento de las emisiones que se hicieron necesarias para financiar la Deuda. Por Ley de 14 de julio de 1891 se prorrogó el privilegio de emisión del Banco de España por otros treinta años y se elevó el límite de emisión hasta 1.500 millones de pesetas, que tuvo que ampliarse hasta los

⁸² TAMAMES, R., *Introducción a la economía española*, Alianza Editorial, 8ª edición, Madrid, 1973, pág. 185.

⁸³ ALFONSO GIL, J., “España en su entorno: un siglo de crecimiento”. *Información Comercial Española*, nº 789, 2000, pág. 34.

⁸⁴ La peseta a finales de siglo se cotizaba con un 33% de depreciación. MUÑOZ, J., *El poder de la Banca en España*. Ed. Zero, Vizcaya, 2ª edición, 1970, pág. 38.

2.500 en 1898. En sentido contrario, no se produjeron los efectos inducidos de carácter expansivo sobre la economía derivados del mayor gasto público, por cuanto el grueso de éste iba dirigido al pago de los crecientes intereses de la deuda exterior y al mantenimiento del ejército de ultramar.

En el ámbito financiero, el cambio de siglo está marcado por la repatriación de capitales desde los restos coloniales, los importantes volúmenes de ingresos derivados de la exportación de minerales, las inversiones extranjeras y la creación de algunos de los principales bancos del país.

No hay, al parecer, un denominador común que explique el proceso de formación de la gran banca en los países europeos y las relaciones entre el desarrollo industrial y el crecimiento de las empresas financieras. En último término, todas las grandes empresas, también las financieras, compiten en el mercado por captar capitales con los que desarrollar sus proyectos de inversión. El mayor o menor éxito depende, en cada país y en cada momento histórico, de múltiples e intrincados factores difíciles de desentrañar; muchos, tal vez la mayoría, de carácter coyuntural; unos pocos de tipo objetivo (al menos en teoría, la mayor eficacia y eficiencia del sector financiero para canalizar los recursos financieros); y en todos los casos hay que contar con las imperfecciones del mercado y con la intervención del Estado (cuando menos, a través el ordenamiento jurídico).

En el caso español, por distintos motivos, ni los grandes propietarios agrarios, ni la siderurgia, ni la industria textil, consiguieron atraer para sí, directamente, los capitales financieros necesarios para su desarrollo, ni los procedentes del ahorro interior ni los procedentes de inversiones extranjeras. Este papel fue desarrollado en España por la banca.

En el caso de la agricultura, los grandes propietarios, al amparo de aranceles protectores, no tuvieron ni el interés ni la intención de afrontar ningún proceso modernizador (que, de hecho, no se produjo en España hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX). Tan solo algunos sectores, orientados hacia la exportación (vinos, aceites, cítricos, ...) emprendieron ese camino

La industria textil se desarrolló, por razones de evolución histórica, en forma de pequeñas y medianas empresas, aglutinadoras de la fortuna familiar, pero que, salvo excepciones, no llegaron a alcanzar una dimensión crítica suficiente como para apelar directamente a los mercados de capitales, por lo demás insuficientemente desarrollados como para atender las demandas de las pequeñas y medianas empresas.

La siderurgia, que sí tenía esa dimensión y necesitaba de grandes capitales para su funcionamiento, se desarrolló sin embargo al amparo de la banca. Las razones para ello son varias y probablemente estén relacionadas con factores tales como la implantación geográfica (industria muy concentrada geográficamente en el norte mientras que las grandes fortunas de origen agrario estaban repartidas por la península), la diversificación de riesgos que proporciona la actividad bancaria, las preferencias del capital repatriado de las colonias, la reducida capacidad de autofinanciación de la industria española, la propia iniciativa de los empresarios (baste recordar la procedencia de los promotores de algunos bancos como el de Bilbao y el de Vizcaya), las infraestructuras financieras existentes (bancos provinciales frente a debilidad congénita de las bolsas) y a una cierta tradición de banca mixta a la que hacíamos referencia con anterioridad.

A propósito de la naturaleza de banca mixta de las entidades españolas, sobre la que volveremos más adelante, es obligada la cita del conocido párrafo de Olariaga al respecto, que, aunque referido a otro momento histórico, es igualmente válido para éste, en relación a lo que parece ser una constante de la historia de la banca en nuestro país:

“Es indiscutible la necesidad de que los bancos de depósito españoles sean bancos mixtos por las tres razones fundamentales de que el capitalismo español es muy modesto y no sería fácil la promoción de empresas industriales de envergadura sin el apoyo financiero de los grandes bancos; de que no tienen la nación una formación de ahorro suficiente para hacer factible el desarrollo industrial del país sin el concurso de una parte de la renta nacional depositada en dichas instituciones, y de que no hay bastante negocio para que la mayoría de las empresas bancarias de

España puedan ser rentables si estas se dedican a operaciones exclusivamente comerciales”⁸⁵.

El capital extranjero, que desde el ferrocarril estuvo presente a lo largo de todo el proceso de industrialización y que sirvió de elemento compensador de los estructurales déficits por balanza de pagos, orientó preferentemente sus inversiones hacia la producción de bienes y servicios en los que su superioridad en capital, tecnología y experiencia los situaba fuera de la competencia de la industria nacional y los colocaba en situación de casi monopolio, como fue el caso de las actividades relacionadas con la distribución de gas, de telefonía, la electricidad, los tranvías urbanos o la industria química.

Siendo cierto que en Europa hay numerosos ejemplos de grandes empresas industriales que se desarrollaron de manera independiente de la banca, hay que tener en cuenta que muchas tienen su origen en pequeñas empresas, creadas muchas décadas antes, que crecieron al ritmo del progresivo desarrollo industrial de sus países; es decir la acumulación de capitales necesarios para la gran industria fue previa a ésta. En España ese camino sencillamente no existió. Cuando nace la industria siderúrgica española moderna tiene que competir con grandes empresas ya consolidadas⁸⁶ y necesita de una dimensión mínima de considerable tamaño. Eso requiere un elevado volumen de capital inicial que, a falta de una acumulación previa, la banca proporcionó, probablemente, de la manera más razonable que, en ese contexto, podía esperarse. La hipótesis de una industria básica que, alternativamente, se hubiese desarrollado en España al margen de la banca es una hipótesis ciertamente posible, pero bastante poco probable, dadas las circunstancias del momento.

Es en este de cambio de siglo cuando se crean los bancos Guipuzcoano (1899), de Gijón (1899), de Vizcaya (1901), Hispano Americano (1901) y Español de Crédito

⁸⁵ OLARIAGA, L. “El dinero”. Moneda y Crédito, 1954, citado por PUEYO SÁNCHEZ, J., *El comportamiento de la gran banca en España (1922-1974)*. Banco de España, Estudios de historia económica, 2006. Luis Olariaga fue Director del Consejo Superior Bancario tras la Guerra Civil, profesor universitario y autor de varias obras de teoría y política monetaria.

⁸⁶ Por citar un ejemplo, la alemana Krupp se creó en 1811, mientras que las tres principales siderúrgicas vizcaínas que dieron lugar a Altos Hornos de Vizcaya se crearon en la década de los 80 del mismo siglo.

(1902) con capitales procedentes de las repatriaciones de las últimas colonias y de los beneficios de la venta de mineral al exterior.

4.5. La Primera Guerra Mundial

La Primera Guerra mundial supuso una oportunidad perdida para la modernización del país. El fuerte incremento de las exportaciones hacia los países beligerantes dio un impulso a la industria española que, sin embargo, no fue acompañado ni por un incremento de la productividad en la agricultura y en la propia industria, ni por un paralelo desarrollo del mercado interior. Al menos en parte, el auge industrial se sustentó en el mantenimiento de reducidos salarios más que en inversiones modernizadoras⁸⁷, lo que igual que permitió elevadas cifras de exportaciones en la fase bélica, expulsó de los mercados a los productos españoles, mucho menos competitivos, en cuanto las industrias europeas retornaron a la normalidad, dejando por el camino un elevado incremento de los precios en el mercado interior y una crisis que acabará afectando al comercio, la industria y la banca y abrirá la puerta a la Dictadura de Primo de Rivera.

El periodo de la Guerra supuso igualmente un fuerte incremento de la actividad bancaria. Aumentaron tanto el número de entidades (de 52 a 91) como de oficinas, el capital desembolsado se multiplicó por tres y los depósitos por cinco, y se produce una entrada sin precedentes de bancos extranjeros que instalan sucursales en España con la clara intención de captar recursos con los que atender las necesidades de financiación de los países participantes en el conflicto. Se desata una ola de especulación por todo el país, especialmente en Cataluña, con valores y, sobre todo, con divisas (se invertía en las devaluadas monedas de los países en guerra, con el infundado convencimiento de

⁸⁷ “entre 1913 y 1920 el PIB, tanto absoluto como por habitante, no experimentó una marcada aceleración. En efecto, durante los años de la Gran Guerra, la actividad económica aumentó débilmente (0,56 por cien anual) mientras declinó ligeramente (al 0,10 por 100 anual) en términos por habitante. Estos resultados contradicen la visión convencional de los estimulantes efectos agregados de la primera guerra mundial”. PRADOS DE LA ESCOSURA, L., “Fases del crecimiento económico en España, 1850-2000”. Las cifras discrepan notoriamente de las que ofrece Aceña, 1,49 por cien y 0,82 por cien, de tasas medias anuales de crecimiento del PIB absoluto y del PIB por habitante, respectivamente, para el periodo 1913-1920. MARTIN ACEÑA, P., “El Banco de España y el sistema financiero, 1914-1962”. Ambos en VV.AA., *150 años de historia del Banco de España [1856 – 2006]*. Banco de España, Madrid, 2006, págs. 53 y 136.

que, una vez finalizada ésta, recuperarían su valor generando de esta forma enormes beneficios).

En el ámbito financiero, esta situación supone el retraimiento momentáneo de la entrada de capitales extranjeros, y como consecuencia de ello, lo que se ha dado en llamar una *nacionalización* de importantes sectores de la economía, hasta entonces muy penetrados por capital y tecnología procedentes del exterior, y supone igualmente la consolidación de la banca nacional.

Este fuerte desarrollo del sistema financiero, en entidades participantes, en volúmenes de actividad, en instrumentos y, como después se comprobó, en niveles de riesgo, no fue, sin embargo, acompañado de un proceso paralelo de modernización de la regulación financiera que, de hecho, se mantuvo anclada en el Código de 1885, sin apenas legislación posterior que lo desarrollase y adaptase a la cambiante realidad.

4.6. La monetización indirecta de la Deuda

Entre esas escasas medidas, la más destacable es el inicio en 1917 del procedimiento de monetización indirecta de la Deuda pública⁸⁸. En la monetización indirecta, ya no es el Banco de España el que adquiere la Deuda para sí entregando billetes a cambio. Ahora son los bancos los que suscriben la que el Estado emite, Deuda que es automáticamente pignorable en el Banco de España. Cuando la demanda de crédito bancario o las necesidades de liquidez por cualquier otra causa aumentan, los bancos pueden obtener automáticamente financiación en el Banco de España con garantía pignoratícia de la Deuda (a un tipo de descuento inferior, casi siempre, al que el Estado satisfacía por la deuda⁸⁹) y conseguir así todo el encaje que necesitan para expandir los créditos o para atender sus desfases de liquidez.

⁸⁸ Tortella retrotrae a 1902, con el plan de estabilización de Raimundo Fernández Villaverde, el inicio de la monetización indirecta, aunque cayó en desuso en los años de superávit presupuestario posteriores.

⁸⁹ COMÍN, F. “La Deuda Pública y la formación del sistema bancario en España durante los siglos XIX y XX”, en TEDDE, P. y MARICHAL, C. (coords.), *La formación de los bancos centrales en España y América latina (siglos XIX y XX)*, Banco de España, Madrid, 1994

*“Es de subrayar la importancia que esta nueva figura crediticia ha tenido en la historia económica de nuestro siglo XX. De una parte, permitió la financiación no inflacionista de la deuda pública, porque los bancos privados guardaban en sus arcas una considerable proporción de la deuda que adquirirían, por ser un activo rentable y altamente líquido. De otra parte, se convirtió en el principal canal de relación entre el Banco de España y los bancos privados, su forma principal de actuar como banco de bancos. Para la banca comercial la adquisición de deuda en estas condiciones constituía un seguro contra los avatares del mercado, algo que permitió a los bancos emprender el programa de financiación a la industria que llevaron a cabo a partir especialmente de la Gran Guerra”*⁹⁰.

Ya antes del fin de la Guerra la preocupación por la deficiente regulación bancaria se manifiesta en una doble vertiente. Por el lado de la propia industria, se crean asociaciones bancarias en Madrid y Bilbao que, junto a la creada en Barcelona unos años antes, se federan en marzo de 1918 dando lugar al Comité Central de la Banca Española. Su principal interés en aquel momento era limitar la competencia: la que se originaba por el uso indiscriminado de los términos banco o banquero, la que provenía de los bancos extranjeros instalados mediante sucursales en España, insuficientemente capitalizados y fiscalmente favorecidos y, por último, la que soportaban del Banco de España que, junto a su papel de banco del Estado, continuaba desarrollando actividades de banca comercial. Por parte del poder político, Cambó, entonces ministro de Fomento, inicia contactos con la banca y comienza a perfilar la idea de la autorregulación que finalmente plasmaría en la ley de ordenación de 1921 ya como ministro de Hacienda.

4.7. Caracterización de la banca en España

Desde el punto de vista económico, una de las consecuencias más visibles de la Primera Guerra Mundial fue la tendencia al aislacionismo que surgió en diferentes países, la autarquía como modelo económico nace y se generaliza en el periodo de entreguerras, se acentuó el proteccionismo, se impusieron cuotas a la importación, el

⁹⁰ TORTELLA, G., “El Banco de España: una nueva potencia financiera, 1874-1914” en VV. AA., *150 años de historia del Banco de España [1856 – 2006]*. Banco de España, Madrid, 2006, pág. 132.

comercio internacional se debilitó y con él los flujos financieros y la difusión tecnológica.

Finalizado el conflicto, los países intervinientes inician un rápido proceso de recuperación y poco después en España sobreviene la crisis bancaria, cuya fase más aguda se produce durante el bienio 1923-1924, que provoca la desaparición de siete bancos, entre ellos el Crédito de la Unión Minera, pero cuya más sonada manifestación ya había tenido lugar antes, con la quiebra primero del Banco de Tarrasa y después del Banco de Barcelona en la Navidad de 1920. El Banco de Barcelona era en aquel momento uno de los más importantes del país, y desde su nacimiento en 1844 el de mayor prestigio e influencia en Cataluña. La actividad de la banca catalana durante los años de fuerte expansión se orientó más hacia las actividades bursátiles que hacia la banca comercial minorista y sufrió por ello en mayor medida las consecuencias del desplome de las cotizaciones en la crisis que siguió a la Guerra, haciendo que los centros bancarios más importantes del país quedasen limitados a Madrid y Bilbao.

Las características esenciales de la banca española quedan establecidas a partir de ese momento y se mantendrán sin grandes variaciones hasta prácticamente las dos últimas décadas del siglo y, a grandes rasgos, se resumen⁹¹ en el predominio de un número reducido de bancos⁹² que ya estaban creados a principios de siglo⁹³; en la naturaleza de banca universal o mixta a la que ya hemos hecho referencia; en el control por parte de la banca de una proporción muy significativa de las grandes empresas españolas, a través de participaciones directas en su capital y/o mediante la presencia de consejeros en sus órganos de gobierno; en la concentración de la actividad financiera en

⁹¹ Véase TORTELLA, G., *El desarrollo de la España contemporánea. Historia económica de los siglos XIX y XX*. Alianza, Madrid, 1999

⁹² Dejando al margen el Banco de España y las Cajas de ahorro, con datos tomados del Consejo Superior Bancario, Faus señala que entre cuatro entidades recogían el 53% de los depósitos y las diez primeras más del 70%, sobre un total de 362 entidades bancarias (80 de ellos bancos en sentido estricto) de las que se tenían referencias (inscripción en el Registro, solicitud de autorización o envío de balances) en los inicios del Consejo Superior Bancario. FAUS MOMPART, E., *Regulación y desregulación. Notas para la historia de la banca española*. Península, Barcelona, 2001, pág. 87.

⁹³ Excepto los bancos Urquijo y Central que se crean en 1918 y 1919, respectivamente. Junto al Español de Crédito, Hispano-Americano, Bilbao y Vizcaya conforman los seis grandes bancos españoles de la primera mitad del siglo XX.

Madrid y Bilbao, en la expansión por todo el territorio a través del incremento de la red de sucursales y en la actuación del Banco de España como prestamista de última instancia⁹⁴. En la década de los 20 aparecen además en escena las Cajas de ahorros y la banca oficial.

La aparición de los bancos oficiales (que no estatales; eran de capital privado) en nuestro país tuvo su justificación, básicamente, en la necesidad de cubrir las lagunas existentes en determinados sectores entre las demandas de financiación requeridas y las posibilidades de cubrirlas por parte de las entidades de crédito en funcionamiento o mediante otras fuentes como la inversión de capital extranjero⁹⁵. El desarrollo industrial requería de financiación a medio y largo plazo que no era atendida por ninguna de las entidades que operaban en España: no entraba dentro de las funciones del Banco de España y la banca comercial se había especializado en el crédito a corto plazo y en la toma de participaciones accionariales que le conferían el control de las sociedades participadas, pero no en la financiación a plazo de proyectos ajenos sobre los que no tenía capacidad de decisión.

En 1920 se crea el Banco de Crédito Industrial con la finalidad de proporcionar créditos a medio y largo plazo a la industria nacional destinados a la creación o expansión industrial y no para atender necesidades financieras corrientes⁹⁶. Se crearon con posterioridad, con las finalidades que sus nombres indican, los bancos de Crédito Local (1925) y Exterior de España (1929) y las agencias estatales del Servicio Nacional del Crédito Agrícola (1925; después Banco de Crédito Agrícola) y la Caja Central de Crédito Marítimo y Pesquero (1920). Junto al Banco Hipotecario creado en 1874, la

⁹⁴ La actuación del Banco de España como prestamista de última instancia se inicia con el apoyo prestado voluntariamente en la suspensión de pagos del Banco Hispano Americano en 1914 y diez años después, en este caso obligado por Primo de Rivera, en una situación parecida con el Banco Central.

⁹⁵ MARTINEZ CORTIÑA, R., “Las entidades oficiales de crédito”, en CARBALLO, R., G. TEMPRANO, A. y MORAL SANTÍN, J.A., *Crecimiento económico y crisis estructural en España (1959-1980)*, Akal, Madrid, 1981, pág. 469.

⁹⁶ TAMAMES, R., *Introducción a la economía española*. Alianza Ed., 8ª edición, Madrid, 1973, pág. 187.

Caja Postal⁹⁷ y el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional (1939; desde 1962 Banco de Crédito a la Construcción) completan el panorama de la banca pública española hasta su desaparición en los años 90.

Por lo que se refiere a las Cajas de ahorros, su origen es muy anterior, algunos Montes de Piedad se remontan a principios del siglo XVIII, pero su auge como entidades de depósito tiene lugar a partir de las últimas décadas del siglo XIX. “Desde 1880⁹⁸ el Gobierno se había comprometido a promover cajas y montes de piedad en todas las provincias españolas⁹⁹, a procurar que se fusionasen entre sí y actuaran de forma conjunta, así como a fomentar el establecimiento de cajas escolares en los centros de enseñanza. Se registró entonces una intensa oleada de fundaciones, en las que participaron corporaciones locales (ayuntamientos y diputaciones), la Iglesia, organizaciones obreras y sindicales y también, como en el pasado, muchos particulares (miembros de la burguesía urbana, hacendados locales y nobles ilustrados)¹⁰⁰”.

Al inicio de la década de los 20 los depósitos en las Cajas, que todavía tenían la consideración de *instituciones de Beneficencia*, representaban ya en torno al 15% del total del sistema bancario. En 1926 se estableció el registro e inspección de las Cajas bajo la dependencia del Ministerio de Trabajo¹⁰¹, una Real Orden de 24 de septiembre

⁹⁷ La Caja Postal de Ahorros funcionaba desde 1909 como organismo autónomo con la garantía del Estado. LATORRE DÍEZ, J., *Regulación de las entidades de crédito en España*. Fundación de las Cajas de Ahorros Confederadas, 1997, pág. 65.

⁹⁸ Ley de 29 de junio de 1880. Ordenando que el Gobierno promueva la instalación de Cajas de Ahorros y Montes de Piedad en las capitales y poblaciones más importantes donde no existan, y en las Escuelas e Institutos (Gaceta de 1 julio).

⁹⁹ No era la primera vez que lo hacía, ya lo había intentado mediante una Real Orden de 3 de abril de 1835 manifestando el apoyo del Gobierno al movimiento fundacional de Cajas de Ahorros en España, un Real Decreto de 17 de abril de 1839 disponiendo la creación en cada provincia de una Caja de Ahorros y de un Monte de Piedad (*Gaceta del 20*) y un Real Decreto de 29 de junio de 1853 mandando que se establezcan Cajas de Ahorros en todas las capitales de provincia y sucursales en algunos pueblos de las mismas y acordando varias reglas respecto a dichos establecimientos y Montes de Piedad. CLE, LIX, pág. 240.

¹⁰⁰ MARTIN ACEÑA, P., “El Banco de España y el sistema financiero, 1914-1962” en VV.AA., *150 años de historia del Banco de España [1856 – 2006]*. Banco de España, Madrid, 2006, pág. 140

¹⁰¹ Real Decreto-Ley de 9 de abril de 1926, por el que se establece el Registro e Inspección de las Entidades de Ahorro, capitalización y similares (Gaceta de 16)

de 1928 creó la Confederación Española de Cajas de Ahorros Benéficas¹⁰² y a partir de 1929 pasan a tener su propio régimen legal¹⁰³.

4.8. Ley de Ordenación Bancaria de 1921

Con la Ley de Ordenación Bancaria de 1921 se inicia en España una etapa conocida como de autorregulación¹⁰⁴ de la actividad bancaria. Convendría precisar en primer lugar que la autorregulación referida a este momento histórico en poco se parece a la idea de autorregulación del sistema financiero imperante en las últimas décadas del siglo XX y principios del XXI, especialmente en los países anglosajones. En este segundo caso, lo que se pretendía poner de manifiesto con el término autorregulación es la idea de que los agentes y los mercados financieros son capaces de regularse por sí mismos, sin necesidad de intervención de los poderes públicos, que deben limitarse a asegurar el respeto de las reglas del juego. La libre competencia de los intervinientes en el mercado aseguraría la automática corrección de los desequilibrios, la sanidad del sistema con la expulsión de los menos rentables y la supresión, que se pretendía definitiva, de los riesgos de crisis sistémica. La crisis iniciada en el verano de 2007 puso en cuestión la validez de este modelo teórico.

La Ley de 1921 por el contrario lo que pretendía era poner algún orden en lo que hasta entonces estaba poco y mal regulado y en modo alguno renunciar a la intervención de los poderes públicos en la ordenación del sistema financiero. Por el contrario, el camino elegido no fue precisamente el de fomentar la libre competencia en el mercado, sino justo el opuesto, restringirla, evitando de esa forma los riesgos de lo que entonces se consideraba, y no solo por el Gobierno, como una excesiva competencia entre los bancos. Se concedió, eso sí, una importante presencia de las entidades afectadas en el proceso de elaboración normativa y en los mecanismos de control, a través del Consejo Superior Bancario de nueva creación, en parte por la imposibilidad del Estado para

¹⁰² Real Orden del Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria, núm. 962, de 21 de septiembre de 1928, por el que se aprueban los Estatutos de la Confederación Española de Cajas de Ahorros.

¹⁰³ Real Decreto-Ley de 21 de noviembre de 1929. Régimen del Ahorro Popular. (Gaceta de 1 de diciembre)

¹⁰⁴ FAUS MOMPART, E., *Regulación y desregulación. Notas para la historia de la banca española*. Ed. Península, Barcelona, 2001, pág. 69.

asumir algunas funciones para las que no disponía de la suficiente capacidad, ni en medios ni en técnica, y en parte por la creencia, viva en ese momento, de que algunas modalidades corporativistas eran la respuesta adecuada a la organización social¹⁰⁵.

Es de destacar igualmente que Cambó era consciente de la rapidez de los cambios en materia financiera y previó que las circunstancias concretas en las que se desarrollaría la actividad bancaria irían variando con el tiempo, por lo que dotó a la Ley de una cierta flexibilidad que permitiese una futura adaptación, lo que de hecho ocurrió y, así, se pasó de la adscripción voluntaria al Consejo Superior Bancario, a la obligatoriedad de la autorización para la utilización del nombre de banco o banquero, la inscripción obligatoria en el Registro¹⁰⁶, la aplicación a los bancos no inscritos de los acuerdos del Consejo en determinadas materias (Real Decreto de 25 de mayo de 1926), la extensión de las funciones sancionadoras de éste a la banca no inscrita y la ampliación de las facultades para fijar los tipos de interés máximos en operaciones de crédito.

La Ley crea (Base Primera del Artículo II), bajo la dependencia del Ministerio de Hacienda, la Comisaría de Ordenación de la Banca Privada, compuesta de un Comisario Regio y un Consejo, que se denominará Consejo Superior Bancario, al que se le atribuyen una amplia serie de funciones. Entre ellas (Base Cuarta. C):

Fijar las normas a que deberá atemperarse en su actuación la Banca inscrita en la Comisaría. En tal virtud, le corresponde a ésta: 1º Determinar por razón de su importancia mercantil las plazas cuyos Bancos y banqueros puedan tener derecho a inscribirse en la Comisaría. 2º Fijar el capital mínimo con que ha de contar cada Banco o banquero con relación con la plaza o plazas donde opere para tener el referido derecho. 3º Establecer la relación mínima que debe existir entre dicho capital, más los fondos de reserva y el volumen de las cuentas corrientes acreedoras de cada Banco o banquero, teniendo en cuenta la naturaleza del Banco y la índole

¹⁰⁵ Téngase en cuenta que el origen del corporativismo se suele referenciar a la encíclica *Rerum Novarum* (1891) del Papa León XIII, que Cambó y otros destacados miembros de la Liga Regionalista fueron asiduos integrantes de los gobiernos de Maura (Partido Conservador) y que ambas formaciones políticas eran de inequívoca adscripción católica.

¹⁰⁶ Por Real Decreto de 25 de mayo de 1926 se instaura el Registro de la Comisaría de Ordenación de la Banca Privada, conocido como Registro de Bancos y Banqueros

especial de sus operaciones. 4º Señalar el tipo máximo de interés abonable a las cuentas corrientes, imposiciones, bonos y demás conceptos similares. 5º Determinar la proporcionalidad que debe haber entre el activo realizable y las obligaciones exigibles. 6º Dictar aquellas disposiciones de carácter general que, sin menoscabo de la agilidad bancaria y de la peculiar manera de trabajar de cada uno de los Bancos y banqueros inscritos, se estimen necesarias o convenientes para el interés público. 7º (a partir de 1926) Fijar los tipos y condiciones mínimas de intereses y comisiones en las operaciones bancarias exigibles a su juicio para la mayor estabilidad del crédito, sin que puedan ser indirectamente modificadas por ninguna condición especial. No obstante, el Consejo Superior Bancario podrá autorizar variaciones en los tipos y condiciones en determinadas plazas cuando así lo aconsejen circunstancias especiales debidamente justificadas.

Las normas que el Consejo acuerde y el Comisario regio sancione serán, mientras no sean derogadas o modificadas, de observancia obligatoria para toda la Banca inscrita y su infracción podrá dar lugar además de a las sanciones que en el Reglamento se establezcan a la eliminación del infractor de la inscripción en la Comisaría, con pérdida de todos los derechos y ventajas que se enumeran en la base sexta.

Toda inspección que tenga que efectuarse en algún Banco o banquero inscrito para comprobar la inobservancia de algunas de las normas establecidas se confiará precisamente al Banco de España.

La inscripción en la Comisaría era voluntaria y limitada a los bancos españoles y comportaba esencialmente dos ventajas: el acceso a la financiación del Banco de España en las condiciones ventajosas que la propia Ley establecía (bonificación del 1% en el tipo de interés de las operaciones de redescuento) y la exención del impuesto del Timbre en determinadas transacciones con cheques y talones. La Comisaría tenía potestad sancionadora que, en distintos grados, alcanzaba desde la mera amonestación privada a la privación por el plazo máximo de un año de las ventajas de la inscripción antes citadas.

CAPÍTULO TERCERO
LA REGULACIÓN BANCARIA

A partir de 1926, durante la Dictadura de Primo de Rivera, se dan al Consejo mayores atribuciones respecto de la fijación de las condiciones de las operaciones y de la publicidad de las tarifas y se le habilita para hacer extensivas a la banca no inscrita, con carácter obligatorio, todas o algunas de las normas que se apliquen a la inscrita, así como las sanciones previstas en lo que resulten aplicables. La autorización administrativa para el uso del nombre de banco o banquero se hizo obligatoria también a partir de ese momento.

Entre los logros más destacados de la Ley están el que, a través de la actuación del Consejo Superior Bancario, se arbitraron por primera vez los capitales mínimos que debían tener los bancos para operar en función de las plazas donde estaban instalados¹⁰⁷ y el establecimiento de un primer coeficiente de solvencia que limitaba el volumen de negocio en función del capital¹⁰⁸. Se generalizó tanto el mantenimiento de una proporción entre activos y pasivos a corto plazo¹⁰⁹ (una especie de coeficiente de liquidez), como la elaboración periódica de estados financieros, que se normalizaron¹¹⁰, o la publicidad de las tarifas, e incluso se establecieron límites a la concentración de riesgos¹¹¹; se crearon y pusieron en marcha las Cámaras de Compensación Bancaria. El Consejo fijaba el tipo máximo de interés a pagar en las cuentas acreedoras y, a partir de 1926, los tipos y condiciones mínimas de intereses y comisiones de las operaciones bancarias. La creación de nuevos bancos continuó siendo libre, no se exigía autorización administrativa y bastaba con el cumplimiento de los capitales mínimos fijados por el Consejo Superior Bancario.

Por lo que se refiere al Banco de España, se avanzó en su configuración como banco de bancos, se renovó por 25 años el privilegio de emisión, que vencía ese año de 1921,

¹⁰⁷ Inicialmente el capital mínimo era de un millón de pesetas en plazas bancables, es decir, aquellas que contaban con sucursal del Banco de España, y medio millón en el resto si era solo una y de un millón si el banco operaba en más de una plaza.

¹⁰⁸ Los fondos propios más la mitad del capital no desembolsado tenía que representar al menos la décima parte del saldo en cuentas acreedoras (coeficiente de garantía).

¹⁰⁹ El pasivo exigible no podía superar los dos tercios del activo disponible.

¹¹⁰ El modelo de balance se estableció por Real Orden de 21 de septiembre de 1923

¹¹¹ Máximo del 15% de los recursos propios.

se amplió el capital social a 177 millones de pesetas (desde 150 millones, mediante una conversión de obligaciones), se elevaron las posibilidades de emisión hasta 5.000 millones de pesetas (con un encaje de entre el 45 y el 60% en función del volumen emitido, materializado en oro y plata, aproximadamente por mitades) y se normalizaron sus relaciones con la banca en materia de redescuento y con el Gobierno respecto del sostenimiento del tipo de cambio de la peseta¹¹² y de la participación del Estado en los beneficios del Banco, sin que por lo demás la Ley afectase a su naturaleza (continuaba siendo un banco privado), su funcionamiento o su organización (aunque se amplió el número de Consejeros, tres de ellos nombrados por la banca inscrita).

Conviene citar por último que el Estado mantenía el control del Consejo Superior Bancario, reservándose en todo caso la Presidencia a través de un Comisario regio nombrado por el Ministerio de Hacienda, con facultad para suspender los acuerdos del Consejo y del que dependería un servicio de Inspección bancaria¹¹³, y que, salvo en los aspectos señalados, sus competencias, delegadas del Gobierno, no iban mucho más allá de la proposición en algunas cuestiones concretas.

5. Crisis y aislamiento

5.1. La crisis del 29

El sistema económico de la Dictadura no difiere sustancialmente ni del modelo precedente ni de los que le seguirían hasta más allá de los años 50 de siglo XX, y continúa caracterizado por un proteccionismo extremo, un elevado endeudamiento del Tesoro, la entrada de capitales extranjeros y, además, la intervención del Estado en todas las facetas de la vida económica del país. No se consiguió ni la modernización de las estructuras productivas, ni superar el subdesarrollo agrario, ni desarrollar un sector

¹¹² ... *la regulación de una probable acción interventora en el cambio internacional y en la regulación del mercado monetario*, se decía en el preámbulo del proyecto de ley presentado a las Cortes por Cambó.

¹¹³ No tengo información adicional acerca de este servicio, ni sobre qué actividad desarrolló y ni siquiera si se llegó a crear. La información procede de FAUS MOMPART, *Ibidem*, pág. 100; Faus recoge este dato de las actas del Consejo Superior Bancario.

industrial equiparable a los países europeos, ni mejorar la falta de competitividad de la producción industrial en el exterior. En su haber, sin embargo, hay que anotar que en el periodo de 1923 a 1930 *el desarrollo industrial fue muy importante, lo cual queda reflejado en el incremento medio de la producción que se verificó a un ritmo tres veces superior al del periodo anterior*¹¹⁴.

La Gran Depresión iniciada en 1929 alcanzó a Europa en los comienzos de la década siguiente y con menor intensidad a España, dado nuestro reducido nivel de industrialización. Poco antes se había cerrado sin éxito el intento de incorporar la peseta al patrón oro llevado a cabo durante la etapa de Calvo Sotelo al frente del Ministerio de Hacienda. En el terreno bancario, la coincidencia en el tiempo de la recesión económica y el cambio de régimen político provocó que la República se estrenase con una retirada masiva de depósitos que, a diferencia de la crisis precedente de los años veinte, no produjo la quiebra de ningún banco gracias, entre otros factores, a las posibilidades abiertas para la pignoración automática de la Deuda que las entidades mantenían en sus carteras y que les permitió obtener liquidez del Banco de España.

5.2. Ley de ordenación bancaria de la República

Con la República se avanza en el proceso de estatización del Banco de España¹¹⁵ mediante el aumento del control del Gobierno, que incrementó su presencia en el Banco con el nombramiento de tres consejeros, mientras que la de la banca inscrita se redujo a uno desde los tres que tenía, y estableció un servicio de inspección de su contabilidad a cargo de funcionarios del Ministerio de Hacienda. La principal preocupación de la Ley de Ordenación bancaria de 1931¹¹⁶ es el mantenimiento del tipo de cambio de la peseta de acuerdo con las pretensiones del Gobierno de la incorporación al patrón oro y, así, se establece que es de la incumbencia del Banco de España *la regulación del cambio sobre*

¹¹⁴ TAMAMES, R., *Introducción a la economía española*, Alianza Ed., 8ª edición, Madrid, 1973, pág. 187.

¹¹⁵ TORTELLA CASARES, G., *El desarrollo de la España contemporánea. Historia económica de los siglos XIX y XX*. Alianza, Madrid, 1999, pág. 335.

¹¹⁶ Ley, de 26 de noviembre de 1931, disponiendo que el artículo 1.º de la Ley de Ordenación Bancaria, texto refundido de 24 de Enero de 1927, sea modificado y adicionado con arreglo a los artículos que se insertan. (Gaceta de Madrid de 27)

el extranjero, se precisan la convertibilidad en oro de los billetes del Banco de España desde la fecha en que deba comenzar a regir el patrón oro y la materialización en este metal de las reservas del Banco, y se crea la Junta Interventora del Cambio Exterior, de carácter consultivo, con presencia del propio Banco, de la banca inscrita y del Ministerio de Hacienda. La bonificación en el tipo de interés de redescuento aplicable a los bancos se hace extensiva a las *Cajas de Ahorro del Patronato del Gobierno* y se crea un impuesto gravando el exceso de las reservas metálicas sobre las mínimas legales. Por lo demás la Ley, cuyos trece artículos apenas alcanzan dos folios del BOE, supone mínimos retoques de la Ley de 1921 y no parece que tenga una verdadera pretensión de “ordenación de la banca” en el sentido habitual de este tipo de normas.

En marzo de 1933, con Largo Caballero como ministro de Trabajo, se completa el régimen jurídico de las Cajas de ahorros mediante el estatuto para las cajas generales de ahorro popular¹¹⁷ y, mediante un Decreto Presidencial de 3 de mayo de 1935 (Gaceta de 5), las Cajas de ahorros, *en cuanto a todas sus funciones económicas y bancarias*, pasan a depender del Ministerio de Hacienda, mientras que las funciones benéficas y sociales permanecen bajo la autoridad de Ministerio de Trabajo¹¹⁸.

5.3. La Guerra Civil y el statu quo bancario

A partir de julio de 1937 el Gobierno militar que se formó en Burgos por los sublevados al Gobierno de la República ordenó el bloqueo de los saldos bancarios de las plazas que iba ocupando, mediante una serie de Órdenes e Instrucciones a bancos y cajas por las que solo se reconocía validez a los saldos de cuentas y obligaciones de

¹¹⁷ Decreto de 14 de marzo de 1933

¹¹⁸ Situación que se mantuvo hasta 1957.

pago existentes a 18 de julio de 1936¹¹⁹, quedando sujetos a ulterior depuración los movimientos posteriores a esa fecha¹²⁰.

La Ley de Desbloqueo de diciembre de 1939¹²¹ permitió la conversión a la par de los saldos existentes con anterioridad al 18 de julio de 1936 y se aplicaron unos coeficientes correctores a los incrementos posteriores a esa fecha, a la vez que se anularon, sin compensación alguna para sus tenedores, los billetes emitidos por el Gobierno de la República durante la guerra.

El Consejo Superior Bancario se suprime durante la Guerra Civil¹²², sus competencias pasan al Ministerio de Hacienda y se sustituye por el denominado Consejo Nacional del Crédito, órgano meramente consultivo sustituido igualmente poco después en sus funciones por el Comité Central de la Banca Española¹²³, la patronal bancaria creada en 1918 a las que hicimos referencia con anterioridad, que actuó de hecho como lo venía haciendo el Consejo Superior Bancario, no en vano seis de sus nueve miembros ya lo eran del Consejo con anterioridad a julio de 1936¹²⁴.

¹¹⁹ Por todas, véase la Orden de 1º de Abril de 1938 (*BOE de 3*) que establecía que “*Los saldos de cuenta corriente y depósitos de ahorro constituidos en cualquier Establecimiento de crédito de los Municipios que se liberen se declaran bloqueados por la cantidad que exceda de la cifra correspondiente al 18 de julio de 1936*”.

¹²⁰ MARTIN ACEÑA, P., “El Banco de España y el sistema financiero, 1914-1962” en VV.AA., *150 años de historia del Banco de España [1856 – 2006]*. Banco de España, Madrid, 2006, pág. 152

¹²¹ Ley de 7 de diciembre de 1939. Desbloqueo. Regulándolo (*BOE de 20*).

¹²² Decreto de 2 de marzo de 1938 suprimiendo el Comité Nacional de la Banca Privada y el Consejo Superior Bancario (*BOE del 9*). El Comité Nacional de la Banca Privada, fue un órgano creado por Decreto del Presidente de la Junta de Defensa Nacional en Burgos en una fecha tan temprana de la Guerra como el 20 de agosto de 1936 e integrado por un presidente designado por la Junta de Defensa y *por tres vocales nombrados directamente por las entidades bancarias privadas*.

¹²³ Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de septiembre de 1938. Comunicación con el Comité Central de la Banca (*BOE de 20*).

¹²⁴ FAUS MOMPART, E., *Ibidem*, pág. 132.

5.4. El origen del *statu quo*

El denominado *statu quo* bancario tiene su origen en una Orden ministerial de octubre de 1939¹²⁵ por la que se declaraban sin efecto las autorizaciones no utilizadas concedidas por el Consejo Superior Bancario con anterioridad “*al Alzamiento*” para crear Sucursales o Agencias o aumentar el número de las ya existentes y para utilizar el nombre de Banco o banquero. Las transferencias de negocio de banca, así como cualquier modificación en la constitución de las empresas bancarias que implicase cambio de su naturaleza jurídica pasaban a requerir autorización previa del Ministerio de Hacienda.

Algún autor como Faus, buen conocedor de la actividad desarrollada por el Consejo Superior Bancario, retrotrae el origen del *statu quo* a un Decreto de agosto de 1931, que prohibió a los bancos aumentar el número de sus sucursales sin previa autorización del Delegado del Gobierno en el Consejo Superior Bancario, al que considera un precedente motivado por la fuerte expansión bancaria de aquellos años y dictado como reacción a la suspensión de pagos del Banco de Cataluña el 7 de julio de ese mismo año.

Un Decreto¹²⁶ del año 40 justificaba el *criterio de mantener el statu quo bancario de 1936, ínterin se termina el desbloqueo* y disponía en su artículo 1º que “*no podrán realizarse durante el año 1940: a) La creación de nuevas entidades bancarias*”, así como la instauración de nuevas sucursales, los traslados de oficinas o los traspasos entre entidades, las modificaciones en la naturaleza de la personalidad jurídica de los bancos, las ampliaciones de capital¹²⁷ y la fusión o adquisición de participaciones en otros

¹²⁵ Orden del Ministerio de Hacienda de 19 de octubre de 1939. Caducidad autorizaciones de sucursales, uso del nombre de banquero, transferencias (BOE de 20).

¹²⁶ Decreto de Ministerio de Hacienda de 17 de mayo de 1940. Prohíbe apertura de nuevos bancos, agencias y sucursales, su traslado, etc. (BOE de 27).

¹²⁷ Esta prohibición fue levantada por la Ley de 17 de octubre de 1941. Jefatura del Estado. Ampliaciones de capital, acciones, balances, dividendos. Modifica la Ley de 10 de febrero y el Decreto de 17 de mayo de 1940 (BOE de 1 de noviembre), por la que se reintegraban a los órganos de gestión y administración de las empresas bancarias las facultades en materia de ampliaciones de capital, dividendos pasivos y puesta en circulación de acciones.

negocios bancarios. Y mediante una Ley de diciembre de ese mismo año¹²⁸: “*Se prorroga, hasta el momento que se disponga lo contrario, la vigencia del Decreto de 17 de mayo de 1940, relativo al statu quo bancario*”.

La Ley de 11 de julio de 1941¹²⁹ suprimió la prohibición de traspasar negocios bancarios siempre que, a juicio del Ministerio de Hacienda, *el Banco o banquero absorbente cuente con medios financieros apropiados al volumen resultante de la fusión de negocios*, abriendo el camino de la concentración bancaria, al propiciar la absorción por las entidades de mayor tamaño de la pequeña banca local y regional¹³⁰

5.5. Ley de Ordenación Bancaria de 1946

Ley de Ordenación Bancaria de diciembre de 1946¹³¹, marca el punto máximo del intervencionismo estatal en la actividad financiera en España en cualquier época histórica.

El Banco de España se sometió a un control estatal aún más fuerte que el de la Ley de 1931, dejándolo reducido a un mero instrumento del Gobierno. Al Instituto Español de Moneda Extranjera (IEME), creado en 1939, dependiente del Ministerio de Comercio, se le encomendaron las relaciones monetarias internacionales, mientras que en el plano interno la competencia recaía directamente en el Ministerio de Hacienda; las funciones de inspección sobre el sector bancario dependían de la Dirección General de Banca y Bolsa, de forma que las funciones del Banco de España quedaban reducidas al papel de banco emisor¹³².

¹²⁸ Ley de 30 de diciembre de 1940. Jefatura del Estado. Prorroga la vigencia de la Ley de 16 de diciembre de 1940 de reforma tributaria y de los Decretos de 17 de mayo y 17 de octubre de 1940 (BOE de 20 de febrero).

¹²⁹ Ley de 11 de julio de 1941 sobre nacionalización voluntaria de la Banca extranjera, transformación y traspaso de Empresas bancarias nacionales y dividendos de los Institutos de Crédito (BOE de 17).

¹³⁰ FAUS MOMPART, E., *Ibidem*, pág. 153.

¹³¹ Ley de 31 de diciembre de 1946. Ley de Ordenación Bancaria (BOE de 1 de enero de 1947).

¹³² TORTELLA CASARES, G., *El desarrollo de la España contemporánea. Historia económica de los siglos XIX y XX*. Alianza Ed., Madrid, 1999, pág. 336.

Se restableció el Registro de Bancos y Banqueros a cargo de la Dirección General de Banca y Bolsa¹³³, se obligó a las entidades ya constituidas a solicitar una nueva autorización y se instauró el principio general de que cualquier tipo de negocio de naturaleza financiera precisaba de aprobación previa del Ministerio de Hacienda (todo está prohibido excepto lo que expresamente permitido).

Las competencias del Ministerio alcanzaban a la fijación de los tipos de interés de las operaciones tanto activas como pasivas, al establecimiento de reglas de carácter obligatorio sobre reparto de dividendos, a la fijación del capital mínimo de las entidades, al establecimiento de un coeficiente de recursos propios en función de los saldos pasivos, a la orientación de la estructura de las carteras crediticias, a la limitación de la captación de depósitos a plazo y a la autorización previa para la adquisición de acciones, ampliaciones de capital o reparto de dividendos.

La ley pretendía ser una continuidad de la Ley de 1921, coincidiendo con la finalización del plazo de 25 años otorgado por ésta al privilegio de emisión del Banco de España. Sin embargo, tanto su orientación, claramente intervencionista, como los instrumentos utilizados, aunque nominalmente parecidos, difieren sustancialmente de los de la Ley Cambó.

Los principios por los que se rige se hacen explícitos en su exposición de motivos y parten de la idea de que tanto el privilegio de emisión como la facultad de dictar la política de crédito son atributos del Estado y que es el Gobierno el único que está facultado para otorgar (que no contratar) la concesión del primero y dictar las normas generales de la segunda.

El Banco de España continúa siendo una sociedad con capital privado, pero la Ley regula exhaustivamente la composición y funciones de sus órganos de gobierno (Junta General, Consejo General, Comisiones, dos Direcciones Generales, un Subgobernador y Gobernador) y las operaciones que puede realizar (con el Tesoro, con la banca pública y privada y con particulares) y atribuye al Ministerio de Hacienda la facultad de dictar las

¹³³ Para un detalle pormenorizado de los bancos inscritos, véase FAUS MOMPART, E., *Ibidem*, pág. 155 y anexo.

normas generales de la política de crédito del Banco, la fijación de los tipos de descuento e interés de sus operaciones, el determinar las actuaciones del banco en operaciones de mercado abierto e incluso dar instrucciones respecto del volumen en la concesión de crédito o autorización para la apertura de sucursales.

El Banco de España continúa manteniendo el privilegio de emisión de billetes, pero se remite a una Ley posterior la fijación del límite máximo de emisión. No hay obligación de mantener unas reservas metálicas mínimas en función de los billetes emitidos¹³⁴. Además de la emisión, corresponden al Banco de España la realización del servicio de tesorería del Estado, el servicio financiero de la Deuda y las funciones propias de Banco de bancos y prestamista en última instancia, aunque sin mayor precisión en este último caso¹³⁵; no así la ejecución de la política monetaria que quedaba repartida entre el Ministerio de Hacienda y el Instituto Español de Moneda Extranjera (IEME).

Por lo que se refiere a la banca privada, la Ley de ordenación de 1946 contiene la primera definición legal de banco que, en esencia, continúa siendo plenamente válida:

“Ejercen el comercio de Banca las personas naturales o jurídicas que, con habitualidad y ánimo de lucro, reciben del público, en forma de depósito irregular o en otras análogas, fondos que aplican por cuenta propia a operaciones activas de crédito y a otras inversiones, con arreglo a las Leyes y a los usos mercantiles, prestando, además, por regla general, a su clientela servicios de giro, transferencia, custodia, mediación y otros en relación con los anteriores, propios de la comisión mercantil”. Artículo 37.

Para ejercer la actividad o usar la denominación de Banco o Banquero se requiere figurar inscrito en el Registro de Bancos y Banqueros a cargo de la Dirección General

¹³⁴ Cualquier referencia a las reservas metálicas como respaldo a la emisión de billetes se suprimió nada más finalizar la Guerra Civil, ante la ausencia de aquéllas en el Banco de España.

¹³⁵ *“Considerará también como misión propia, cuando así lo aconseje el interés general, la de ofrecer a las instituciones de crédito que, habiendo acomodado su actuación a las buenas prácticas bancarias, se encuentren, en caso de crisis general o por otras circunstancias, con dificultades de tesorería, el concurso posible dentro de su órbita de actuación y compatible con la seguridad de sus operaciones”.* Artículo 18.

de Banca y Bolsa. Todos los bancos existentes estaban obligados a pedir nuevamente autorización al Ministerio, incluso los ya inscritos y autorizados con anterioridad conforme a la legislación previa. Se “*crea*”¹³⁶ el Consejo Superior Bancario (CSB), como continuador del Comité Central de la Banca Española, que se extingue. El Consejo Superior Bancario se configura como *el órgano consultivo del Ministerio de Hacienda en las materias de banca* y se constituye bajo la presidencia del Director General de Banca y Bolsa (que curiosamente no tenía voto), con vocales procedentes del Banco de España, la Banca pública, el Sindicato Nacional de Banca y los designados por los bancos que se agrupan, conforme a una clasificación discrecional del Ministerio, en nacionales, regionales y locales. La adscripción al Consejo era obligatoria incluso para los bancos extranjeros establecidos en España que, sin embargo, no podían votar. Las competencias del Consejo eran sustancialmente menores de las que tenía su homónimo bajo la Ley Cambó y, además de las meramente consultivas e informativas, quedaban limitadas a la de formar las estadísticas bancarias, interpretar las normas dictadas por el Ministerio sobre tarifas y designar dos consejeros del Banco de España.

En sentido contrario, las atribuciones del Ministerio de Hacienda eran prácticamente ilimitadas:

- Dictar las normas generales de la política de crédito.
- Señalar el tipo máximo de interés abonable a las cuentas corrientes, imposiciones y operaciones similares.
- Fijar los tipos de interés y comisiones en las operaciones activas y las condiciones de su aplicación.
- Disponer la forma en que deben establecerse y publicarse los balances y cuentas de pérdidas y ganancias de los Bancos y Banqueros operantes en España.
- Dictar las normas generales de carácter obligatorio sobre reparto de dividendos activos bancarios.
- Disponer la creación de Cámaras de Compensación.
- Fijar el capital mínimo con que ha de contar cada Banco.

¹³⁶ En la Ley de 1946 no hay referencia alguna al antiguo Consejo Superior Bancario creado bajo la Ley Cambó

CAPÍTULO TERCERO
LA REGULACIÓN BANCARIA

- Exigir el mantenimiento de una determinada proporción entre el importe de sus recursos propios y el conjunto de sus obligaciones.
- Establecer la proporcionalidad máxima que hayan de guardar los créditos personales con el importe de los demás que formen el activo.
- Determinar la relación que debe haber entre el activo realizable y las obligaciones exigibles.
- Fijar el límite superior de los saldos de determinadas cuentas acreedoras a plazo.
- Autorizar:
 - la modificación de la forma en que se hallen constituidas las empresas bancarias;
 - las ampliaciones de capital y la puesta en circulación de acciones;
 - los acuerdos sobre traspasos de oficinas, absorciones, fusiones y adquisiciones de títulos que lleven aparejada la toma de control;
 - el reparto de reservas; y
 - la realización por los bancos de suscripciones, compras, canjes o adquisiciones en general de acciones o participaciones en el capital social de otros bancos o de cualquier sociedad mercantil o persona jurídica dependiente o filial de ellos.
- Ordenar a un determinado banco el depósito en el Banco de España de un porcentaje de los recursos ajenos (con el límite del 20%).
- Formular indicaciones a un banco en concreto sobre su política de crédito o de dividendos.
- Disponer reservadamente inspecciones ocasionales de un banco utilizando al efecto personal de la propia Dirección General de Banca o del Banco de España.

La Ley contiene un completo régimen sancionador, en el que se tipifican siquiera someramente los incumplimientos sancionables y se detallan las sanciones posibles, aunque no la sanción que correspondería a cada incumplimiento; sanciones que van desde la mera advertencia hasta la exclusión del Registro de Bancos operantes en

España, liquidación y disolución de la entidad sancionada, quedando reservada la competencia para imponer esta última al Consejo de Ministros¹³⁷.

Por último, la Ley mantiene las ventajas en materia del Impuesto del Timbre sobre los cheques; los bancos (y las cajas de ahorros) disfrutaban, sobre los efectos presentados al redescuento, de una bonificación equivalente a la quinta parte del tipo de interés señalado por el Banco de España para sus operaciones con particulares; se establece la obligatoriedad de constituir una reserva, cuando los beneficios excedan del 4% del capital, por el 10% como mínimo de los resultados anuales hasta que su volumen alcance la mitad del capital; y se mantienen expresamente en vigor (Disposición transitoria) las disposiciones vigentes sobre prohibición de constitución de nuevas entidades bancarias y sobre la apertura de sucursales, aunque se habilita al Consejo de Ministros a modificar o derogar dicho régimen por Decreto.

5.6. La banca mixta

En el ámbito bancario, el fenómeno más característico del periodo que media entre las leyes de ordenación bancaria de 1946 y 1962 es el de concentración bancaria. Los bancos de mayor tamaño expandieron su negocio por el procedimiento de la absorción de pequeñas entidades de carácter local o regional, lo que, por un lado, contribuyó en cierta forma al saneamiento del sistema, eliminando el riesgo de insolvencia de entidades, en general, más expuestas en función de su reducido tamaño y, por otro, hizo que el peso de las cinco principales entidades creciese hasta el punto de controlar casi el 70% de los activos y pasivos del sistema. Todo ello sin alterar la estructura de sector, en el que junto a los bancos privados continuaron operando las cajas de ahorros, más intervenidas si cabe, y la banca oficial prácticamente estatalizada.

Al menos en parte, este proceso de concentración es debido, además de a la pervivencia del *statu quo*, a la política del Gobierno de fijación de los tipos de interés de los pasivos bancarios con carácter obligatorio e igual para todos los bancos (el pago de

¹³⁷ Como curiosidad, en el caso de que la sanción consistiese en una multa, la mitad de su importe se debía abonar en la Caja de Pensiones de jubilación, viudedad y orfandad de los empleados de la entidad sancionada.

“extratipos” era ilegal, aunque frecuente), en unos niveles además muy bajos (lo que hacía atractiva la compra de Deuda pública, a tipos superiores). Puesto que no podían competir en precios, la competencia bancaria se estableció en el campo del tamaño de las redes y la única forma de hacerlo, dado que la apertura de nuevas oficinas estaba limitada, era absorbiendo bancos pequeños, lo que además resultaba rentable dado el reducido coste de la financiación (los pasivos bancarios adquiridos).

Otro fenómeno definitorio de la banca española es el de su caracterización como banca mixta (comercial e industrial a la vez). Como hemos ido viendo esto no es algo específico del periodo de la posguerra, sino que se trata de una constante desde los mismos inicios de la banca privada en España, aunque tal vez sea en este periodo en el que alcanza su máxima expresión. Ya hemos citado la explicación de Olariaga sobre el particular y, en el mismo sentido, la exposición de motivos de la Ley de Bases de 1962 justifica de manera muy gráfica la existencia de los *Bancos mixtos*, *que si no estaban precisamente definidos en el Código de Comercio, ni en las restante legislación sobre la materia, se convirtieron en una realidad viva y fecunda, que ha subsistido hasta nuestros días, a causa de un fenómeno característico: la existencia en la Banca comercial de un sobrante de recursos después de cubrir las demandas de créditos a corto plazo. Ese exceso de recursos, procedentes del ahorro que no recogían las Bolsas españolas directamente del público por falta de hábito o de preparación financiera del pequeño capitalista, por espíritu excesivamente cauteloso del ahorrador o por otras razones, y que acudía a nutrir en gran parte las cuentas corrientes abiertas en los Bancos, era por éstos dedicado a la promoción de Empresas industriales, mediante la aportación directa de capitales o la concesión de créditos que, aun instrumentados mediante documentos a plazos no superiores a noventa días, eran de hecho créditos a plazo medio o largo, gracias a sus sucesivas renovaciones, o bien por la adquisición en Bolsa de acciones u obligaciones de dichas Empresas. Merced a estas fórmulas que la amplitud y liberalidad del sistema permitió adoptar, los Bancos de depósito y descuento desempeñaron, en parte, el papel de aquellas Compañías de Crédito que, reguladas en forma sumaria e insuficiente en los artículos ciento setenta y cinco y ciento setenta y seis del Código de Comercio, no existían prácticamente en España.*

En suma, si la banca española tomó el carácter de banca mixta lo fue, en palabras de Villalonga¹³⁸, “*por impulso de la necesidad*” y no por un planteamiento técnico, científico y deliberado.

5.7. La autarquía

En el plano económico, la autarquía está caracterizada por la persistencia en el tiempo del secular retraso en la modernización de las estructuras agrarias, que se manifiesta en la reducida productividad del sector, en la constante alza de precios y en la presión sobre los salarios industriales; las restricciones a la entrada de capitales que impidieron el necesario desarrollo industrial y la intervención del Estado en todas las facetas de la vida económica del país, que afectaba a la práctica totalidad de los procesos de producción, distribución y financiación de bienes y servicios. Tamames agrupa los rasgos básicos del periodo en cuatro categorías: el propósito de autoabastecimiento como respuesta al colapso del comercio exterior consecuencia de la guerra civil, la mundial y la posterior marginación internacional del régimen; la supresión de numerosas libertades en el área de la economía, mediante toda clase de intervencionismos; la intervención directa del Estado en el sistema productivo; y el control y explotación de las clases trabajadoras. La autarquía hizo posible un intenso grado de acumulación capitalista, y no precisamente por la senda del crecimiento rápido, sino merced a fuertes tasas de plusvalía conseguida por la sincronización de precios altos y salarios bajos durante todo un prolongado periodo de estancamiento (1939-1951)¹³⁹.

5.8. Los años 50

Con la década de 1950 se da inicio en Europa a los que se han llamado años dorados del crecimiento económico, con tasas de crecimiento continuadas del PIB, tanto en términos absolutos como per cápita, en un proceso de convergencia con las de Estados

¹³⁸ Juan Villalonga Villalba, fue presidente del Banco Central entre 1944 y 1973 y autor de *La banca española en lo que va de siglo*, Arbor, 1961

¹³⁹ TAMAMES, R., “La modernización de la economía española”. Información Comercial española, nº 826, noviembre 2005, pág.23

Unidos y de los países europeos entre sí, con la pérdida de Inglaterra de su secular ventaja comparativa y el auge de Alemania y Francia.

“En España los acontecimientos no son diferentes. Pasada la incertidumbre de los años cuarenta por la dictadura, las posibilidades político-económicas del gobierno estaban limitadas por el entorno marcado por EEUU y los países europeos. En realidad no había, no podía haber, alternativa fuera de ese ámbito. La única incógnita era saber si podría darse el crecimiento y, de darse éste, qué ritmo de acoplamiento seguirían la sociedad y la economía española, en su acercamiento a los usos y prácticas comunes existentes en su entorno”¹⁴⁰.

El punto de partida sí que era radicalmente distinto al de nuestros vecinos europeos. En 1950 el PIB per cápita español apenas representaba el 35% del del Reino Unido y, en valores absolutos, estaba todavía por debajo del anterior a la Guerra Civil, la mitad de la población activa continuaba ocupada en el campo (17% de media en la Europa desarrollada) y los niveles de educación de la población o de acceso de la mujer al trabajo asalariado eran casi pre-industriales.

“Aunque los años cincuenta la economía española creció a buen ritmo, se fueron acumulando al mismo tiempo desequilibrios y desajustes que según se sucedían los años amenazaron el progreso y los avances logrados hasta entonces. La inflación, impulsada por una excesiva expansión monetaria, y el déficit exterior, consecuencia de una política de cambios que penalizaba las exportaciones, condujeron al país a una difícil situación: así, alzas de precios, agotamiento de las reservas internacionales, bajos niveles de productividad, mantenimiento de controles e intervenciones administrativas, parecieron conjurarse para detener el progreso de la economía. Se hizo necesario introducir reformas que evitaran la paralización de la industria, abrieran la economía al exterior, liberalizaran las inversiones y

¹⁴⁰ ALFONSO GIL, J., “España en su entorno: un siglo de crecimiento”. Información Comercial Española, nº 789, 2000, pág. 41.

eliminaran los rígidos controles que estrangulaban el funcionamiento de muchos sectores”¹⁴¹.

La banca se ve favorecida por un marco institucional privilegiado, la debilidad de las bolsas, la ausencia de inversiones extranjeras, la inexistencia de otros grupos con capacidad financiera, además de las facilidades de liquidez y el bajo riesgo representados por la pignoración automática de la Deuda.

En estas condiciones, la banca pasa a convertirse en la fuente mayoritaria de financiación del sector privado en porcentajes que superan el 60% del total, tanto a corto como a largo plazo¹⁴². Además, la acumulación de capitales y la condición de banca mixta (de depósitos y de negocios) le permitió tomar participaciones directas en prácticamente todos los sectores económicos del país.

“Durante este periodo (1949-1959), etapa de autarquía, la Banca mixta española, además de dedicarse a las operaciones de crédito comercial, fue la protagonista principal de la industrialización de la país. Careciendo de problemas de liquidez, pudiendo realizar las inmobilizaciones más aventuradas, estando cerradas las puertas a las inversiones extranjeras, siendo el capital nacional muy modesto, etc., es evidente que la promoción industrial no podía realizarse al margen de la Banca. La preeminencia de las instituciones crediticias sobre todo el sistema económico era inevitable.”¹⁴³

¹⁴¹ MARTIN ACEÑA, P., “El Banco de España y el sistema financiero, 1914-1962”, en VV.AA. *150 años de historia del Banco de España [1856-2006]*, Banco de España, Madrid, 2006, pág.159.

¹⁴² *Como consecuencia de todo ello fue convirtiéndose la Banca no sólo en el elemento central de financiación, sino casi en el único, a la par que el mercado de capitales, de inversores independientes, retrocedió en importancia; y así, mientras en la época anterior a la Guerra de Liberación del total de financiación del sector privado (emisiones más créditos bancarios) la parte que suministraba la Banca (crédito más aumento de la cartera de valores industriales) representaba normalmente una proporción reducida, del orden del 30 por ciento en el periodo 1920-1935, el porcentaje fue muy superior al 60 por ciento la etapa 1940-1959. La Banca, en suma, se convirtió prácticamente en la fuente mayoritaria de financiación del sector privado, tanto si se trataba de cubrir necesidades a corto como a largo plazo.* Exposición de motivos de la Ley 2/1962, de 14 abril. Bases de ordenación del Crédito y la Banca (BOE de 16)

¹⁴³ MUÑOZ, J., *El poder de la banca en España*, Ed. Zero, 2ª edición, 1970, pág. 68.

6. Crecimiento y cambio

6.1. El Plan de Estabilización de 1959 y los Planes de Desarrollo

Con algún tímido precedente al inicio de la década de los 50, con la entrada de ministros de orientación ideológica algo más liberal (Ruiz Jiménez y Arburúa) y con los acuerdos con Estados Unidos, que incluían referencias expresas al sistema financiero (moneda y tipo de cambio, equilibrio presupuestario, estabilidad financiera, fomento de la confianza en el sistema monetario, ...) , el cambio radical de la política económica tiene lugar con el Plan de Estabilización, nominalmente de 1959¹⁴⁴, pero que en realidad comienza dos años antes con la entrada de Ullastres y Navarro Rubio en el Gobierno, desde donde se impulsó la reforma, entre otros, del sistema financiero y que introdujo una serie de cambios: apertura de las relaciones con el exterior, mayor liberalización de las importaciones y de las inversiones de capital extranjero, disminución del intervencionismo en la economía con la supresión de numerosos organismos y mayor libertad de precios, supresión de las emisiones de Deuda automáticamente pignorable, principal causa de las tensiones inflacionistas del periodo anterior, y “homologación exterior” de la economía con la aceptación del sometimiento a la disciplina, parcial en algunos casos, de distintos organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional (paridad de la peseta), el GATT (aranceles aduaneros) y la OECE (transacciones y pagos con el exterior).

Aun cuando la ortodoxia económica occidental del momento (libertad de mercado, convertibilidad de la moneda, rigor financiero) abogaba por la liberalización, el camino elegido por el Régimen fue el del intervencionismo, aunque más atenuado que en la etapa anterior, como mecanismo para conseguir el desarrollo industrial del país y la elevación de los niveles de renta. En febrero de 1962, el Gobierno elevó formalmente al Consejo de la Comunidad Económica Europea la petición de abrir negociaciones para “un acuerdo de asociación susceptible de llegar en su día a la plena integración”.

Las medidas puestas en práctica hicieron una utilización exhaustiva de la reglamentación de los factores de producción que, en el ámbito financiero, se tradujo en

¹⁴⁴ Decreto-Ley 10/1959, de 21 de julio, de ordenación económica. (BOE de 22)

un intento de controlar la cantidad y el precio del dinero, el destino de los recursos y una moderada apertura al exterior.

“Los mecanismos financieros existentes en 1960 eran absolutamente inadecuados para aportar a las ingentes inversiones previstas los recursos necesarios, y más aún teniendo en cuenta que esta financiación debía reunir condiciones muy específicas en cuanto a sus plazos y modalidades. En el reconocimiento de esta situación está el germen de las reformas del sistema bancario y financiero y de la aparición de los Bancos industriales en nuestro país.

La realización de las inversiones previstas en el Plan de Desarrollo requería un volumen considerable de financiación a medio y largo plazo y de capitales que difícilmente podían movilizarse con la estructura financiera imperante sin caer en expediente inflacionistas. El mercado de capitales y la Bolsa de 1960 adolecían de una tal estrechez, y eran tan limitadas las empresas que tenían acceso al mismo, que era difícil contar con ellos para obtener volúmenes importantes de capitales. El sistema bancario, de carácter comercial y mixto, no era, por otro lado, el más adecuado para la financiación específica a medio y largo plazo requerida, toda vez que ello hubiese supuesto la conversión de sus recursos monetarios a corto plazo (depósitos a la vista) en financiación a largo plazo, procedimiento poco ortodoxo y netamente inflacionista que en años anteriores ya había demostrado los peligros que encerraba”¹⁴⁵

El proporcionar las enormes cantidades de dinero necesarias para financiar los Planes de Desarrollo se hizo posible manteniendo bajos tipos de interés y abundante liquidez, pero al coste de elevar la inflación y depreciar el valor de la moneda (un 12% en 1967), mientras que la orientación de las financiaciones se consiguió mediante una maraña de coeficientes obligatorios y canales privilegiados de crédito, pretendidamente hacia los sectores que se consideraban con mayor capacidad de contribuir al desarrollo,

¹⁴⁵ United Europe Management Consultants, Inc., “Comment Market Business Reports: La Banca Industrial en España: diez años de actividad”, Madrid, 1973, pág. 5, reproducido en CARBALLO, R., G. TEMPRANO, A. y MORAL SANTÍN, J.A., *Crecimiento económico y crisis estructural en España*. Akal, Madrid, 1981, pág. 500.

pero que introdujeron una elevada distorsión en los mercados financieros y cuya efectividad no siempre resultó la adecuada.

En el plano más preciso de la regulación del sector bancario, se anima a la creación de bancos industriales para aportar la financiación a medio y largo plazo que no es atendida por la banca comercial, se refuerza el papel de la banca pública como complemento de la privada y se asigna un papel a las cajas de ahorros como canalizadoras del ahorro.

6.2. Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca de 1962

La finalidad de la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca¹⁴⁶ de 1962, tal como queda de manifiesto en el inicio de su exposición de motivos, era la financiación del Plan General de Desarrollo¹⁴⁷, y para ello aborda fundamentalmente, tres cuestiones: la nacionalización y funciones del Banco de España y la banca oficial; la especialización de la banca privada; y la dirección e inspección del conjunto; y apunta, aunque la Ley no lo desarrolla, los mecanismos de relación entre ellos y con el Estado.

El Banco de España, *siendo siempre banquero del Estado y también Banco comercial*, decía la Ley, *no ha llegado aún a convertirse en banco de Bancos, en el regulador central del mecanismo crediticio y en el responsable del valor exterior de nuestra moneda*, aunque a ello tendieron las sucesivas normas puestas en práctica desde 1921.

En cuanto a los instrumentos utilizados hasta entonces, los efectos inflacionistas y depreciatorios de la moneda ocasionados por la financiación del déficit, vía pignoración

¹⁴⁶ Ley 2/1962, de 14 abril, sobre Bases de ordenación del crédito y de la banca (BOE de 16)

¹⁴⁷ *La puesta en práctica en un futuro próximo de un Plan General de Desarrollo de la Economía Española exige un previo examen de los instrumentos de que se dispone para acometer con éxito esa trascendental tarea. Uno de esos instrumentos, quizá el más valioso, es el sistema bancario y la organización crediticia oficial, en los que se ha de apoyar, en gran medida la financiación del Plan, para lo cual es preciso que el conjunto de instituciones que integran aquellos funcionen armónica y coordinadamente, sin fallos, interferencia, ni vacíos, en forma tal que, estimulando por los medios adecuados la formación del ahorro, se logre canalizarlo convenientemente hacia la inversión.*

indirecta de la Deuda, quedan con claridad recogidos en la exposición de motivos de la Ley:

Más las continuas demandas de crédito al Banco, por parte del Estado, la colocación en aquél de las también constantes emisiones de Deuda a cambio de autorizaciones para elevar la cifra de la circulación fiduciaria y el fuerte incremento de la cifra de Deuda Pública automáticamente pignorable con la paulatina pero progresiva monetización de tales títulos, operaron como fuerza impulsora de una expansión monetaria que, junto a los beneficiosos efectos de las inversiones así financiadas, produjo en definitiva, tras alternativas varias, la desvalorización de la peseta, primero en el interior, y más tarde en el exterior, y el agotamiento de la reservas de divisas. A esta situación vino a poner remedio la política de estabilización mediante la fijación de un tipo de cambio realista para la peseta, la radical supresión de las emisiones de Deuda pignorable a voluntad de su tenedor, la contención del ritmo expansivo del volumen del crédito bancario y el equilibrio de la finanzas públicas, entre otras medidas.

La Ley sitúa de manera inequívoca la autoridad en materia monetaria y de crédito en el Gobierno¹⁴⁸ quien, a través del Ministro de Hacienda, es el encargado de dictar las directrices que habrán de seguir los distintos organismos públicos que se regulan en la propia Ley.

Se nacionaliza el Banco de España, que se convierte en *Institución oficial*, dependiente del Ministerio de Hacienda, y se le dota de personalidad jurídica y organización autónoma. En el plano organizativo, se separan los órganos consultivos y representativos de aquellos otros con funciones ejecutivas y directivas; al frente se sitúa al Gobernador, nombrado por Decreto, *asistido por más de un Subgobernador*.

Al Banco de España se le encomienda la inspección de la Banca privada y el movimiento de los pagos exteriores y la centralización de las reservas metálicas y de divisas, *si bien circunstancias excepcionales de carácter transitoria aconsejaron*

¹⁴⁸ *No aceptando el Estado español el principio de neutralidad económica, la autoridad monetaria no puede ser delegada en el Banco de emisión, sino ejercida permanentemente por el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda.*

CAPÍTULO TERCERO
LA REGULACIÓN BANCARIA

atribuir la última de las funciones indicadas al Instituto Español de Moneda Extranjera, y se remite a posterior desarrollo legislativo la regulación de la creación de dinero a través de los canales de expansión del crédito concedido por el Banco emisor, el establecimiento de normas sobre las operaciones de mercado abierto, redescuento a la Banca privada, medidas en relación a la pignoración por los Bancos de los Fondos Públicos, topes variables de depósitos legales obligatorios de los Bancos privados en el Banco de emisión y los demás instrumentos de control necesarios.

Se nacionalizan igualmente los bancos Hipotecario de España, de Crédito Industrial y de Crédito Local; no así el Banco Exterior de España que conserva su carácter de banco oficial pero sometido a la misma regulación y limitaciones que se impongan a los bancos privados; el Servicio Nacional de Crédito Agrícola se transforma en el Banco de Crédito Agrícola y se reorganizan el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional (que acabaría convertido poco después en el Banco de Crédito a la Construcción) y la Caja Central de Crédito Marítimo y Pesquero (cuyas funciones se transferirían al Banco de Crédito Industrial en 1971).

Para ejercer la alta dirección e inspección de la banca oficial se crea el Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo, que viene a sustituir, elevándolo de rango, al Comité del crédito a medio y largo plazo, creado en 1958 con la finalidad de coordinar la actuación de la banca pública y de unificar, simplificar y reforzar sus, hasta entonces variadas y un tanto confusas, fuentes de financiación.

Al Instituto de Crédito a medio y largo plazo se le encomienda la provisión de recursos, en forma coordinada, a la banca pública y el diseño de las instrucciones de carácter general a las que habrían de acomodar sus operaciones. Para financiarlo, se encomienda al Ministerio de Hacienda que le proporcione los medios necesarios, bien procedan de anticipos del Tesoro, de cédulas para inversiones, de aportaciones extranjeras y, en casos extraordinarios, de operaciones de tesorería con los Bancos y Cajas de Ahorros o anticipos del Banco de España.

En cuanto a los bancos privados, la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca, respetando la caracterización de banca mixta de las entidades existentes, abre el

paso a la creación de los denominados Bancos industriales y de negocios, a los que les asigna como función primordial la de promover nuevas empresas industriales y colaborar en la tarea de financiación a largo plazo; libera parcialmente el régimen del *statu quo*, asegurando que *se darán mayores facilidades y libertad para acceso a la profesión de banquero y el ejercicio de ésta*, se flexibiliza el régimen de apertura de nuevas sucursales y se regula el establecimiento de la banca extranjera en España; y prefigura el régimen de límites y coeficientes obligatorios¹⁴⁹ a través de los cuales se va a delimitar y orientar la actuación de los bancos privados en los años siguientes: capital mínimo necesario para acceder a la autorización para el ejercicio de la actividad, estructura de las carteras bancarias, porcentajes de fondos públicos, límites en cuanto al redescuento, pignoración y reservas en el Banco emisor; determinación del coeficiente de liquidez, limitación de las compras futuras de acciones o participaciones de sociedades que estén ya en funcionamiento y de la participación en las de nueva creación en relación con sus recursos propios y con el capital de las empresas de que se trate.

Por lo que se refiere a las Cajas de ahorros, su dirección, coordinación inspección y control se atribuye al Instituto de Crédito de las Cajas de Ahorro, presidido por el Gobernador del Banco de España, mientras que el de las Cajas rurales se reserva al Ministerio de Hacienda. A ambos tipos de entidades se les encomienda el fomento del ahorro y del crédito social a particulares y pequeñas empresas y cooperativas, en especial en el medio rural.

Por último, la Ley señala las directrices de la posterior regulación de tres elementos más del sistema financiero cuya importancia cuantitativa en la canalización de los flujos financieros era reducida: las Sociedades de cartera, cuya legislación se pretende

¹⁴⁹ “El coeficiente de garantía (relación entre recursos propios y ajenos) sólo fue aplicado inicialmente a los bancos industriales. El coeficiente de liquidez (relación entre recursos ajenos y determinados activos inmediata o fácilmente disponibles) establecido en 1963 quedó rápidamente, por razones técnicas de la definición, prácticamente inoperante y fue suprimido en 1971. El coeficiente de caja, inicialmente aplicado sólo a los bancos industriales, fue extendido a todas las entidades bancarias en 1970. El coeficiente que tuvo mayor virtualidad fue el de fondos públicos... utilizado sistemáticamente desde 1965 para imponer a los bancos privados la adquisición de valores del Estado. Sólo aplicado a los bancos mixtos y comerciales fue suprimido en 1971 y sustituido por el coeficiente de inversión”. PÉREZ DE ARMIÑÁN, G., *Legislación Bancaria Española*, Banco de España, 6ª edición, Madrid, 1983, pág. 43

desarrollar y perfeccionar; la organización y actividades de las Bolsa de valores, en particular las operaciones a plazo, *estableciéndose rigurosamente las garantías necesarias para evitar que puedan transformarse en instrumento de peligrosa especulación*; y la financiación de operaciones de venta a plazos de bienes de equipo industrial y agrícola y de consumo duradero, mediante la creación de entidades específicas.

Al tratarse de una Ley de Bases, se requirió de un considerable esfuerzo normativo para su desarrollo posterior: *“En los meses que faltaban para terminar el año 1962 se dictaron once decretos-leyes que nacionalizaron el Banco de España¹⁵⁰ y reestructuraron los otros dos institutos componentes de la autoridad monetaria como órganos técnicos (junio), nacionalizaron y reorganizaron cinco entidades oficiales de crédito (julio y noviembre), establecieron las líneas básicas de los bancos industriales y de negocios (noviembre), regularon las carteras y coeficientes de la banca privada (diciembre) y las entidades de financiación de ventas a plazos (igual fecha). Tras un intervalo, dos nuevos decretos-leyes regularon las entidades de inversión colectiva y las bolsas de valores (abril 1964) y reorganizaron el Crédito Social Pesquero (julio 1964)”¹⁵¹*. El traspaso efectivo de competencias al Banco de España en materia de política monetaria exterior no se produjo, sin embargo, hasta 1969 desde el Instituto Español de Moneda Extranjera (que se declaró extinguido en julio de 1973 mediante un decreto ley)¹⁵².

¹⁵⁰ Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio. Nacionalización y reorganización del Banco de España (BOE de 13)

¹⁵¹ PÉREZ DE ARMIÑÁN, G., *Legislación Bancaria Española*, Banco de España, 6ª edición, Madrid, 1983, pág. 40

¹⁵² Tal vez convenga recordar que, hasta casi bien avanzados los años 70, el Estado tenía el monopolio de la tenencia y comercio de divisas, que los bancos privados actuaban exclusivamente como banca delegada y que los ciudadanos residentes en España tenían prohibido la realización de toda clase de operaciones con divisas, salvo las expresamente autorizadas por la autoridad monetaria.

6.3. Los coeficientes de inversión obligatoria

Un elemento central de los mecanismos de financiación establecidos con la Ley de Bases es el de los coeficientes de inversión obligatoria. Para darse una idea de la magnitud que llegaron a alcanzar baste señalar que a mediados de la década de los 70, casi el 80% del activo de las cajas de ahorro y el 25% del de los bancos¹⁵³ estaba invertido en cumplimiento de los coeficientes obligatorios.

Los sectores beneficiados obtenían financiación más barata y a plazos mayores que los habituales en condiciones de mercado y, a cambio, se limitaban los intereses máximos que los bancos pagaban a sus acreedores, de forma que para aquellos la inversión pudiese resultar rentable, mientras que los perjudicados eran, en primer lugar, los ahorradores que veían limitada la remuneración de sus fondos y, en segundo término, las empresas no beneficiarias, que soportaban costes de financiación más elevados que los de sus, en ocasiones no muy alejados, competidores.

Como complemento de lo anterior, estuvo vigente hasta 1971 el régimen de redescuento especial, mediante el cual los bancos podían acceder al redescuento en el Banco de España, en líneas especiales a un tipo beneficiado, de los créditos a largo plazo concedidos para la financiación de determinadas actividades (exportación, bienes de equipo, construcción naval). El redescuento especial no era automático, como el régimen de pignoración automática de la Deuda, que se eliminó a partir de 1959, pero producía los mismos efectos expansivos de la masa monetaria¹⁵⁴.

Al sistema de planificación y de financiación protegida se suele atribuir como consecuencias más visibles la inadecuada asignación de recursos que provocó y las

¹⁵³ SERRANO SANZ, J.M., “La internacionalización financiera española: de la peseta al euros, 1962-2005”, en VV.AA., *150 años de historia del Banco de España [1856-2006]*, Banco de España, Madrid, 2006, pág. 164.

¹⁵⁴ *Hasta ahora el sistema seguido ha consistido en la apertura para dichas finalidades de líneas especiales de redescuento, sistema que la experiencia ha demostrado que hace prácticamente imposible conciliar el objetivo de dotar de financiación suficiente a las atenciones que el Gobierno considere prioritarias con las exigencias ineludibles de evitar una creación automática de liquidez que dificulte el ejercicio de la política monetaria y de asegurar un funcionamiento ordenado del sistema bancario. Exposición de motivos de la Ley 13/1971, de 19 de junio, sobre Reorganización y Régimen del Crédito Oficial. (BOE de 21)*

rémoras de inflación y desequilibrio exterior y, en el caso de las empresas industriales, las principales beneficiarias, un fuerte crecimiento que no estuvo respaldado por el fortalecimiento de sus recursos propios, de forma que quedaron lastradas por una endeble estructura financiera, enormemente dependiente del crédito bancario¹⁵⁵.

Entre 1962 y 1974 se fueron introduciendo una serie de medidas que mejoraron la Ley de Bases y, en cierta forma, alteraron algunos de sus principios. En diciembre de 1970 se crea el coeficiente de caja, primero para la banca comercial y después para la industrial y las cajas de ahorros, en lo que podría considerarse una de los pasos iniciales hacia una política monetaria activa, en un momento en que ésta era considerada un instrumento secundario subordinado a la política fiscal orientada al crecimiento económico¹⁵⁶.

Pero la más importante de estas medidas es la Ley sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial de 1971¹⁵⁷. El Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo es sustituido por el Instituto de Crédito Oficial al que se le encomienda la gestión del crédito oficial y la coordinación y control de las entidades oficiales de crédito. Los bancos públicos se constituyen como sociedades anónimas cuyo accionista único es el Estado (aunque se abrió la posibilidad de dar entrada a otros socios), se amplían sus posibilidades operativas y su actuación pasa a regirse por una serie de principios: servicio preferente a los objetivos de los Planes de Desarrollo Económico y Social, autonomía de las entidades oficiales en cuanto a la concesión o no de los créditos y establecimiento de sus condiciones, selección de operaciones activas en base a la rentabilidad de los proyectos, equilibrio de la actividad financiera y coordinación y complemento del crédito privado y de las funciones del mercado de capitales en orden a una distribución eficiente del total de los recursos financieros.

¹⁵⁵ REQUEIJO GONZÁLEZ, J., “La era del quantum: 1960-1974”. Información Comercial Española, nº 826, noviembre 2005.

¹⁵⁶ PAREJO GAMIR, J.A., RODRÍGUEZ SÁIZ, L., CUERVO GARCÍA, A., y CALVO BERNARDINO, A., *Manual de Sistema Financiero Español*, Ariel, 20ª edición, Barcelona, 2007, pág. 33.

¹⁵⁷ Ley 13/1971, de 19 de junio, sobre Reorganización y Régimen del Crédito Oficial (BOE de 21).

Las funciones del Instituto de Crédito de las Cajas de Ahorros, que se extingue, se transfieren al Banco de España que pasa así a asumir las competencias en materia de supervisión de las cajas de ahorros y, por transferencia desde el Ministerio de Hacienda, también de las cooperativas de crédito. Se eliminan las posibilidades de redescuento especial y se sustituye por un nuevo coeficiente de inversión que absorbe al anterior de fondos públicos.

Otras normas de menor entidad habían revisado o suavizado el régimen de creación de bancos, de apertura de sucursales y de inversiones exteriores, se había creado el tipo de interés básico del Banco de España, al que se vincularon los tipos de interés y se inició un tímido proceso de liberación de éstos.

6.4. La crisis del petróleo y la liberalización de los años 70

Hay varios factores que confluyen en el tiempo y que están relacionados con el proceso de liberalización de mediados de los años 70.

En el plano internacional, los primeros años de la década están marcados por la quiebra del sistema de Bretton Woods y la crisis del petróleo que se inicia en 1973. Brevemente, el sistema de Bretton Woods se acuerda al finalizar la II Guerra Mundial y con él se sustituye el patrón oro por el denominado patrón dólar. Los países firmantes de los acuerdos se comprometieron a mantener un tipo de cambio fijo de su moneda en relación con el dólar, dentro de un cierto margen de variación, y el dólar, a su vez, era la única moneda automáticamente convertible en oro. Los demás estados materializaron sus reservas no ya en oro sino en dólares, que se convirtió en la unidad monetaria generalizada para los intercambios comerciales y financieros en todo el mundo, y el tipo de cambio de las monedas, fijo aunque ajustable en el tiempo previo acuerdo del FMI, se formulaba en términos de su relación con el dólar. Estados Unidos, que poseía entonces los dos tercios de las reservas mundiales oficiales de oro, se comprometía a mantener la convertibilidad del dólar en oro a un precio fijo de 35 dólares la onza.

El sistema funcionó durante 25 años, en los que se produjo un importante incremento de los flujos comerciales en todo el mundo con unos tipos de cambio estables. Uno de sus efectos es que permitió la financiación de la economía

CAPÍTULO TERCERO LA REGULACIÓN BANCARIA

norteamericana por el procedimiento de la emisión de dólares, pero, a cambio, hizo cada vez más complicado el mantenimiento de la convertibilidad, en especial cuando el déficit comercial de los Estados Unidos aumentó considerablemente como consecuencia de las guerras de Corea primero y Vietnam después. La quiebra del sistema se produce en 1971, con un dólar sólo en un 22% respaldado por oro y bajo la fuerte presión de diversos bancos centrales de todo el mundo que, antes las expectativas de depreciación, pretendían la conversión en oro de sus reservas en dólares. El 15 de agosto el Presidente Nixon decide suspender la convertibilidad en oro y devaluar unilateralmente, al margen del FMI y de los acuerdos suscritos, la moneda norteamericana en un 10% (otro 10% en 1973).

A partir de entonces se entra en un sistema de tipos de cambios flotantes, en el que los tipos de cambio de las monedas se determinan libremente en el mercado.

La devaluación del dólar origina un clima generalizado de incertidumbre en la economía mundial, que se traduce, en el caso de los exportadores de materias primas en general y de petróleo en particular, pagados todos ellos en dólares, en una fuerte pérdida de valor de sus activos y sus ingresos. En un momento, además, en el que la demanda mundial de petróleo supera la oferta y en el que los países del tercer mundo empiezan a tomar consciencia de la necesidad de controlar por sí mismos sus recursos naturales y reclaman un reparto más equitativo de los intercambios económicos internacionales. En octubre de 1973 se declara la denominada Guerra del Yom Kippur, que enfrenta a Israel con Egipto y Siria, en la que como estrategia bélica, Egipto consigue que los países árabes productores de petróleo suspendan el suministro de crudo a occidente. Como consecuencia de todo ello, entre 1973 y 1974 la OPEP elevó el precio del barril de petróleo en casi un 400%.

En España, los efectos de la crisis coinciden con la muerte de Franco y el inicio de la transición a la democracia. En un primer momento, el incremento del coste del crudo, que se supuso transitorio, no fue trasladado a los precios a los consumidores, sino soportado por el Estado a costa de un fuerte incremento del déficit. La crisis, sin embargo, acabó afectando a sectores clave de la economía española como el turismo, la inversión inmobiliaria y la industria, generó un fuerte déficit de la balanza comercial,

motivó dos devaluaciones de la peseta, provocó la elevación de los tipos de interés para limitar las altas tasas de inflación, supuso un espectacular incremento del desempleo y, finalmente, fue la causante de la crisis bancaria de los años siguientes.

El verano de 1974 se considera el punto de partida del proceso de liberalización del sistema bancario¹⁵⁸. Las ideas básicas que inspiraron el proceso estaban orientadas a conseguir, además de una progresiva liberalización del sector, una mayor homogeneidad en la configuración legal y las posibilidades de actuación de las entidades, eliminando la compartimentación existente, una mayor flexibilidad para la creación y expansión de las entidades, la puesta en práctica de nuevos instrumentos para la captación del ahorro, la liberalización parcial de los tipos de interés (a largo plazo) y la generalización de los coeficientes (de garantía, de caja y de inversión) como instrumento básico de la regulación bancaria.

Se modificó, suavizándola, la autorización para crear nuevas entidades y liberalizó la posibilidad de abrir nuevas oficinas, siempre que las entidades contasen con recursos propios suficientes. Aunque se mantenían las diferencias existentes, se suprimió la radical diferenciación entre bancos comerciales e industriales, se aproximaron las posibilidades de actuación de bancos y cajas y se liberalizaron los tipos de interés de algunas operaciones a plazo.

¹⁵⁸ La conocida como mini-reforma Barrera, un conjunto de normas aprobadas el 9 de agosto de 1974:

Decreto 2245/1974, de 9 de agosto (Hacienda), por el que se modifican las normas de expansión bancaria (BOE de 10).

Decreto 2246/1974, de 9 de agosto (Hacienda), por el que se modifica la regulación de la creación de nuevos bancos privados (BOE de 10).

Orden de 9 de agosto de 1974 (Hacienda) sobre operaciones que pueden realizar las diferentes clases de bancos (BOE de 10).

Orden de 9 de agosto de 1974 (Hacienda) por la que se modifica el tipo de interés básico del Banco de España. (BOE de 10).

Orden de 9 de agosto de 1974 (Hacienda) sobre aplicación del artículo 10 del Decreto-ley 56/1962, de 6 de diciembre, por incumplimiento del coeficiente de caja de los bancos privados (BOE de 10).

Orden de 9 de agosto de 1974 (Hacienda) sobre operaciones a plazo de los bancos privados (BOE de 10).

Orden de 9 de agosto de 1974 (Hacienda) sobre operaciones a plazo de las cajas de ahorro (BOE de 10).

Decreto 2530/1974, de 9 de agosto (Hacienda), sobre financiación de inversiones en el exterior relacionadas con la actividad turística (BOE de 13 de septiembre).

Respecto de la política monetaria, entre 1973 y 1974, el Banco de España acometió “*la instrumentación de un conjunto de decisiones orientadas a recuperar un control activo de la liquidez del sistema a través de los mecanismos de mercado, al tiempo que la peseta se incorporaba, en 1974, al régimen cambiario de la flotación de monedas. Se adoptó una estrategia de política monetaria que fijaba su objetivo intermedio en términos de un agregado monetario amplio (M3) y que utilizaba los activos de caja como variable operativa; se eliminaron los anteriores mecanismos de refinanciación automática de las entidades de crédito; se reformó el coeficiente de caja; se crearon el marco regulador y los medios técnicos adecuados para la negociación y la formación de precios en el mercado interbancario y se crearon nuevos instrumentos —los préstamos de regulación monetaria— para la provisión de liquidez de base del sistema; y todo ello llevó a un rápido desarrollo del mercado monetario*”¹⁵⁹.

6.5. Los Pactos de la Moncloa

Siguiendo a Fuentes Quintana¹⁶⁰, para entender las decisiones en materia económica que se plasmaron en los Pactos de la Moncloa hay que partir de dos premisas: la decidida pretensión del conjunto de la clase política de incorporar al país a las comunidades europeas, idea compartida por la mayoría de la sociedad española, evitando la vía equivocada y costosa del proteccionismo y el aislamiento, y la comprensión de que una economía en crisis constituía un problema político fundamental para la débil democracia española, cuya supervivencia, al igual que en otras coyunturas históricas¹⁶¹, estaba sometida a la prueba de ser capaz de ofrecer soluciones reales a los problemas planteados.

Para ello era necesario superar los dos desequilibrios básicos de la economía española del momento: la inflación, que a la altura de los meses de verano de 1977

¹⁵⁹ ROJO DUQUE, L.A., “El largo camino de la política monetaria española hacia el euro”, en *El camino hacia el euro. El real, el escudo y la peseta*. Banco de España, 2001

¹⁶⁰ FUENTES QUINTANA, E., “De los Pactos de la Moncloa a la entrada en la Comunidad Económica Europea (1977-1986)”, *Información Comercial Española*, nº 826, noviembre 2005, pág. 39 a 71.

¹⁶¹ Fuentes Quintana hace referencia a los escritos de Prieto respecto de cómo la crisis mundial de los años 30 afectó a la economía española e influyó en el destino de la República.

alcanzó el 44,7%, treinta puntos por encima de la media europea, y el déficit exterior, tanto en términos de balanza por cuenta corriente como de niveles de deuda externa.

La política antiinflacionista se orientó en un triple sentido: una política monetaria activa que lograra la desaceleración de la tasa de crecimiento de la cantidad de dinero; una política presupuestaria que limitara el crecimiento del gasto público de consumo, redujera el déficit público e introdujera mayores dosis de equidad en el reparto de las cargas fiscales; y una política de rentas que moderara el crecimiento de los costes reales del trabajo y los costes financieros. El equilibrio de la balanza de pagos trató de conseguirse mediante la fijación de un tipo de cambio de la peseta que corrigiera los efectos, desincentivadores de las exportaciones de bienes e incentivadores de las importaciones, del tipo existente entonces, que además había alentado la huida de capitales. Estas políticas de saneamiento se acompañaron con otros ajustes tendentes a flexibilizar y liberalizar los mercados de bienes y factores, dejando a la iniciativa privada las decisiones sobre asignación eficiente de recursos, a la reestructuración de sectores productivos en crisis y al fomento y estímulo de otros de los que se esperaba mejoras en beneficios, productividad y empleo.

Por lo que se refiere a las medidas destinadas al sistema financiero, los Pactos de la Moncloa incidieron decisivamente en la normalización de los instrumentos de política monetaria, con la adecuación de los tipos de interés de la financiación pública a las condiciones de mercado y la puesta en práctica de nuevos instrumentos y con el progresivo desmantelamiento del sistema de financiación privilegiada que representaban los múltiples y dispares coeficientes de inversiones obligatorias. Los objetivos fundamentales de la reforma del sistema financiero contenidos en los Pactos eran: practicar un control monetario activo y continuo, el reforzamiento de los instrumentos de política monetaria a fin de mejorar la eficacia de ésta, la aproximación de los tipos de interés a las condiciones de un mercado libre, liberalizar el sistema financiero, reformar de las características estructurales y de funcionamiento de las instituciones financieras y

supervisar la liquidez y la solvencia de las entidades de crédito¹⁶². El punto VII de los Pactos apunta una serie de medidas de carácter inequívocamente liberalizador:

VII. REFORMA DEL SISTEMA FINANCIERO

La reforma del sistema financiero responderá a los siguientes principios:

- 1. Antes del 31 de marzo de 1978 el Gobierno remitirá a las Cortes un Proyecto de Ley para la nueva regulación de los órganos rectores del Banco de España y del Crédito Oficial.*
- 2. Se adecuarán las normas reguladoras del crédito oficial de forma que las entidades oficiales de crédito se financien, al menos en su tercera parte, con fondos captados en el mercado; sus operaciones activas puedan ser similares a las de la Banca privada y tengan posibilidad de acceso a los créditos de regulación monetaria.*
- 3. Las Cajas de Ahorros prestarán atención prioritaria a la financiación de la pequeña y mediana empresa, a la del comprador para la adquisición de la vivienda propia, a la de los sectores agrícola y pesquero y a la de cuantas actividades estimulan la creación de empleo en el ámbito territorial en el que operen. El Gobierno propondrá en el plazo de un mes las medidas oportunas en orden al cumplimiento de tales objetivos. Las autoridades financieras y la Sección de Política Monetaria de la Comisión de Economía del Congreso vigilarán, en sus respectivos ámbitos de competencia, el funcionamiento de estas entidades y garantizarán la representación efectiva en sus órganos de gobierno de los impositores y, cuando proceda, de las Entidades y Corporaciones y de los propios gobiernos autonómicos de su ámbito territorial.*
- 4. Las Cajas Rurales pasarán a depender del Ministerio de Economía y serán controladas por el Banco de España en análogos términos que las Cajas de Ahorros y la Banca privada.*

¹⁶² FUENTES QUINTANA, E., “De los Pactos de la Moncloa a la entrada en la Comunidad Económica Europea (1977-1986)”, y ROJO DUQUE, L.A., “El largo camino de la política monetaria española hacia el euro”, ambos en Información Comercial Española, nº 826, noviembre 2005, págs. 52 y 75.

5. *Se revisarán las actuales normas sobre incompatibilidades bancarias y se limitará la posibilidad de concesión de créditos por las entidades bancarias, a sociedades anónimas en cuyo capital posea una especial participación alguno de los altos cargos de tales entidades bancarias.*
6. *Dentro del mercado de capitales se potenciarán las emisiones de títulos de renta fija, adecuándose sus tipos a los del mercado.*
7. *Respecto al mercado de hipotecas, se eliminarán las trabas legales y administrativas que actualmente obstaculizan el desarrollo del mismo.*
8. *Se revisará la función de los Agentes Mediadores en el mercado de capitales, en el sentido de liberalizar y ampliar la función mediadora.*
9. *Se revisará la legislación vigente en materia de inversión colectiva.*

Estos principios se materializaron en una serie de normas que redujeron sustancialmente el grado de intervención pública en el sistema bancario, en línea con lo habitual en las economías de mercado y con el esquema vigente en la Comunidad Europea, se liberalizaron los tipos de interés a plazo, se eliminaron la mayor parte de las diferencias operativa entre bancos y cajas, se desarrollaron los mercados monetarios, se otorgó al Banco de España libertad para fijar el tipo de interés de los préstamos de regulación monetaria, se estableció un calendario de reducción de los coeficientes de inversión obligatoria acercando los de todas las entidades,...

“El proteccionismo bancario no era compatible con la tendencia a la apertura exterior y la desregulación de las economías, un movimiento iniciado tal vez en otras áreas, pero que pronto se extendió a los mercados de capitales y terminó alcanzando a la actividad bancaria. La intervención pública en la vida bancaria resultaba cada vez más difícil de administrar: la justificación de los criterios que informaban la regulación y actuación discrecionales de las autoridades financieras era con frecuencia demasiado tenue, y a veces, sencillamente arbitraria. Por ello aquel marco regulador intervencionista, como el intervencionismo económico en general, fue desmontándose pieza a pieza.

El proceso fue largo. En España, y España no fue un caso atípico, duró un par de décadas. Esa lentitud tuvo muchos motivos unos, unos más válidos que otros. La

*propia banca establecida tenía intereses creados en ciertos aspectos del modelo que le venían bien (por ejemplo, que no entraran nuevos competidores en el mercado bancario), y defendía su mantenimiento con previsiones catastrofistas”*¹⁶³.

6.6. El cambio de paradigma

La crisis de mediados de los setenta supone el punto de inflexión en el proceso de transformación de la banca mundial, en lo que Raimundo Poveda denomina un cambio de paradigma, desde el paradigma “años treinta”, que es el modelo nacido en el periodo de entreguerras imperante hasta entonces en el sistema bancario de todos los países occidentales y vigente hasta su sustitución por el paradigma de los años ochenta.

La norma de referencia del paradigma de los años 30 es la *Banking Act* de 1933 en los Estados Unidos, conocida como *Glass-Steagall Act*. Las autoridades regulatorias norteamericanas llegaron a la conclusión de que una de las causas de la crisis bancaria que siguió al crack del 29 había sido la elevada exposición al riesgo, en actividades de inversión en valores, al que habían estado expuestas las entidades que se financiaban principalmente con depósitos y que, con el desplome de los valores bursátiles, las había abocado a la quiebra. Para evitar estas situaciones y preservar la estabilidad de las entidades de depósito, se estableció una nítida división entre las actividades que podían desarrollar los bancos comerciales, básicamente, la captación de depósitos y la concesión de préstamos, y los bancos de negocios, a los que se reservaba la posibilidad de invertir en valores pero se les impedía financiarse con recursos de depositantes. Simultáneamente se creó la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) con la doble finalidad de garantizar los ahorros de los pequeños depositantes y sanear las entidades en crisis.

El paradigma regulatorio que se desarrolla a partir de entonces parte de la idea de que, para conseguir la estabilidad financiera, es preciso acotar las posibilidades de actuación de las entidades bancarias y poner algunos límites a la libre competencia: “*prohibiciones o limitaciones arbitrarias del acceso a la actividad bancaria, con cierta*

¹⁶³ POVEDA ANADÓN, R., *Basilea II*, Fundación de las Cajas de Ahorros, Madrid, 2006, pág. 14.

propensión al numerus clausus, limitaciones a la apertura de sucursales, compartimentación de los mercados financieros señalando a cada clase de entidad financiera las operaciones que le estaban permitidas o prohibidas, control selectivo de la financiación (aunque el control selectivo persigue también fines no prudenciales, y en ocasiones fines abiertamente opuestos a la prudencia), o limitaciones a los tipos de interés y demás condiciones de los productos bancarios clásicos. Ese marco no competitivo garantizaba los buenos resultados del negocio bancario y daba por tanto solidez al sistema”¹⁶⁴.

Desde este punto de vista, el modelo bancario español puesto en práctica a partir de la Ley de Bases de 1962 se diferenciaba de sus homólogos europeos mucho menos de lo que el régimen dictatorial que lo instauró lo hacía de las democracias occidentales. La progresiva concentración de la actividad bancaria en un reducido número de entidades (el llamado régimen de oligopolio), la fuerte intervención administrativa en sus actividades, desde la fijación de precios a la limitación del tamaño de las redes de oficinas, las restricciones de la competencia y la justificación de todo ello bajo el paraguas de la estabilidad, no fue algo exclusivo del sistema bancario español, sino que es un fenómeno común a la mayoría de las economías occidentales; cuestión distinta el diferente grado con que todo ello se manifestó en los distintos países.

6.7. La crisis bancaria 1974-1984

Los primeros años de la transición a la democracia en España fueron, desde el punto de vista de su economía, un periodo de extremada dureza; a la crisis mundial se unieron el afloramiento de los desequilibrios que se habían ido acumulando durante las décadas precedentes y la necesidad de afrontar un proceso de modernización y liberalización de la economía que permitiese al país incorporarse a la Comunidad Europea; hubo de abordarse una importante remodelación de las estructuras productivas que, entre otras cosas, supuso una reconversión industrial sin precedentes que originó casi tres millones de desempleados (por encima del 22% de la población activa); la inflación se llegó a situar en algunos momentos en niveles del 44%.

¹⁶⁴ POVEDA ANADÓN, R., *Basilea II*, Fundación de las Cajas de Ahorros, Madrid, 2006, pág. 14.

Es conocida en este sentido la opinión de Rafael Termes que consideraba que no fue la crisis económica de los años 1974 a 1984 la causante de la crisis bancaria que la acompañó. El proceso liberalizador iniciado con la Ley de Bases del 62, unido a un esquema de financiación a bajo coste y rentabilidad asegurada, dio entrada a nuevos inversores que, sin apenas aportaciones propias, tomaban el control de bancos con financiación de la propia entidad adquirida y a no importaba qué precio, normalmente muy por encima de lo razonable. “*La concesión de créditos para satisfacer el precio aplazado y el otorgamiento de otros créditos para invertir en operaciones especulativas, cuyo esperado beneficio debía permitir la devolución de unos y otros, completan el diseño imaginado para adquirir bancos sin disponer de recursos propios*”¹⁶⁵.

La crisis económica simplemente puso al descubierto que el esquema elegido era erróneo e imprudente y que, a precios y en condiciones de mercado, la inversión era inviable. Con el cambio de coyuntura, el modelo sencillamente se desmoronó.

Tras el levantamiento del *statu quo* con la Ley de Bases de 1962, se había producido la entrada de nuevos competidores en el sector bancario, con la creación de nuevas entidades y la adquisición de otras por parte de empresarios interesados en financiar sus propias actividades en otros sectores productivos. Entre 1963 y 1978 se crean 34 nuevos bancos. Los nuevos bancos orientan sus inversiones hacia aquellos sectores más dinámicos de la economía, en proceso de fuerte crecimiento, pero que resultan ser los más afectados por el advenimiento de la crisis económica.

Para Cuervo¹⁶⁶ hay dos tipos de causas que ayudan a explicar la crisis. La primera de ellas es la relacionada con el entorno económico y social del momento. La crisis económica mundial de los primeros setenta afectó, como hemos visto, a la economía española, inmersa además en una etapa de incertidumbre y de transición política. El sistema productivo español adolecía de una escasa capacidad de adaptación, retraso

¹⁶⁵ TERMES CARRERÓ, R., “Las crisis bancarias en España” en VV.AA. *Crisis bancarias. Soluciones comparadas*, AEB, Madrid, 1983, pág. 64.

¹⁶⁶ CUERVO GARCIA, A., “Las crisis bancarias. Una síntesis” en VV.AA. *Crisis bancarias. Soluciones comparadas*, AEB, Madrid, 1983, pág. 8.

tecnológico y fuerte rigidez de costes, especialmente salariales. La elevada cartera de participaciones industriales de los bancos tanto comerciales, como a partir de la Ley de Bases del 62, de los industriales, les forzó, en su condición de principales accionistas, a asumir ciertas responsabilidades financieras en el inicio de la crisis (poner dinero bueno sobre dinero malo). La elevada inflación presionó al alza los tipos de interés nominales y motivó una política monetaria restrictiva en cuanto a disponibilidades de liquidez, lo que para algunos bancos acabó con la posibilidad de continuar obteniendo recursos en el mercado para financiar sus activos, inmovilizados en exceso en participaciones industriales afectadas a su vez por la crisis.

La segunda de las causas es la debida a la actuación de banqueros y administradores de bancos. Con el proceso de liberalización iniciado en la década precedente se compran bancos, con financiación de la propia entidad adquirida, a precios excesivos, se emprenden negocios especulativos o se utilizan para financiar las actividades del grupo, se desarrolla una política expansiva en la captación de depósitos con los que obtener la financiación necesaria, se utilizan técnicas de gestión impropias de la actividad bancaria, se descapitaliza el banco a favor de sus accionistas y, finalmente, se recurre al fraude y a la ocultación para retrasar la insolvencia. *Amateurismo e irresponsabilidad* lo llama Cuervo¹⁶⁷. La crisis acabó afectando a 51 de los 108 bancos existentes al inicio del periodo, que representaban aproximadamente un quinto de la totalidad de los recursos propios y ajenos de la banca.

Desde el punto de vista de la regulación el hecho más destacable es que se trataba de una situación nueva que hubo de afrontarse desde la casi absoluta carencia de instrumentos jurídicos apropiados. Prácticamente sobre la marcha se diseñaron y crearon el Fondo de Garantía de Depósitos, en 1977, sin personalidad jurídica en un primer momento, y la Corporación Bancaria, S.A. en 1978, con el objetivo de administrar los bancos en crisis y proceder a su saneamiento, desempeñando un papel próximo a lo que ahora se llama banco expiatorio o *bad bank*. No había una legislación específica de disciplina bancaria adecuada que tipificase las infracciones; la autonomía del Banco de España era mínima y sus posibilidades de actuación limitadas. Las Leyes

¹⁶⁷ A. CUERVO, *La crisis bancaria en España 1977-1985*, Ed. Ariel, Barcelona, 1988.

de Ordenación bancaria del 46 y del 62 había encomendado la inspección y disciplina de la banca privada al Banco de España. Por lo que se refiere a la primera, la inspección bancaria estaba en un estado embrionario, heredera de un sistema fuertemente intervenido, con escasez de medios y ausencia de una técnica desarrollada más allá de la mera vigilancia del cumplimiento de la regulación sobre tarifas (extratipos). En cuanto a la segunda, las normas de disciplina y el régimen sancionador eran los heredados de la Ley del 46, nunca desarrolladas reglamentariamente de forma que, por ejemplo, hubo de recurrirse a un Real Decreto-Ley para dar amparo a la intervención temporal de las entidades por el Banco de España¹⁶⁸. En suma, la solución de la crisis bancaria fue, como otros muchos aspectos de la transición, un conjunto de medidas improvisadas.

6.8. Las consecuencias de la crisis

Las consecuencias del proceso liberalizador iniciado a mediados de los 70 y de la crisis bancaria que se extiende prácticamente hasta la nacionalización de Rumasa en 1983, fueron un cambio en el panorama y características del sector bancario español: la desaparición de la banca pública, que ya había entrado en crisis algo antes, con el escándalo Matesa de 1969 que dejó herido de muerte al Banco de Crédito Industrial y al modelo en general, y que, a pesar de los intentos reformadores de 1971, culminaría con la total privatización de Argentaria en los 90; las cajas de ahorros consiguen la total equiparación con los bancos de las actividades que tienen permitidas¹⁶⁹ y ganan progresivamente cuota de mercado hasta llegar a representar prácticamente la mitad del sector crediticio en España; se produce la entrada de la banca extranjera, que en un primer momento genera un aumento de la competencia y una dinamización del negocio bancario; se alcanza la casi total liberalización de las operaciones bancarias, de los tipos de interés y de las inversiones, con la progresiva desaparición de los coeficientes; se elimina la especialización bancaria entre bancos comerciales e industriales, inexistente

¹⁶⁸ Real Decreto-Ley 5/1978, de 6 de marzo, por el que se modifican las facultades del Banco de España previstas en la Ley de Ordenación bancaria, de 31 de diciembre de 1946, y el Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio (BOE de 7).

¹⁶⁹ Real Decreto 2290/1977, de 27 de agosto, por el que se regulan los órganos de gobierno y las funciones de las Cajas de Ahorros (BOE de 5 de septiembre), el llamado Decreto Fuentes Quintana por ser su impulsor el entonces Ministro de Economía, Enrique Fuentes Quintana.

en la práctica, y disminuye notablemente el nivel de concentración en el sector; y, finalmente, en el plano regulatorio, queda configurada la estructura institucional, equiparable a la del resto de países europeos, que ha estado vigente hasta la crisis iniciada en 2007, sin más cambios que las adaptaciones necesarias para la incorporación a la moneda única: un banco central, banco de bancos, prestamista de última instancia y ejecutor de la política monetaria; pluralidad de entidades de crédito, con una razonable diversidad en cuanto a su forma (bancos, cajas, cooperativas, entidades financieras) y en cuanto a su orientación comercial, geográfica o a su modelo de negocio; régimen de libertad de acceso y ejercicio de la actividad dentro de un marco regulado; sistema de supervisión prudencial de las instituciones y los mercados financieros a cargo de organismos públicos altamente especializados; y, por último, red de garantías tendentes a la protección de la estabilidad del sistema en general y de los depositantes en particular, que va desde un régimen sancionador para los comportamientos que se aparten de la ortodoxia hasta la intervención de los fondos de garantía de depósitos en supuestos de incumplimiento.

6.9. El mercado hipotecario y el coeficiente de solvencia

Antes de dar paso al proceso de adhesión de España a la Comunidad Europea es necesario referirse a dos normas que tuvieron una trascendencia fundamental en el desarrollo posterior de la actividad bancaria:

- La Ley de Regulación del Mercado Hipotecario¹⁷⁰ que, técnicamente, permitió la movilización del crédito hipotecario mediante la emisión de cédulas hipotecarias, títulos de deuda que cuenta con la garantía de todas las hipotecas inscritas a favor de la entidad emisora y que, en realidad, está detrás del fuerte desarrollo experimentado por la financiación hipotecaria en nuestro país, algunos de cuyos excesos se están pagando en la actualidad. La emisión de títulos hipotecarios, cédulas, bonos y participaciones, permitió (y continúa permitiendo) la financiación a largo plazo, en condiciones favorables (la mayor garantía de las emisiones suponen un menor coste de financiación) para

¹⁷⁰ Ley 2/1981, de 25 de marzo. Regulación del Mercado Hipotecario (BOE de 15 de abril).

las entidades emisoras e hizo posible la concesión a largo plazo también de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda, actividad prácticamente inexplorada hasta entonces por la banca privada.

- La Ley 13/1985¹⁷¹, que además de iniciar el camino de la eliminación de los coeficientes de inversión y la total liberalización de la apertura de oficinas, supuso un cambio radical en la concepción de la solvencia de las entidades de crédito. Hasta entonces, el coeficiente de garantía se fijaba en términos de proporción entre los recursos propios y ajenos (una forma de la ratio de apalancamiento a la que nos hemos referido antes) y, a partir de la Ley 13/1985, pasa a establecerse como proporción entre los recursos propios y los activos¹⁷², pero ponderando éstos en función del riesgo, de forma que, a mayor riesgo, mayor ponderación del activo y mayor exigencia de recursos propios mínimos para ejercer la actividad (y mayor nivel de garantía por tanto para los acreedores). La exigencia de recursos propios mínimos se hace común a todas las entidades de depósito y se establece en términos consolidados (evitando de esta forma la ineffectividad como recursos propios de las participaciones cruzadas entre entidades del mismo grupo).

7. El salto a la modernidad

7.1. La adhesión a la Comunidad Económica Europea

Como hemos visto, los primeros intentos de acercamiento a la CEE tuvieron lugar en 1962, apenas cinco años después de la firma del Tratado de Roma, con la petición de

¹⁷¹ Ley 13/1985, de 25 de mayo. Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros (BOE de 28).

¹⁷² *En cuanto al coeficiente de garantía, la Ley propone, con carácter general para todas las Entidades de depósito, un cambio en el criterio de definición de los recursos propios mínimos necesarios, que ahora se establecen en función de las inversiones realizadas y de los riesgos asumidos. Dado que este coeficiente está directamente relacionado con la seguridad de las Entidades de depósito, la Ley encomienda al Banco de España, como autoridad supervisora de las Entidades, la concreción técnica del nivel mínimo de recursos propios, siguiendo el presente de otras normativas extranjeras sobre la materia.* Exposición de motivos de la Ley 13/1985, de 25 de mayo.

abrir negociaciones para llegar a un acuerdo de asociación; la integración era algo absolutamente impensable dado el régimen político del momento.

En junio de 1970 se alcanzó el Acuerdo Preferencial, que era sencillamente un acuerdo comercial, y que si bien aportó considerables ventajas en nuestros intercambios internacionales, estaba lejos de suponer el incentivo dinamizador de nuestra economía que la integración habría supuesto, mediante los procesos de reforma y los cambios estructurales necesarios para alcanzar la plena pertenencia a la Comunidad. El Acuerdo estuvo vigente hasta el Tratado de Adhesión de 1985.

Con la reinstauración de la democracia, el objetivo de integración en Europa se había convertido en un clamor popular al ser apoyado por todas las fuerzas políticas que habían obtenido representación parlamentaria en las primeras elecciones generales, y la demanda de adhesión se acordó formalmente por el Gobierno en julio de 1977 y, tras un largo proceso de negociación, se llegó a la firma del Tratado de Adhesión el 12 de junio de 1985.

A partir de ahí, España participó, ya como miembro de pleno derecho, en el proceso de intensificación con el Acta Única Europea en primer lugar y posteriormente en el Tratado de Maastricht de 1992, que dio pie a la unión económica y monetaria (UEM)

El proceso de adaptación de la legislación bancaria española a la normativa comunitaria supuso un esfuerzo legislativo considerable que, sin solución de continuidad, ha seguido hasta nuestros días, en la medida en que también la Unión Europea ha continuado avanzando. Por ello en lugar de una descripción cronológica de las normas las vamos a agrupar en bloques, atendiendo a los aspectos más relevantes de la regulación europea del sector crediticio.

Pero antes, interesa precisar dos ideas que permiten enmarcar el desarrollo legislativo que ha tenido lugar y la actual estructura del sistema regulatorio del sector crediticio europeo. La primera es que, especialmente a partir del Acta Única Europea, el principio que inspira la armonización regulatoria en el ámbito bancario es el de la libre prestación de servicios financieros y de circulación de capitales (que se equipara a la de bienes y servicios), de forma que el objetivo perseguido es la creación de un mercado

único bancario en la Unión, que tenga existencia real para los ciudadanos comunitarios¹⁷³. Aun cuando el Tratado de Roma ya recoge expresamente entre los principios básicos de la Comunidad Económica Europea la supresión entre los estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales, no fue hasta la década de los ochenta, bajo la presidencia de Jacques Delors al frente de la Comisión, cuando se da el impulso necesario para avanzar hacia un mercado financiero común, caracterizado por la libre circulación de capitales, la libertad de prestación de servicios en estados miembros distintos del prestador, la igualdad de trato en el acceso a la actividad y la libertad de establecimiento en todos los estados miembros.

La segunda idea, es que la ordenación bancaria actual se desenvuelve en lo que Raimundo Poveda llama un paradigma (un marco de ideas aceptado y aplicado de modo general), que surge en los años ochenta y que comprende tres principios clave:

“El primer principio es que la actividad bancaria sólo puede ser ejercida por entidades autorizadas al efecto por un poder público. Por actividad bancaria se entiende básicamente la recepción de depósitos del público.

El segundo principio es que esas entidades deben someterse a unas reglas únicas de comportamiento financiero establecidas por la autoridad con carácter general, cuyo objetivo último es preservar la solvencia de las entidades en un marco de libre funcionamiento de los mercados de productos financieros; es lo que llamamos “regulación prudencial”. Destaquemos tres notas de esa regulación prudencial: a) su objetivo, que es la solvencia de las entidades, y no otro; b) el carácter de regulación única, en la que unas mismas reglas se aplican a todas las entidades; y c) la precisión sobre el marco de mercado libre en el que se opera, fundamental para diferenciar este paradigma del que le precedió.

Y, tercer principio, las entidades bancarias deben estar sometidas a la supervisión de una autoridad pública, cuyo propósito es verificar su cumplimiento de las reglas prudenciales y vigilar su situación financiera. Esta autoridad podrá impulsar,

¹⁷³ ILLESCAS ORTIZ, R., RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, T. y FELIÚ REY, J., “La armonización del Derecho bancario en la Unión Europea”, Perspectivas del Sistema Financiero, nº 94, 2008, pág.1

*cuando sea necesario, acciones específicas para sanear una entidad y proteger los intereses de su clientela, sobre todo los de sus acreedores ordinarios, y los de la comunidad en general. Suele tratarse de una autoridad pública especializada, aunque en algunos países parte de las tareas típicas de la supervisión pueden ser ejercidas por entes privados (tales como los auditores externos, o los fondos de garantía de depósitos de carácter cooperativo).”*¹⁷⁴

7.2. Delegación legislativa para la adaptación al Derecho comunitario

La pieza inicial a partir de la cual se desarrolla el proceso de adaptación de la legislación española es la Ley 47/1985¹⁷⁵, por la que, al amparo del artículo 82 de la Constitución, se delega en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley en el ámbito de las competencias del Estado, sobre una serie de materias reguladas por leyes, a fin de adecuarlas al ordenamiento jurídico comunitario y en la medida en que tales materias resultasen afectadas por el mismo, así como sobre materias objeto de normas comunitarias que exigiesen desarrollo por ley y no se hallasen reguladas. Entre las primeras, se citan expresamente en el anexo de la norma, las Leyes de ordenación bancaria de 1946 y de 1962 y entre las segundas la Directiva 73/183 sobre la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios de los bancos y otras entidades financieras. Junto a ellas, toda una serie de normas de las que, referidas al sistema financiero, cabría citar la Ley 31/1985 de Órganos rectores de las Cajas de ahorros, la Ley 40/1979 sobre Régimen jurídico de control de cambios y la Ley 46/1984 reguladora de Instituciones de Inversión Colectiva, así como un conjunto amplio de Leyes y Directivas comunitarias referidas a la actividad aseguradora.

En junio de 1986, justo antes de vencer el plazo de la delegación legislativa al Gobierno, se publica el Real Decreto Legislativo 1298/1986¹⁷⁶ con el que se procede a la adaptación de las leyes españolas que regulan los establecimientos de crédito a las

¹⁷⁴ POVEDA ANADÓN, R., *Basilea II*, Fundación de las Cajas de Ahorros, Madrid, 2006, pág. 13.

¹⁷⁵ Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de Bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas (BOE de 30).

¹⁷⁶ Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea (BOE de 30).

normas en la materia de la Comunidad Económica Europea, constituidas por las Directivas 73/183 y 77/780.

La Directiva 73/183¹⁷⁷ fue un primer paso en la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y de prestaciones de servicios en otros estados miembros en condiciones de igualdad con las entidades de crédito nacionales, mientras que la Directiva 77/780¹⁷⁸, conocida como Primera Directiva de coordinación bancaria, además de una primera definición de la actividad bancaria sobre la que volveremos más adelante, contiene dos de los principios fundamentales del posterior desarrollo normativo, los principios de no discrecionalidad en la concesión de la autorización y de no discriminación en función del Estado miembro de origen en la concesión de las autorizaciones.

El Real Decreto Legislativo recoge la definición de “establecimiento de crédito” de la Directiva 77/780; delimita las entidades que tienen la consideración de establecimientos de crédito en España: las entidades oficiales de crédito, los bancos privados, las cajas de ahorros y las cooperativas de crédito inscritas en los registros del Banco de España, y las sociedades de crédito hipotecario y de financiación inscritas en los registros de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda; regula el uso en España de las denominaciones propias de los establecimientos de crédito extranjeros; y marca el calendario de progresiva reducción, hasta su total desaparición en diciembre de 1992, de las limitaciones de actividades de las filiales y sucursales de establecimientos de crédito extranjeros.

¹⁷⁷ 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 (*DO de 16.7.1973*).

¹⁷⁸ 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 a su ejercicio (*DO de 17.12.1977*).

7.3. Desarrollo normativo hasta la crisis de 2008

7.3.1. Régimen jurídico de las entidades de crédito. Definición.

La definición de entidad de crédito (entonces establecimiento de crédito) se recogió como acabamos de comentar en el Real Decreto Legislativo 1298/1986 conforme a lo previsto en la Directiva 77/780.

Tanto las directivas comunitarias como la legislación española han sufrido desde entonces diferentes modificaciones que, en el caso español, han tenido por principal protagonista a los establecimientos financieros de crédito (EFC) cuyo nombre ha ido variando con el tiempo y cuya ubicación dentro de la categoría de entidades de crédito fue objeto de numerosas dudas. Superada una etapa anterior de excesiva especialización, ahora se incluyen en este grupo las entidades dedicadas a la financiación, pero que no pueden captar fondos reembolsables del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otros análogos, cualquiera que sea su destino (en consecuencia, no les será aplicable la legislación sobre garantía de depósitos), sujetas en todo lo demás a criterios de registro, autorización, regulación y supervisión similares a las entidades de depósito¹⁷⁹. Otro cambio, obligado en este caso, fue el del ICO que, de ser el *holding* del sector bancario público, una vez privatizado éste, paso a ser una agencia financiera del Gobierno y a conceptuarse como entidad de crédito, sometido igualmente a la supervisión del Banco de España.

La Directiva 2000/12 concretó la definición de entidad de crédito en el ámbito de la Unión, que se recogió en el modificado Artículo 1 del Real Decreto Legislativo: se entiende por "entidad de crédito": *a) Toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su*

¹⁷⁹ Los establecimientos financieros de crédito han perdido la condición de entidad de crédito con el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras (BOE de 30).

En la actualidad se encuentran regulados por la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (BOE de 28).

restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza, y b) Toda empresa o cualquier otra persona jurídica, distinta de la recogida en la párrafo a) anterior que emita medios de pago en forma de dinero electrónico.

Se conceptuaron entonces como entidades de crédito:

- a) El Instituto de Crédito Oficial.
- b) Los Bancos.
- c) Las Cajas de Ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorros.
- d) Las Cooperativas de Crédito.
- e) Los Establecimientos Financieros de Crédito.
- f) Las Entidades de Dinero Electrónico¹⁸⁰.

7.3.2. Acceso a la actividad y ejercicio en el ámbito de la Unión

La Segunda Directiva de Coordinación Bancaria¹⁸¹, pieza clave de la creación en el seno de la Unión Europea del mercado financiero único, estableció los principios por los que se iba a regir el acceso a la actividad y su ejercicio en el ámbito de la Unión de las entidades de crédito: reserva de actividad, autorización previa mediante un régimen reglado con algunos elementos discrecionales pero no arbitrarios, supervisión por el país de origen y libertad de actuación en todo el territorio de la Unión, una vez obtenida la autorización en un estado miembro.

¹⁸⁰ Al igual que los establecimiento financieros de crédito, las entidades de dinero electrónico también han perdido la condición de entidad de crédito tras la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico (BOE de 27).

¹⁸¹ 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 (DO de 30.12.1989).

La transposición de la Directiva se llevó a cabo mediante la Ley 3/1994¹⁸². La Ley declaró libre la apertura en España de sucursales de entidades de crédito de otros Estados miembros con la simple notificación al Banco de España y reguló los procedimientos para que las entidades de crédito españolas pudiesen operar, a través de sucursales, en los restantes países de la Unión Europea. Se precisó el régimen de control administrativo de la transmisión de participaciones accionariales significativas en entidades de crédito y el carácter rigurosamente reservado de las informaciones obtenidas por las autoridades en el ejercicio de funciones de supervisión de las entidades de crédito.

El desarrollo reglamentario tuvo lugar mediante el Real Decreto 1245/1995¹⁸³ en el que se precisan dos aspectos clave del régimen de autorización: la idoneidad de los accionistas titulares de participaciones significativas y la adecuada organización administrativa y contable de la entidad que se pretende crear. Se concretó además, el régimen de actividad transfronteriza, con sucursal o sin ella, tanto de las entidades de crédito españolas como de las extranjeras y se reguló con detalle el llamado "pasaporte comunitario", auténtica pieza clave para el mercado único de los servicios financieros, en virtud del cual, autorizada una entidad de crédito en cualquier país comunitario, puede operar en los demás países sin necesidad de autorización alguna de las autoridades de éstos.

Conforme al Real Decreto, se fijaron los requisitos necesarios para ejercer la actividad bancaria: revestir la forma de sociedad anónima constituida por el procedimiento de fundación simultánea y con duración indefinida; tener un capital social inicial no inferior a 3.000 millones de pesetas, desembolsado íntegramente en efectivo y representado por acciones nominativas; limitar estatutariamente el objeto social a las actividades propias de una entidad de crédito; que los accionistas titulares de participaciones significativas sean considerados idóneos; no reservar a los fundadores

¹⁸² Ley 3/1994, de 14 de abril. Adaptación de la Legislación Española en Materia de Entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al Sistema Financiero (BOE de 15).

¹⁸³ Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio. Creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito (BOE de 31).

ventaja o remuneración especial alguna; contar con un consejo de administración formado por no menos de cinco miembros, personas de reconocida honorabilidad comercial y profesional y la mayoría con conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones; contar con una buena organización administrativa y contable, así como con procedimientos de control interno adecuados que garanticen la gestión sana y prudente de la entidad; tener su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección, en territorio nacional; y contar con procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación para prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales. Toda una serie de medidas legislativas fueron dando forma a las restantes modalidades de entidades de crédito¹⁸⁴.

7.3.3. *Solvencia y recursos propios mínimos*

Tras la Ley 13/1985 a la que hemos hecho referencia con anterioridad, la Ley 13/1992¹⁸⁵, extiende el principio de suficiencia de recursos propios sobre base consolidada a todos los grupos de entidades que ejerzan actividades de carácter financiero, incorporando el contenido de las Directivas comunitarias relacionadas con la solvencia y la actividad de las entidades de crédito: la Directiva sobre Fondos Propios¹⁸⁶, la Segunda Directiva Bancaria antes citada, y la Directiva sobre Coeficiente de Solvencia¹⁸⁷ (89/647). Entre tales preceptos destaca por su importancia el relativo a

¹⁸⁴ Hasta los importante cambios normativos adoptados como consecuencia de la crisis iniciada en 2008, el régimen legal básico de las entidades de crédito estaba recogido, para los Bancos Privados, en la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 y Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio; para las Cajas de Ahorro, en el Decreto 1838/1975, de 3 de julio; Ley 31/1985, de 2 de agosto y Real Decreto 798/1986, de 21 de marzo; para las Cooperativas de Crédito, en la Ley 13/1989, de 26 de mayo y Real Decreto 84/1993, de 22 de enero; para los Establecimientos Financieros de Crédito, en la Ley 3/1994, de 14 de abril, disposición adicional primera y Real Decreto 692/1996, de 26 de abril; para las Entidades de Dinero Electrónico, en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, artículo 21 y Real Decreto 322/2008, de 29 de febrero y, por último, para el Instituto de Crédito Oficial, en el Real Decreto-Ley 12/1995, de 28 de diciembre, disposición adicional sexta y Real Decreto 706/1999, de 30 de abril.

¹⁸⁵ Ley 13/1992, de 1 de junio. Recursos propios y supervisión en base consolidada de las Entidades Financieras (BOE de 2).

¹⁸⁶ Directiva 89/299/CEE del Consejo de 17 de abril de 1989 relativa a los fondos propios de las entidades de crédito (DO de 5.5.1989).

¹⁸⁷ Directiva 89/647/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1989, sobre el coeficiente de solvencia de las entidades de crédito (DO de 30.12.1989).

las limitaciones de las llamadas "participaciones cualificadas" de entidades de crédito en empresas no financieras, que constituye el origen del proceso de desinversión en participaciones industriales llevado a cabo por la banca española, al penalizar con mayores exigencias de recursos propios la tenencia de participaciones por encima de determinados porcentajes del capital de la participada y de los recursos propios de la entidad tenedora.

Junto a la Ley, el Real Decreto 1343/1992¹⁸⁸ y la Circular del Banco de España 5/1993¹⁸⁹, vinieron a completar el proceso de adaptación del régimen de solvencia de las entidades de crédito españolas al estándar internacional de solvencia representado por el Acuerdo de Capitales de Basilea de 1988, y, en cierta forma, gracias a la rigurosa exigencia de capitalización de las entidades, contribuyeron a conformar la solidez del sistema financiero español durante cuatro lustros y la competitividad de los bancos españoles en el exterior.

A propósito de la Directiva 2000/12, que entre otros aspectos estableció el régimen de distribución de competencias entre los supervisores de entidades comunitarias con actividades transfronterizas, no podemos dejar sin citar una importante norma en el proceso de modernización del sistema financiero español, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero¹⁹⁰, que concretó los objetivos de la reforma en:

- a) Asegurar que el ordenamiento jurídico no imponga trabas innecesarias que coloquen a las entidades financieras en desventaja frente a sus homólogos comunitarios, mediante la adopción de medidas y la creación de instrumentos encaminados a aumentar la eficiencia y a mejorar la competitividad de la industria financiera española.

¹⁸⁸ Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre. Desarrollo de la Ley 13/1992, de 1 de junio, de Recursos Propios y Supervisión en base consolidada de las Entidades Financieras (BOE de 7 de diciembre).

¹⁸⁹ Circular 5/1993, de 26 de marzo, del Banco de España. Entidades de crédito. Determinación y control de los recursos propios mínimos (BOE de 8 de abril).

¹⁹⁰ Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE de 23).

b) Asegurar que el incremento de la competencia y la utilización de las nuevas tecnologías no den lugar a una desprotección de los clientes de servicios financieros.

c) Favorecer la canalización del ahorro hacia la economía real, verdadera impulsora del crecimiento y la creación de empleo.

La Ley transpuso al ordenamiento jurídico español aplicable en el ámbito financiero las Directivas 2000/46, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades, y 2000/28 por la que se modifica la Directiva 2000/12 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, a las que hemos hecho referencia con anterioridad; se sistematiza la regulación de las garantías constituidas a favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de los restantes Bancos Centrales Nacionales de la Unión Europea, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de sus operaciones de política monetaria; se dota de seguridad a los denominados «acuerdos de compensación contractual» entre entidades y entre éstas y sus clientes; y, finalmente, la Ley estableció una serie de medidas protectoras de los clientes de servicios financieros, previendo la creación de los Comisionados para la Defensa de los Clientes de Servicios Financieros (previsión que nunca se materializó), y estableció la obligación para todas las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, de contar con un departamento o servicio de atención al cliente y la posibilidad de designar un Defensor del Cliente.

El régimen de requerimientos de recursos propios de las entidades de crédito fue significativamente modificado, en Europa y en España, como consecuencia de un nuevo acuerdo alcanzado en el Comité de Supervisores Bancarios, conocido como Basilea II; en la Unión Europea mediante la Directiva de Requerimientos de Capital (CRD) que sustituyó a la anterior Directiva 2000/12¹⁹¹; y en la legislación nacional mediante los

¹⁹¹ Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (DO de 26.5.2000).

anteriormente citados Ley 36/2007¹⁹², Real Decreto 216/2008¹⁹³ y Circular 3/2008¹⁹⁴, marco normativo que, sin embargo, tuvo que ser nuevamente sometido a reforma como consecuencia de la crisis a partir de otro acuerdo del Comité de Basilea, conocido como Basilea III (2010), al que nos referiremos más adelante.

7.3.4. Supervisión y normas de disciplina

La Ley 30/1980, de 21 de julio, de Órganos Rectores del Banco de España, otorgó a éste una significativa parcela de autonomía, pero el Tratado de la Unión Europea exigía que, en el ámbito de la política monetaria, se concretase, de manera uniforme en el ámbito comunitario, la autonomía de los bancos centrales llamados a integrarse en el Sistema Europeo de Bancos Centrales.

La Ley configuró al Banco de España como un ente de la Administración del Estado de naturaleza especial, subordinado al Gobierno en términos generales, pero con plena autonomía en el ámbito de la política monetaria. En ese ámbito de la política monetaria, el Banco no está sometido a instrucciones del Gobierno y, conforme a lo previsto en la Ley, deberá orientar sus objetivos de política monetaria a la estabilidad de los precios, *ingrediente esencial, aunque ciertamente no único, de la "estabilidad económica" a la que se refiere el artículo 40 de la Constitución*. En materias distintas de la política monetaria, incluidas las relativas a la supervisión de las entidades de crédito, el Banco queda sometido a lo dispuesto en las leyes y en las disposiciones reglamentarias que dicte el Gobierno en desarrollo de aquéllas, siendo sus actos y resoluciones administrativas susceptibles de recurso ordinario ante el Ministro de Economía y Hacienda.

¹⁹² Ley 36/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y otras normas del sistema financiero (BOE de 17).

¹⁹³ Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras (BOE de 16).

¹⁹⁴ Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos (BOE de 10 de junio).

CAPÍTULO TERCERO
LA REGULACIÓN BANCARIA

La Ley de Autonomía de 1994 se concretó, entre otros aspectos, en la prohibición de que el Tesoro público pudiese incurrir en descubiertos en su cuenta en el Banco de España, ni siquiera de carácter transitorio; éste no puede adquirir directamente valores emitidos por el Tesoro, sin perjuicio de que pueda efectuar operaciones en el Mercado de la Deuda Pública.

La Ley de 1994 no alteró el desempeño por el Banco de funciones de supervisión de las entidades de crédito regulado por la Ley 26/1988. La Ley de Disciplina¹⁹⁵ sistematizó y modernizó la normativa sancionadora común para el conjunto de las entidades de crédito. Se incluyen dentro de su ámbito subjetivo tanto a las entidades infractoras como, caso de concurrir responsabilidad en ellos, a quienes ejerzan cargos de administración, dirección o control; se tipifican las infracciones y las correspondientes sanciones y las medidas de intervención y sustitución de los órganos de administración en circunstancias excepcionales; se concentran en el Banco de España las funciones de registro, control e inspección de todas las entidades de crédito, así como de las sociedades de garantía recíproca y del ICO; y se establece un régimen de comunicación, y a partir de un 15% de autorización, de la toma de participaciones accionariales en el capital de los bancos.

La Ley ha tenido numerosas modificaciones y adicciones e incluso fue objeto de un recurso ante el Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad de un artículo (el artículo 42), *en cuanto desconoce las competencias en la materia de las Comunidades Autónomas del País Vasco y de Cataluña respecto de otras entidades de crédito distintas a las Cajas de Ahorro o a las Cooperativas de crédito*¹⁹⁶, y ha sido la pieza básica del régimen disciplinario, de supervisión e intervención de las entidades de crédito hasta su derogación en 2014.

¹⁹⁵ Ley 26/1988, de 29 de julio. Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (BOE de 30).

¹⁹⁶ Sentencia 96/1996, de 30 de mayo de 1996. Recursos de inconstitucionalidad 1.710/1988 y 1.726/1988 y conflicto positivo de competencia 200/1989 (acumulados). Promovidos por el Gobierno vasco y por la Generalidad de Cataluña contra determinados preceptos de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, los primeros, y por el Gobierno vasco, el segundo, en relación con el real decreto 1144/1988, de 30 de septiembre, sobre creación de bancos privados e instalación en España de entidades de crédito extranjeras. (BOE de 21 de junio).

7.3.5. Fondos de garantía de depósitos

La Directiva 94/19¹⁹⁷ fijó el objetivo de asegurar un nivel mínimo armonizado de garantía para los depositantes de las entidades de crédito comunitarias, con independencia del Estado donde éstas desarrollen su actividad. Los sistemas de garantía deben actuar cuando se produzca una indisponibilidad de los fondos y garantizar, en un plazo muy breve, un pago mínimo armonizado, entonces de 20.000€ por depositante. La adscripción a un sistema de garantía de depósitos es obligatoria para las entidades de depósito que operan en el territorio comunitario.

En España, los Fondos de Garantía de Depósitos en Establecimiento Bancarios y en Cajas de Ahorros se crearon en 1977¹⁹⁸ y el de Cooperativas de Crédito¹⁹⁹ en 1982. La trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 94/19 se realizó por el Real Decreto 2606/1996²⁰⁰, aunque la obligatoriedad de adhesión de las entidades españolas a un fondo de garantía ya se había recogido en el Real Decreto-Ley 12/1995²⁰¹.

En nuestro país, los Fondos se configuraron con un doble propósito, el aseguramiento de los depósitos y el saneamiento y reflotamiento de entidades de crédito en dificultades con el objetivo de garantizar la estabilidad del Sistema Financiero, evitando que la crisis de una entidad repercuta en el resto de entidades operantes en el mercado. Para ello, se dotó a los Fondos de la posibilidad de adoptar medidas preventivas y de saneamiento tendentes a facilitar la viabilidad de las entidades para superar situaciones de crisis, incluso de tomar participaciones accionariales en entidades

¹⁹⁷ Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 1994 relativa a los sistemas de garantía de depósitos (DO de 31.5.1994).

¹⁹⁸ Reales Decretos 3047/1977, de 11 de noviembre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de ahorros y 3048/1977, de 11 de noviembre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios (BOE de 26).

¹⁹⁹ Real Decreto-Ley 18/1982, de 24 de septiembre. Fondos de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito (BOE de 1 de octubre).

²⁰⁰ Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre. Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (BOE de 21).

²⁰¹ Real Decreto-Ley 12/1995, de 28 de diciembre. Medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera (BOE de 30).

bancarias. Los fondos se nutren de las aportaciones anuales de las entidades adheridas y se previó que, en su caso, con aportaciones del Banco de España fijadas por ley.

Ante la extensión de la crisis financiera y para prevenir situaciones de desconfianza en las entidades, el importe garantizado de los depósitos se elevó en España hasta los 100.000€ por depositante y entidad²⁰² (la Directiva comunitaria también fue modificada²⁰³ elevando el mínimo armonizado hasta los 50.000€ a partir de 30 de junio de 2009).

7.3.6. Situaciones concursales de las entidades de crédito

Las situaciones concursales de las entidades de crédito en la Unión Europea tienen un tratamiento específico recogido en la Directiva 2001/24²⁰⁴ que tiene por objeto regular la actividad de los distintos intervinientes ante situaciones de crisis de entidades de crédito con actividad en más de un estado miembro que den lugar a la adopción de medidas de saneamiento o liquidación.

En la Directiva se sientan los principios generales de igualdad de trato para todos los depositantes, con independencia del estado de residencia, de competencia de las autoridades administrativas o judiciales del Estado miembro de origen de la entidad afectada para decidir sobre la aplicación, incluso a las sucursales establecidas en otros Estados miembros, de medidas de saneamiento o de liquidación, y de que es la legislación del estado miembro de origen la aplicable incluso con respecto a terceros establecidos en los demás Estados miembros, aunque la normativa aplicable del Estado miembro de acogida no prevea tales medidas o condicione su aplicación a unos requisitos que no se cumplen.

²⁰² Real Decreto 1642/2008, de 10 de octubre, por el que se fijan los importes garantizados a que se refiere el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito y el Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto, sobre sistemas de indemnización de los inversores. (BOE de 11).

²⁰³ Directiva 2009/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2009 por la que se modifica la Directiva 94/19/CE relativa a los sistemas de garantía de depósitos, en lo que respecta al nivel de cobertura y al plazo de pago (DO de 13.3.2009).

²⁰⁴ Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito (DO de 5 de mayo de 2001).

La transposición de la Directiva a la legislación española tuvo lugar mediante la Ley 6/2005²⁰⁵. En la Ley se equipara las medidas de saneamiento a las que se refiere la Directiva a la situación de concurso de acreedores que no finalice en liquidación, y como procedimiento de liquidación, la apertura de la fase de liquidación en el propio concurso, en los términos establecidos por la Ley Concursal. Por el contrario, no se consideraban medidas de saneamiento aquellas actuaciones que, bajo idéntica denominación, pueden adoptar los Fondos de Garantía de Depósitos en entidades de crédito conforme a lo establecido en el Real Decreto 2606/1996, entre ellas las que adopte como consecuencia de la denominada declaración administrativa de impago de depósitos.

7.3.7. *Otras normas*

Como hemos tenido ocasión de comentar el conjunto de normas que afectan al sistema crediticio es tremendamente extenso, por lo que, sin ánimo de ser exhaustivo, solo citaremos algunas de las normas comunitarias y estatales más significativas dentro de las diferentes áreas de actividad de las entidades de crédito.

En materia de actuación de las entidades de crédito en los mercados de valores, la conocida como Directiva MiFID²⁰⁶ y la Ley del Mercado de Valores²⁰⁷, promulgada en 1988, pero que desde entonces ha tenido numerosas alteraciones.

En cuanto a las transacciones económicas con el exterior y la prevención del blanqueo de capitales, la Directiva de blanqueo²⁰⁸ de 2005 y la Ley 19/2003 que regula el marco general de transacciones económicas con el exterior²⁰⁹.

²⁰⁵ Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito (BOE del 23)

²⁰⁶ Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (DO de 30.4.2004).

²⁰⁷ Ley 24/1988, de 28 de julio. Mercado de Valores (BOE de 29).

²⁰⁸ Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (DO de 25.11.2005).

CAPÍTULO TERCERO
LA REGULACIÓN BANCARIA

En materia de transparencia de las operaciones y protección de la clientela, la Disposición transitoria tercera de la Ley de Disciplina preveía que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley, el Banco de España aprobara y publicase un texto refundido, conteniendo las circulares vigentes. Este texto nunca llegó a ver la luz, salvo en lo referido a las normas de transparencia, que se refundieron en un único texto, la Circular 8/1990²¹⁰. Desde entonces, el Banco de España ha mantenido este criterio de que todas las normas referidas a la transparencia de las operaciones y a la protección a la clientela permanezcan dentro de una única Circular que por ello ha sufrido numerosísimas modificaciones desde entonces hasta su derogación y sustitución por la vigente Circular 5/2012²¹¹. En el ámbito comunitario las normas más relevantes en los últimos años tal vez hayan sido las Directivas sobre comercialización a distancia de servicios financieros²¹² y sobre crédito al consumo²¹³, esta última modificada en 2008 tras más de 20 años de vigencia de la anterior.

Por último, la regulación de los grupos empresariales en el que conviven sociedades financieras de distinta naturaleza ha sido abordada por la Directiva de Conglomerados²¹⁴, desarrollada en España mediante una Ley²¹⁵ y un reglamento²¹⁶.

²⁰⁹ Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE de 5)

²¹⁰ Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España. Entidades de crédito. Transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE de 20). En sus dos primeras páginas detallaba parte de la extensa relación de normas comunitarias y estatales que regulaban la materia. Se puede consultar en: <http://www.bde.es/normativa/circu/c199008.pdf>.

²¹¹ Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (BOE de 6 de julio).

²¹² Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (DO de 9.10.2002).

²¹³ Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DO de 22.5.2008).

²¹⁴ Directiva 2002/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la supervisión adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero, y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE,

8. Conclusiones

Vista con una cierta perspectiva temporal, es difícil alcanzar un opinión concluyente acerca de si, en cada coyuntura histórica, la regulación financiera era la adecuada para lo que la situación económica demandaba y en qué medida, incluso en qué sentido, la regulación contribuyó a generar o resolver los problemas planteados en un momento histórico dado.

Lo que sí parece es que, a lo largo de sus dos siglos de vida, la regulación bancaria ha estado determinada por una serie de factores muy limitados y que, en esencia, se reducen al régimen político del momento, las necesidades financieras del Estado, las debilidades estructurales de la economía española y más recientemente, aunque también de manera más acusada, la integración en Europa.

Todos los regímenes políticos que se han vivido en el país han dejado su impronta en el sistema financiero y prácticamente no ha habido ninguno que haya renunciado a su propia norma de ordenación del crédito y la banca. Como quiera que el liberalismo político ha tenido pocas ocasiones de acceder al gobierno en la historia reciente de España, la mayor parte del devenir de la regulación bancaria ha estado marcado por el fuerte intervencionismo de gobiernos autoritarios, cuando no abiertamente dictatoriales. De forma ligeramente exagerada se podría decir que, en su mayor parte, la regulación bancaria ha sido históricamente un instrumento de la política fiscal del gobierno y algo menos de la política monetaria, más por ausencia de conocimientos que por falta de voluntad en este segundo caso.

Las debilidades estructurales de la economía española están detrás de la fuerte presencia del sistema bancario en el capital y en la financiación del sector empresarial

92/96/CEE, 93/6/CEE y 93/22/CEE del Consejo y las Directivas 98/78/CE y 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO de 11.2. 2003).

²¹⁵ Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero (BOE de 23).

²¹⁶ Real Decreto 1332/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero (BOE de 23).

desde el inicio de la industrialización. En conjunto, la economía española ha mostrado una débil estructura productiva, con baja capacidad competitiva, reducida productividad y déficit estructural de la balanza comercial, y con una permanente tendencia al proteccionismo. A esto habría que añadir que, por razones históricas complejas, en nuestro país el Estado ha vivido en permanente situación de déficit, salvo situaciones coyunturales muy precisas relacionadas por lo general con factores exógenos a nuestra economía.

El proceso de adaptación a la legislación comunitaria ha sido sin duda el salto cualitativo más importante de la historia de la regulación financiera española. La pertenencia a la Unión Europea ha tenido efectos favorables evidentes en todos los sectores económicos del país. Pero en el caso del sistema financiero, y del sistema bancario en particular, se puede hablar de dos modelos en muchos aspectos completamente distintos, uno el existente hasta 1974 y otro, el que se va conformando durante un periodo de transformación, que abarca una banda temporal de diez años antes y otros tantos después de la fecha de adhesión, y que termina, como fecha simbólica, con la intervención de Banesto, de forma que en apenas dos décadas se produce una completa transformación del sistema crediticio.

Se pasó de un sistema fuertemente intervenido, con una regulación omnicomprendiva, con toda clase de limitaciones a la competencia, plagado de coeficientes obligatorios, con precios y cantidades prefijados y alejados del mercado, sin los mercados secundarios más elementales, ineficaz en la correcta asignación de los recursos financieros e ineficiente en la formación de precios, a convertirse en un sistema bancario que, sin necesidad de recurrir a calificativos que desmienten uno a uno los antes citados, simplemente se puede comparar favorablemente con los sistemas financieros de cualquier país de los más desarrollados del mundo, y todo ello en un marco abierto por completo a la competencia internacional.

En un escenario histórico como el descrito, donde la nota predominante hasta épocas recientes ha sido la del proteccionismo, se entiende que la preocupación del legislador por los mecanismos de prevención de crisis bancarias haya estado generalmente ausente, y solo cuando éstas se han presentado, mostrando con toda crudeza sus

devastadores efectos sobre la economía nacional, la legislación ha avanzado, más para paliar las consecuencias de la crisis anterior que, salvo excepciones, para prevenir eficazmente la siguiente. Hemos hecho referencia en apartados anteriores a la crisis de la segunda mitad de los 70 del siglo pasado y a la legislación que originó. En el Capítulo Cuarto haremos un repaso a la crisis iniciada en 2007.

CAPÍTULO TERCERO.
LA REGULACIÓN BANCARIA

SECCIÓN SEGUNDA.
LA REGULACIÓN PRUDENCIAL

“Habrá acaso quien diga que coartar a un particular la facultad de recibir en pago los Vales promisorios de un Banco por una suma grande o pequeña, cuando es gustoso en recibirlos, o no permitir a un Banquero que los despache o forme, cuando los demás son gustosos de aceptarlos, es una manifiesta violación de aquella libertad civil que es el objeto más propio de la Ley que debe protegerla lejos de arruinarla. Estos reglamentos, digo, pueden en cierto sentido impropio considerarse contrarios a aquella libertad, pero aquel ejercicio de esta que llaman libertad en un corto número de individuos, cuando es dañoso a la seguridad común de la sociedad, es, y debe ser, coartado por las leyes de toda especie de Gobierno; no solo de los más libres, sino aún de los que quieren decirse despóticos. La obligación de construir muros y paredes que impidan la comunicación de un incendio es una violación de la libertad natural de la

misma especie que la restricción de que acabamos de hablar, restricción que no habrá hombre sensato que deje de aprobarla”¹:

En este capítulo no pretendemos abordar un ensayo de dogmática jurídica y no tiene por objeto revisar las distintas teorías que, desde Adam Smith hasta hoy, se han enfrentado al problema de la justificación de la regulación de las entidades de crédito.

Aun aceptando los más espurios orígenes de la regulación bancaria², lo cierto es que el sistema financiero está regulado en la actualidad en la totalidad de las economías que han alcanzado un mínimo nivel de desarrollo, y lo está en mucha mayor medida que casi cualquier otra rama de la actividad económica.

Por ello, en base a esta constatación, en este capítulo haremos tan solo un breve repaso de los principales argumentos en torno a la justificación de la regulación bancaria para, a continuación, centrar nuestra atención en la regulación prudencial y más específicamente en la regulación de solvencia emanada de los acuerdos alcanzados en el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea.

I. LA JUSTIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN BANCARIA

1. Los dos posicionamientos básicos en torno a la regulación bancaria

Partiendo del hecho de que la regulación bancaria ha existido desde tiempo atrás y existe en la actualidad en todas las economías del mundo, se podría decir que hay acuerdo generalizado respecto de la necesidad de la regulación bancaria, de alguna

¹ Adam SMITH, *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. 1776. Edición facsímil de la Junta de Castilla y León de la traducción al español de Josef Alonso Ortiz de 1794. Libro II, Capítulo II, pág. 86.

²“*Why have banks become a prime target of government regulation? Historically, for the same reason that Willie Sutton robbed banks: “That’s where the money is.”*”. L.J. RODRÍGUEZ, “International Banking Regulation. Where’s the Market Discipline in Basel II? ”, *Policy Analysis* n° 455, Cato Institute, 2002.

“*Historically the main reason for government regulation of financial institutions has been to finance wars*”, *Ibidem*. Lo que, en el caso español, resultó además ser cierto atendiendo al origen del Banco de San Carlos.

forma de regulación, al menos en una cierta medida por mínima que sea. En lo que difieren las distintas corrientes ideológicas es en su justificación y en el alcance de esa necesidad de regulación en el momento actual.

Las posiciones en torno a la regulación bancaria se sitúan en torno a dos polos en cierta forma contrapuestos, que podrían estar representados por las tesis defendidas por G. Benston³ y D. Llewellyn⁴, que reproducimos a continuación por entender que resumen de manera condensada los principales argumentos en contra y a favor de la regulación bancarias y sus principales motivos de justificación.

Para Benston las cinco principales razones por las cuales los bancos han sido regulados se resumen en: proporcionar ingresos y otros beneficios al Gobierno; resolver las presuntas externalidades negativas que origina la actividad bancaria; proteger a los consumidores; dar respuesta a las exigencias de responsabilidad dirigidas a los legisladores; y proteger de la competencia a las instituciones reguladas. En la actualidad, la mayor parte de las regulaciones pretenden encontrar su justificación, o bien en la protección de los consumidores, o bien en consideraciones de seguridad y de solidez de las entidades.

Llewellyn por su parte, que hace manifiesta su intención de replicar a Benston, explica que hay cuatro grandes áreas de discrepancia entre los que consideran que la regulación financiera tiene una justificación económica y un papel positivo que jugar y aquellos otros que argumentan que, en el mejor de los casos, la regulación no mejora el bienestar y, en el peor, es contraproducente. Estos cuatro disensos clave estarían referidos a: cómo funcionan y operan en la práctica las instituciones y los mercados financieros; las estructuras de incentivos a las que se enfrentan las entidades; la extensión de las imperfecciones y fallos del sistema financiero y la capacidad de la supervisión y regulación para afrontarlos; y la medida en que los contratos y productos financieros son significativamente diferentes de la generalidad de los bienes y servicios.

³ G.J. BENSTON, *Regulating Financial Markets: A Critique and Some Proposals*, Hobart Paper n° 135, Institute of Economic Affairs, London, 1998

⁴ D. LLEWELLYN, "The Economic Rationale for Financial Regulation", *Occasional Paper Series 1*, Financial Services Authority, April 1999.

2. La corriente liberal.

Para el primero de ellos, representativo en cierta forma de la corriente liberal que desde los años 80 del siglo pasado propugnaba la desregulación, los servicios financieros han estado permanentemente regulados por las autoridades públicas. La regulación de los servicios financieros ha tomado la forma de restricciones a la entrada, de control sobre los productos que pueden ser ofrecidos, de los activos que pueden y deben ser mantenidos por las entidades financieras, y de restricciones sobre los precios aplicados a los consumidores.

Las principales razones y justificaciones utilizadas por los gobiernos para la regulación de los servicios financieros se pueden condensar en cinco grandes categorías:

- beneficios para el Gobierno;
- inquietud acerca de las externalidades⁵ negativas que la actividad financiera genera;
- protección de los consumidores;
- beneficios para el legislador; y
- beneficios para las instituciones reguladas.

La regulación estaría justificada desde el punto de vista de los consumidores sólo si reduce las externalidades negativas derivadas de dos fuentes: de los efectos negativos sobre terceros que no son parte de las relaciones contractuales (por ejemplo, en el caso de las compañías de seguros que proporcionan el seguro obligatorio que cubre daños a terceros) y del coste que, para los contribuyentes y los clientes de bancos bien gestionados, supone el acudir al rescate de los depositantes de bancos quebrados.

⁵ Las externalidades se definen como los costes o beneficios surgidos de una actividad que no son soportados por las personas u organizaciones que desarrollan esa actividad. Los costes externos, diseconomías o externalidades negativas son daños ocasionados a otras personas o al entorno (p.e. por radiación, contaminación o ruido) que no son pagados por aquellos que desarrollan la actividad que los origina. Los beneficios externos, economías o externalidades positivas son los efectos producidos por una actividad que resultan beneficiosos o placenteros para otras personas que no soportan ningún coste por ello (p.e. la fertilización de los frutales por las abejas o el disfrute público de las vistas de edificios privados).

CAPÍTULO TERCERO.
LA REGULACIÓN BANCARIA

Fuera de estos casos, la protección de los consumidores no es una justificación para la regulación financiera más allá de lo que sería para cualesquiera otros productos o empresas, de forma que, en realidad, las razones de la regulación se basan en los beneficios que la regulación proporciona al Gobierno, a los legisladores y a las propias entidades.

El atajar el problema de las externalidades negativas es la principal justificación contemporánea para la regulación que, además, proporciona una argumentación económicamente válida, siempre que el coste de regular no exceda de los beneficios que se obtienen de reducir la externalidad.

Las posibles fuentes de externalidades negativas están relacionadas con los efectos adversos que el fallo de una institución financiera tendría sobre terceros no vinculados contractualmente con la institución, sobre otras instituciones solventes, sobre el sistema de pagos y los mercados de valores, sobre los contribuyentes y las entidades bien gestionadas que tendrían que recatar a los depositantes del banco fallido, así como con los innecesariamente elevados costes impuestos a los consumidores por su preocupación acerca de la solvencia de las entidades con las que contratan y la confianza en los productos financieros que adquieren y, finalmente, con los negativos efectos indirectos sobre los consumidores y los negocios en aquellos mercados atendidos por entidades deficientemente gestionadas.

En cuanto a los efectos sobre terceros, se admite la necesidad de una regulación pública de los seguros obligatorios para proteger, por ejemplo, a la víctima de un accidente. No considera, sin embargo, que se generen externalidades negativas sobre otras instituciones solventes cuando una quiebra; por el contrario, el fallo de una entidad imprudente o deficientemente gestionada recompensa a las bien gestionadas. Los recursos se dirigirán hacia las firmas que son percibidas como más fuertes y solventes, recompensando a los gestores prudentes. El conjunto del sistema no se ve afectado en la medida en que el dinero que es retirado del banco acabará depositado en otro que sea considerado más seguro. Siendo cierto que las situaciones de pánico bancario (*run*) en una entidad pueden afectar al conjunto de las entidades de depósito y desestabilizar el sistema, la realidad es que raramente esto ocurre, en especial, si los depositantes están

protegidos por un sistema de garantía de depósitos, por lo que las preocupaciones sobre los efectos desestabilizadores de una retirada masiva de depósitos de una entidad en dificultades no es una justificación válida para la regulación.

Los beneficios para el Gobierno explican por qué los bancos estuvieron regulados antes que casi cualquier otra empresa. La regulación, inicialmente mediante restricciones a la entrada, permitió al Gobierno beneficiarse de la creación de dinero y de la tributación directa e indirecta de los bancos. La regulación bancaria continúa siendo en muchos países un medio utilizado por el Gobierno para canalizar fondos a empresas, proyectos o personas a los que consideran conveniente favorecer.

Los beneficios para los legisladores, para los parlamentarios democráticamente elegidos, están relacionados con el temor entre los electores a las situaciones de pánico financiero y a la depresión económica normalmente asociada a las quiebras bancarias. La regulación financiera permitiría dar la apariencia de que los parlamentarios están tomando las medidas apropiadas para beneficiar a los consumidores y resolver los problemas. Sin embargo, aunque se manifiesten de manera conjunta, no han sido las quiebras bancarias las causantes de las crisis económicas, probablemente al contrario, y las quiebras de otras empresas, seguramente menos reguladas, son mucho más perturbadoras para el mercado y la economía.

Tampoco es del todo cierto que la protección a los consumidores sea una justificación suficiente: no es verdad que los productos financieros sean, por regla general, más difíciles de entender que otro tipo de productos y la misma protección frente al fraude, al tratamiento desleal o a la información insuficiente merecen los consumidores de los servicios financieros que los de otros muchos productos y servicios que representan una parte mayor del gasto y del patrimonio de los consumidores.

Además, los fondos de garantía ya defienden a los depositantes más débiles y la experiencia en casi todos los países en el siglo XX (y lo que va de XXI) muestra que los gobiernos han garantizado parcial o totalmente los fondos depositados en los bancos, tanto si habían adoptado, como si no, un sistema formal de garantía de depósitos.

El beneficio de las propias instituciones reguladas, fundamentalmente por la vía de la reducción de la competencia (restricciones de precios, contención de actividades, control sobre productos, limitación geográfica,...) es una de las razones más importante por las cuales los gobiernos han impuesto regulaciones a los servicios financieros.

Las externalidades negativas pueden ser virtualmente eliminadas con un sistema regulatorio que, primero, suponga unos requerimientos sustanciales de capital, que sirva para absorber las pérdidas que, de otra forma, recaerían sobre los depositantes, lo que motivaría a los accionistas, que corren con el riesgo de la inversión, a vigilar las operaciones del banco; segundo, que obligue a la periódica presentación de la información financiera, debidamente auditada por firmas independientes, que permita a las autoridades asegurarse de que la cuantía del capital es la suficiente para absorber las pérdidas potenciales derivada de la actividad de la entidad; y tercero, con un sistema estructurado y preestablecido de intervención rápida y de resolución (venta, fusión, liquidación o absorción) con carácter previo a que el banco devenga insolvente.

En suma, esta corriente de pensamiento, representada aquí por Benston no plantea la eliminación de la regulación financiera, sino que ésta se reduzca al mínimo y se centre en un aspecto, ciertamente esencial, de las entidades financieras que es el de la solvencia. Por lo demás, admite algunas modalidades de protección de los derechos de los consumidores sólo en la medida en que eliminan externalidades negativas que parecen obvias.

3. La preservación de la estabilidad financiera como justificación de la regulación

Para Llewellyn la experiencia demuestra que los sistemas financieros son propensos a sufrir periodos de inestabilidad. En los últimos años las crisis bancarias en distintas partes del mundo han sido frecuentes, caras de resolver y prolongadas en el tiempo y, en contra de lo que pudiera parecer, no son exclusivas de países con economías poco desarrolladas (véase si no la crisis bancaria de los 90 en los países escandinavos)⁶. Hay

⁶ Recuérdese que el trabajo de Llewellyn es de 1999, anterior a la crisis iniciada en 2007, lo que no le resta valor.

una serie de elementos comunes en todas las crisis bancarias y, normalmente, son una combinación de débil regulación, inadecuada o insuficiente supervisión, deficiencias en los sistemas de gestión y control de las entidades y reducida información al mercado.

Los objetivos de la regulación financiera se pueden resumir en tres:

- la preservación de la estabilidad financiera del sistema;
- el mantenimiento de la seguridad y solvencia de las instituciones financieras; y
- la protección de los consumidores.

La justificación de la necesidad de una regulación y supervisión de los bancos, y de los servicios financieros en general, tiene que ver con:

- los problemas, potencialmente sistémicos, asociados con las externalidades que genera la actividad financiera;
- la corrección de los fallos e imperfecciones del mercado;
- el seguimiento de la actividad de las entidades involucradas en los dos aspectos anteriores;
- el preservar la confianza de los consumidores; y
- el evitar el riesgo de bloqueo del sistema.

El problema de las externalidades negativas está relacionado con el hecho de que el fallo de una entidad genera unos elevados costes sociales, que superan los costes individuales de esa entidad y que no son soportados por la entidad fallida (y sus accionistas). La preocupación de la regulación financiera por los efectos de las externalidades está justificada por el papel central que los bancos ocupan en el sistema financiero, como proveedores de financiación a las empresas y las familias, y como soporte del sistema de pagos del país; por el peligro de riesgo para el conjunto del sistema que se deriva de una situación de pánico de los depositantes de una sola institución; y por la especial naturaleza de los activos y pasivos bancarios, que impide una rápida liquidación de una entidad a precios que no incorporen un elevado descuento⁷. Es cierto, sin embargo, que hay algunos mecanismos que atenúan estos

⁷ En el caso de los activos bancarios, fundamentalmente préstamos que no son instrumentos negociables en mercados organizados, se produce una notable disminución de su valor en caso de liquidación, porque incorporan una información asimétrica, la información del comportamiento de los deudores, basada en la

problemas, como los fondos de garantía de depósitos y como la provisión temporal de liquidez por el banco central en caso de demanda masiva de retirada de depósitos en las entidades solventes.

Los problemas de los fallos e imperfecciones del mercado tienen su manifestación más evidente en el desequilibrio, en cuanto a la información de la que disponen y la capacidad de discriminación, que se produce entre las entidades financieras y sus clientes. El propósito de la regulación es que el consumidor disponga de toda la información precisa (naturaleza del producto o contrato, coste real, implicación de la entidad vendedora,...) para tomar decisiones responsables y para que disponga, realmente, de capacidad de elección.

El impacto y los efectos adversos que el fallo de una sola entidad tiene sobre la estabilidad del conjunto del sistema y la confianza de los consumidores hacen casi inevitable que los reguladores deban preocuparse, y establecer mecanismos de seguimiento y supervisión, acerca de la liquidez, la solvencia y el riesgo de las entidades financieras, actividad que resulta extremadamente difícil que sea desempeñada por los clientes (por el mercado) dadas la especial naturaleza de las operaciones bancarias y de las relaciones entre las entidades y sus clientes, y las características de éstos que, en la práctica, no están en condiciones de valorar la fortaleza y seguridad de las entidades con las que contratan.

La hipótesis central de Llewellyn es que los reguladores tienen que ser vistos como proveedores de servicios de regulación, seguimiento y supervisión para los cuales hay una evidente demanda por parte de los consumidores, aunque no haya mecanismos para determinar el precio de mercado de estos servicios. Un esquema de regulación eficiente genera beneficios por diferentes vías: reduce los costes de transacción para los consumidores, por ejemplo, los de información y vigilancia de las entidades con las que contratan; se producen ganancias de eficiencia mediante la disminución de los fallos de mercado; mejora la confianza de los consumidores; se generan externalidades positivas;

experiencia previa acumulada por la entidad prestamista, que es muy difícil de transmitir al adquirente de los activos y por tanto de reflejar en el precio (la incertidumbre se descuenta del precio). En el mismo sentido construir una base estable de depositantes comporta un elevado coste, que no se refleja en el valor de reembolso de los depósitos, y que es muy difícil de recuperar en caso de venta forzada.

la utilización eficiente de los procedimientos administrativos de autorización permite excluir del mercado a las entidades con excesivo riesgo; a través de las exigencias de información financiera, mejoran las posibilidades de los consumidores para tomar decisiones informadas; e incrementa la transparencia de los contratos.

Por último, no se oculta que la regulación comporta riesgos, entre otros, los costes de la regulación que, de una forma u otra, acaban pagando los consumidores, a pesar de lo cual la apariencia de gratuidad genera una demanda ilimitada por parte de éstos, y el riesgo de sobre-regulación para atenderla; las dificultades para fijar el límite a partir del cual el coste de regular supera los posibles beneficios y la imposibilidad, en cualquier caso, de eliminar por completo el riesgo de quiebra de entidades y de fallos del sistema; el denominado *moral hazard*⁸, es decir, el generar en los consumidores y los inversores la impresión de que ya están protegidos por la regulación y no necesitan cuidar por sí mismos de los riesgos que asumen en sus negocios con las entidades reguladas y en los productos que contratan; el aparente, y en ocasiones interesado, desplazamiento de responsabilidad desde los gestores de las entidades a los reguladores, como forma de eludir responsabilidades por aquellos o de conseguir mayor protección por los consumidores, especialmente en el caso de fallo de una entidad imputable a la mala gestión; y finalmente la tremenda dificultad de hacer llegar a los consumidores y a los contribuyentes la idea de que la regulación tiene sus límites, que puede reducir los riesgos pero no eliminarlos, y que no exime a los interesados de la responsabilidad por su propias decisiones.

4. Sistema de pagos y política monetaria

Como tendremos ocasión de desarrollar más adelante, el objeto de esta Tesis está directa y exclusivamente relacionado con la regulación prudencial, es decir con la referida a la función de intermediación financiera desarrollada por las entidades de

⁸ El *moral hazard* se puede definir como la posibilidad de que alguien que se siente protegido de un determinado riesgo o contingencia, por ejemplo a través de un contrato o de un seguro, se comporte de manera distinta de como lo haría, en condiciones normales, si estuviese expuesto a ese riesgo, de forma que la ausencia de incentivos para evitarlo, puede acabar por incrementar las probabilidades de que realmente se materialice. Se suele traducir al castellano como riesgo moral, riesgo por negligencia o desprecio al riesgo.

crédito, y no abordaremos en la misma aquellas cuestiones referidas a la protección de los usuarios de los servicios bancarios⁹, ni la regulación de otros dos aspectos clave de la actividad bancaria, que justifican igualmente la necesidad de su regulación: el funcionamiento del sistema de pagos y la transmisión de la política monetaria. A estos últimos dedicaremos, no obstante, unos breves apartados

4.1. El papel de los bancos en el sistema de pagos

En las sociedades desarrolladas, a partir del siglo XIX, con la implantación y la general aceptación del dinero fiduciario como medio de pago con preferencia a la moneda metálica, los bancos comenzaron a ocupar un papel central en los sistemas de pagos de sus respectivos países, como emisores primero y difusores después de los billetes bancarios. Esta función se fue ampliando progresivamente hasta llegar a nuestros días en los que el grueso de las transacciones comerciales y financieras que se realizan en el mundo se efectúan a través de meras anotaciones en cuenta; en cuentas abiertas en bancos, habría que añadir.

Así, los sistemas de pagos se han bancarizado hasta el punto de que, en las sociedades desarrolladas, los billetes de banco están llamados a convertirse más en una reserva de valor que en un medio de pago. La utilización de las entidades de crédito como soporte del sistema de pagos se ha generalizado, con el desarrollo de nuevos medios de pago más cómodos y seguros, hasta alcanzar la mayor parte de las transacciones comerciales, incluso las más cotidianas, de forma que las transacciones realizadas con billetes y monedas han quedado relegadas al ámbito de los pequeños pagos e incluso en estos casos parece que su supervivencia está amenazada.

Conviene no obstante insistir en la idea de que estas afirmaciones están referidas exclusivamente a los países desarrollados, con un elevado grado de bancarización de la sociedad y con unos niveles de equipamiento técnico y de redes de comunicación, por

⁹ En relación con el conflicto debido a la atribución de una pluralidad de fines a la regulación y supervisión bancarias y la colisión entre dos ellos, la estabilidad financiera y la protección de los usuarios, véase J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “Fundamento y características de la regulación bancaria”, pág. 64 y ss., en *Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario*, S. Muñoz Machado y J.M. Vega Serrano (dirs.), Iustel, Madrid, 2013.

no hablar de seguridad jurídica, que están permitiendo ese tránsito desde el papel moneda al dinero virtual.

Una mínima reflexión en este sentido nos lleva a cuestionar la creencia de que sistema bancario y sistema de pagos deban estar necesariamente unidos. El que lo estén de hecho en la actualidad obedece a meras razones de evolución histórica y, muy probablemente, de eficacia y de eficiencia, en el sentido de que el sistema bancario es el más capacitado para desempeñar esa función y de realizarla al mejor precio, pero en modo alguno a razones de necesidad. En el sentido habitual de lo que se entiende por banco (empresa que capta depósitos del público y los aplica por cuenta propia a la concesión de préstamos), el ser soporte del sistema de pagos es una característica accesoria, pero ni define la actividad bancaria ni forma parte de los elementos esenciales de las entidades de crédito y la intermediación financiera. En este sentido baste recordar que en no pocos países el nivel de desarrollo de sus sistemas bancarios es ínfimo y eso no les impide tener un sistema de pagos que funciona regularmente, o que es perfectamente posible, como la experiencia reciente ha demostrado, que una parte significativa de las transferencias internacionales de fondos al por menor se realice, al menos en algunas fases, por empresas que no son entidades de crédito¹⁰.

Desde el punto de vista histórico, la regulación bancaria en lo que al funcionamiento del sistema de pagos se refiere, ha experimentado una notable evolución a lo largo de los dos últimos siglos y, como hemos visto en un capítulo anterior, el interés del regulador se ha ido desplazando desde la inicial preocupación por el desarrollo de los, en aquel momento, nuevos medios de pago, los billetes bancarios, hasta la implantación de modernos sistemas transfronterizos de pagos basados en transacciones electrónicas automatizadas y estandarizadas¹¹. Con todo, el papel de la regulación y del regulador en

¹⁰ Las entidades de servicios de pagos y los establecimientos de gestión de transferencias que no son jurídicamente entidades de crédito ni realizan una función de intermediación financiera, aunque, en el caso de España, están igualmente sujetos a autorización, registro y supervisión por el Banco de España.

¹¹ Como la conocida como SEPA (*Single Euro Payment Area*) mediante la cual una parte muy significativa de las operaciones en euros realizadas en la Eurozona quedarán progresivamente sujetas a un conjunto uniforme de estándares, reglas y condiciones y, en consecuencia, podrán ser procesadas con la misma facilidad, rapidez, seguridad y eficiencia con que lo son actualmente dentro de los mercados nacionales.

el funcionamiento de los sistemas de pagos no alcanza la importancia que tiene en las materias referidas a la intermediación financiera y, en sus aspectos sustantivos, la iniciativa en su diseño y mantenimiento ha correspondido en la generalidad de los casos más a las propias entidades, reservándose el regulador los aspectos referidos al control de cambios, la protección de los consumidores, la prevención del blanqueo de capitales, la gestión de los convenios internacionales y la preservación de la competencia y del correcto funcionamiento del sistema en general. En un sentido ligeramente diferente, habría que añadir que, por el contrario, las instituciones de la Unión Europea sí han desarrollado un papel muy activo en los últimos años de fomento, desarrollo y regulación de los sistemas de pagos transfronterizos en el ámbito del mercado único.

4.2. La transmisión de la política monetaria

El segundo de los elementos que justifican la regulación del sector bancario es el referido a los mecanismos de transmisión de la política monetaria. Tampoco en este caso parece que sea un elemento que estuviese presente desde el origen de las entidades de crédito, aunque, en la actualidad, ciertamente es una función esencial que la banca desempeña en casi todas las economías del mundo.

El desarrollo de esta función a través del tiempo ha ido ligada en primer lugar al nacimiento y evolución de las teorías económicas que permitieron comprender el papel del dinero en la economía, lo que no tuvo lugar hasta prácticamente el siglo XX¹², aunque de manera intuitiva ya desde mucho antes se había abordado el problema y, desde luego, existía la preocupación por los efectos de la cantidad de dinero sobre el nivel de precios y el volumen de actividad económica. Otros factores a considerar en la evolución histórica del papel de las entidades de crédito en la política monetaria están relacionados con el hecho de que se tardó bastante tiempo en poner en práctica los instrumentos adecuados para que las medidas de política monetaria resultasen efectivas y, en el caso español, con la constatación de que otras necesidades más acuciantes para los sucesivos gobiernos, como el sempiterno problema de la financiación del déficit

¹² Se suelen considerar los trabajos sobre el dinero de J.M.Keynes durante la década de los 20 del siglo pasado como el punto de partida de la política monetaria como disciplina académica.

público, limitaron considerablemente las posibilidades de actuación en materia de política monetaria.

Si a esto añadimos que los mecanismos ortodoxos de financiación del déficit e instrumentación de la política monetaria no se pusieron en marcha en España hasta el último cuarto del siglo XX y que poco después, con nuestra integración en la Unión Europea, las competencias fueron transferidas al Banco Central Europeo, se comprenderá que la historia de la regulación bancaria española en lo referido a los mecanismos de transmisión de la política monetaria no ha sido especialmente extensa.

El mecanismo a través del cual la política monetaria transmite sus efectos a la economía real con la intermediación de las entidades de crédito se resume de manera simplificada en el control del volumen y del precio del dinero, es decir, de la cantidad de dinero en circulación en la economía y de los tipos de interés.

En sus inicios el principal instrumento utilizado por las autoridades monetarias fue el control de la cantidad. En la medida en que el grueso de la oferta monetaria estaba representada por las monedas y los billetes bancarios, con un reducido peso de los depósitos y la casi total inexistencia de otros instrumentos, el control de la cantidad de dinero fiduciario resultaba relativamente fácil sin más que limitar la capacidad de emisión de billetes y ajustar el encaje bancario. Ocurre sin embargo que, en esos primeros momentos, el conocimiento de los efectos de estas medidas sobre la economía real era bastante escaso, que el interés de la política monetaria estaba orientado principalmente a la preservación del valor de la moneda en el exterior y que (la ampliación de) los límites a la emisión estaban, en no pocas ocasiones, condicionados por otros factores que poco tenían que ver con la ortodoxia monetaria y mucho con las perentorias necesidades de liquidez del Gobierno.

A medida que la cantidad y variedad de activos financieros fueron ampliándose, hubo que recurrir a definiciones cada vez más complejas del dinero (base monetaria, M1, M2, M3, ALP) y el control de la cantidad se hizo mucho más complicado,

desplazándose el interés del regulador hacia el tipo de interés¹³. La fijación de la autoridad monetaria de unos tipos de interés a los que el banco central está dispuesto a prestar o tomar prestado a las entidades de crédito tiene efectos directos sobre los tipos de interés que, a su vez, las entidades aplican en sus operaciones entre ellas y con sus clientes, e indirectos sobre el ahorro, el crédito, la actividad económica y el nivel general de precios.

Solo si las entidades de crédito actúan de correa de transmisión, las medidas de política monetaria desplegarán los efectos deseados en la economía real y, para ello, la regulación bancaria recurrió a mecanismos, de los que hemos hablado en capítulos precedentes, tales como el establecimiento de coeficientes de caja (o de reservas mínimas en su actual denominación), la posibilidad de financiación (redescuento, préstamos de regulación) en el banco central¹⁴, o la fijación de tipos de interés (máximos o mínimos) obligatorios.

5. Regulación prudencial y regulación de conducta

Al referirse a la regulación de los sistemas financieros conviene diferenciar entre regulación prudencial y regulación de conducta. Aunque los límites no son siempre nítidos, en términos generales, la preocupación y la finalidad de la regulación prudencial es la solvencia y fortaleza de las entidades individualmente consideradas y la estabilidad del sistema financiero en su conjunto, mientras que la regulación de conducta hace referencia a la forma de comportarse en el mercado y en las relaciones con sus clientes por parte de las entidades, y su principal punto de atención es la transparencia, la información al mercado, la buena fe de sus actuaciones y el cumplimiento de sus compromisos. El fin último de la regulación de conducta, además de la protección de

¹³ El abandono de los agregados monetarios como objetivo intermedio para la gestión de la política monetaria tuvo lugar por la Reserva Federal de los Estados Unidos (FED) a principio de los años 80 del siglo XX.

¹⁴ Respecto de los actuales instrumentos de política monetaria del Banco Central Europeo, véase BCE. *La aplicación de la política monetaria en la zona del euro*. BCE, septiembre 2011, y respecto de los mecanismos de transmisión de la política monetaria:

www.ecb.europa.eu/mopo/intro/transmission/html/index.en.html .

los consumidores, es velar por el correcto funcionamiento del mercado, fomentar la competencia y preservar la confianza en el sistema financiero.

II. LA REGULACIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

1. La regulación prudencial

A diferencia de su función como soporte de los sistemas de pagos, la intermediación financiera sí es la característica consustancial y definitoria de las entidades de crédito. La canalización del ahorro a la inversión es, además, una necesidad esencial de la economía, referida tanto a las transacciones que tienen lugar en el interior de los países como, en un sistema globalizado como el actual, a los flujos financieros que se establecen entre los diferentes Estados. Sin la existencia de agentes que intermedien entre el ahorro y la inversión, la actividad empresarial permanecería constreñida a los reducidos límites del ahorro individual, el crecimiento económico de la humanidad en los últimos siglos no habría tenido lugar y la globalización sería sencillamente inexistente. El fracaso del sistema financiero de un país, cuando se ha producido, ha arrastrado a la totalidad de su sistema productivo y se ha tardado mucho tiempo en recomponer uno y otro.

La condición necesaria para el correcto funcionamiento del sistema financiero es la confianza de los agentes económicos en las entidades financieras a las que encomiendan la administración de sus ahorros. El poner el ahorro individual a disposición de proyectos de inversión, sobre los que el ahorrador no tiene ningún tipo de control (y que en la actualidad se pueden estar desarrollando en el otro extremo del planeta), solo es posible si el ahorrador dispone de una razonable convicción de que la capacidad del intermediario financiero para desempeñar esta función de intermediación está, de alguna forma, garantizada (aunque no lo esté el resultado). Por ello, el foco central de toda la regulación financiera es la preservación de la confianza en la capacidad de las entidades que realizan la intermediación y, más si cabe, en el correcto funcionamiento del sistema financiero en su conjunto.

CAPÍTULO TERCERO.
LA REGULACIÓN BANCARIA

El camino elegido para conseguirlo, o al menos el más extendido hasta inmediatamente antes de la crisis que se inicia en 2007, ha sido el de combinar la libertad de concurrencia de los agentes económicos en la creación y administración de las entidades de crédito, con el sometimiento de éstas y aquéllos a determinadas exigencias de entrada, a una especial regulación de su funcionamiento, más estricta de la que correspondería al común de los agentes económicos, a mecanismos de supervisión específicos y a un régimen sancionador que, en último término, permita expulsar del mercado a los que no reúnan las condiciones de seguridad exigibles, antes de que el propio mercado se encargue de hacerlo en perjuicio de la confianza en el conjunto del sistema. No hace falta decir que ha habido y hay otros modelos alternativos al descrito (régimenes concesionales, exclusividad para bancos públicos o semipúblicos, ...), pero en todos ellos es posible identificar de manera inequívoca el interés de la regulación por la preservación de la confianza como elemento clave del funcionamiento del sistema financiero.

Un excelente resumen de cuanto se ha dicho se encuentra en la exposición de motivos de la ya derogada Ley de Disciplina¹⁵ e Intervención de las entidades de crédito de 1988:

Numerosas experiencias internacionales y la propia española, acumuladas a lo largo de muchos años, han puesto de manifiesto la absoluta necesidad de someter las Entidades financieras a un régimen especial de supervisión administrativa, en general mucho más intenso que el que soporta la mayoría de los restantes sectores económicos. Esas entidades captan recursos financieros entre un público muy amplio, carente en la mayor parte de los casos de los datos y los conocimientos necesarios para proceder a una evaluación propia de la solvencia de aquéllas. La regulación y supervisión públicas aspiran a paliar los efectos de esa carencia, y facilitan la confianza en las entidades, una condición imprescindible para su desarrollo y buen funcionamiento, esencial no sólo para los depositantes de fondos, sino para el conjunto de la economía, dada la posición central que reúnen esas entidades en los mecanismos de pago.

¹⁵ Ley 26/1988, de 29 de julio. Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (BOE de 30).

Esos problemas se suelen afrontar en todas las partes articulando unos dispositivos especiales de supervisión de las instituciones. Dichos mecanismos se componen básicamente de un conjunto de normas tendentes a facilitar a la autoridad supervisora una completa información sobre la situación y evolución de las entidades financieras, y de otro conjunto de normas tendentes a limitar o prohibir aquellas prácticas u operaciones que incrementen los riesgos de insolvencia o falta de liquidez, y a reforzar los recursos propios con que pueden, en su caso, atenderse esos riesgos, evitando perjuicios para los depositantes. Obviamente, la eficacia de las normas depende de la existencia de unas facultades coercitivas suficientes en manos de las autoridades supervisoras de las entidades financieras, cuyo desarrollo, a través de un régimen adecuado de sanciones administrativas, debe cerrar el sistema regulador.

El principal mecanismo que ha encontrado la regulación bancaria para preservar la confianza, junto al ya apuntado de vigilar la entrada en la actividad, ha sido el de establecer unos niveles mínimos de solvencia exigibles a las entidades para poder operar. La preocupación por la solidez de las entidades y por su capacidad para responder ante los acreedores de los posibles quebrantos surgidos del ejercicio de una actividad de riesgo como es la crediticia, ha estado presente desde los inicios de los bancos modernos y, también desde el inicio, quedó claro que la clave de esa solidez radicaba en el capital, en los recursos propios. Lo que ha ido variando a lo largo del tiempo ha sido la forma de determinar cuáles debían ser esos mínimos de solvencia y cómo calcularlos y, así, el capital, al que se le han ido sumando y restando otros elementos para conformar los recursos propios computables a efectos regulatorios, se ha puesto en relación con los recursos ajenos, con los activos, sin ponderar en unos casos y ponderados en otros, o con determinados riesgos.

A esta idea de preservación de la solvencia de las entidades como base de la regulación bancaria se han unido en los últimos años dos consideraciones más, instrumentos fundamentales igualmente de los que se ha servido la regulación bancaria para fomentar la confianza: promover la identificación y adecuada gestión de los riesgos en los que incurren las entidades en el ejercicio de su actividad, gestión que deben

desarrollar las propias empresas bancarias en base a modelos prudentes, sólidos, contrastables y verificables por el supervisor, y fomentar la transparencia, en el doble sentido de hacer pública la información financiera de las entidades que resulte relevante para hacer posible la toma de decisiones informadas de los inversores y ahorradores, y de que esta información se ajuste a unos estándares comunes y públicamente conocidos de presentación y, sobre todo, de valoración de los activos, pasivos, compromisos y riesgos de las entidades financieras.

En resumen, *“un modelo eficaz de regulación y supervisión contribuye al buen funcionamiento del sistema en su conjunto, favorece su eficiencia a través de las obligaciones e incentivos que se prevén para la adopción por las entidades financieras de sistemas integrales y prudentes de gestión de riesgos, del fomento de la competencia y del impulso de prácticas de transparencia con la clientela y con los mercados en general. Asimismo, el modelo debe preservar el objetivo de estabilidad, consistente, por un lado, en minimizar la importancia y el coste de las eventuales crisis bancarias y, del otro, en evitar que el denominado “riesgo sistémico” amenace a todo el sistema, dado que el incumplimiento de un participante origine una cadena de incumplimientos y repercuta en la estabilidad de todo el mercado”*¹⁶.

2. La generación de normas bancarias globales

Una de las características definitorias del sistema financiero actual es su carácter transnacional. Si hay un aspecto de la actividad económica donde la globalización es una realidad contrastable ese es el de los flujos financieros internacionales. Las grandes entidades financieras han alcanzado una dimensión auténticamente global y operan en múltiples jurisdicciones¹⁷, lo que ha llevado al FSB a calificarlas de *Global Financial Systemically Important Institutions* (G-SIFIs).

La regulación bancaria tiende por ello a ser también global, en el sentido de que en el proceso de generación de normas intervienen de manera destacada organizaciones

¹⁶ GASOL MAGRIÑÁ, A., *La industria bancaria en el marco de Basilea II*, ACCID, Barcelona, 2006, pág. 27.

¹⁷ Por citar un ejemplo, el Santander, que forma parte de este grupo de entidades, tiene negocios de banca comercial en 23 países.

internacionales de distinta naturaleza, y los distintos ordenamientos nacionales muestran una clara tendencia hacia la homogeneización, cuando no, como es el caso de la Unión Europea, hacia la completa uniformidad.

El proceso de globalización ha permitido que las entidades financieras de suficiente dimensión compitan en un único mercado a nivel mundial y, paralelamente, ha originado una demanda de regulación uniforme, con pretensiones de universalidad, que de alguna forma establezca unas reglas del juego comunes para todas las entidades participantes.

Este proceso ha llevado a la elaboración de estándares internacionales, en forma de acuerdos, principios, guías, por parte de distintos organismos internacionales, que no tienen capacidad normativa originaria, pero que al estar respaldados por el prestigio de sus miembros y el compromiso de los estados participantes de incorporar esas reglas a sus respectivos ordenamientos jurídicos, otorgan de hecho a estos organismos internacionales una especie de capacidad normativa difusa, pero con incidencia real en la actividad financiera, no solo de los países participantes, normalmente los más poderosos e influyentes, sino de todo el mundo.

La recepción jurídica de los estándares elaborados por estos organismos internacionales, que por sí mismos carecen de fuerza jurídica vinculante, se explica por razones relativas a la globalización de las actividades bancarias, pero también por el carácter complejo y por la especialización técnica que requiere la regulación de las actividades y los mercados financieros¹⁸.

A tres de los principales organismos emisores de estándares internacionales (*international standards setters*) nos referiremos a continuación:

3. *International standards setters*

3.1. *Financial Stability Board (FSB)*

¹⁸ M.M. DARNACULLETA GARDELLA y M.A. SALVADOR ARMENDARIZ, “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, pág. 171.

CAPÍTULO TERCERO.
LA REGULACIÓN BANCARIA

El FSB fue creado en 2009, en sustitución del Financial Stability Forum, en la cumbre de los Jefes de Estado y de Gobiernos del G-20 reunidos en Pittsburgh, con la finalidad de promover la estabilidad financiera, coordinar a los reguladores y las autoridades financieras nacionales para desarrollar políticas regulatorias, supervisoras y otras que afectan al sector financiero y fomentar el *level playing field* promoviendo la implementación coherente de tales políticas en las distintas jurisdicciones¹⁹.

Entre sus objetivos se encuentran el valorar las vulnerabilidades que afectan al sistema financiero global e identificar y revisar las acciones regulatorias y supervisoras necesarias para afrontarlas desde una perspectiva macroprudencial; promover la coordinación y el intercambio de información entre las autoridades responsables de la estabilidad financiera; y promover la implementación de las normas y de las recomendaciones acordadas en el seno del FSB.

El FSB emite informes, principios, normas, recomendaciones y guías y es el encargado de recopilar y publicar los conocidos como *Key Standards for Sound Financial Systems*, un conjunto de normas que a juicio del FSB son claves para el correcto funcionamiento de los sistemas financieros, gozan de general aceptación y representan los requerimientos mínimos de buenas prácticas que los países deberían cumplir para contar con sistemas financieros sanos, por lo que, dependiendo de sus circunstancias, se insta a éstos a implementarlos de forma prioritaria.

El FSB ha jugado un papel clave tras la crisis como el principal organismo encargado por el G-20 para impulsar las reformas regulatorias en distintos campos relacionados con la actividad financiera (entidades de importancia sistémica, banca en la sombra, gobierno corporativos, derivados OTC, ...) y, por citar dos iniciativas concretas a las que nos referiremos más adelante, publicó en 2011 los *Key Attributes of Effective*

¹⁹ Los miembros del FSB son 24 países, representados por sus Ministerios de Finanzas, bancos centrales y supervisores (España es miembro y está representada por el Ministerio de Economía y el Banco de España), la Unión Europea (Comisión y BCE) y una serie de instituciones financieras internacionales: Bank for International Settlements (BIS); International Monetary Fund (IMF); Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD); The World Bank; Basel Committee on Banking Supervision (BCBS); Committee on the Global Financial System (CGFS); Committee on Payments and Market Infrastructures (CPMI); International Association of Insurance Supervisors (IAIS); International Accounting Standards Board (IASB) e International Organization of Securities Commissions (IOSCO).

*Resolution Regimes for Financial Institutions*²⁰ y, en la actualidad está desarrollando la metodología para el cálculo de la enominada *Total Loss-absorbing Capacity (TLAC)*²¹ de las entidades de importancia sistémica, que en el primer caso han sido recogidos en la Directiva BRRD y en el segundo acabará, probablemente, incorporada también al ordenamiento de la Unión.

FSB. Key Standards for Sound Financial Systems

Area	Standard	Issuing Body
Macroeconomic Policy and Data Transparency		
Monetary and financial policy transparency	Code of Good Practices on Transparency in Monetary and Financial Policies	IMF
Fiscal policy transparency	Code of Good Practices on Fiscal Transparency	IMF
Data dissemination	Special Data Dissemination Standard/ General Data Dissemination System ¹	IMF
Financial Regulation and Supervision		
Banking supervision	Core Principles for Effective Banking Supervision	BCBS
Securities regulation	Objectives and Principles of Securities Regulation	IOSCO
Insurance supervision	Insurance Core Principles	IAIS
Institutional and Market Infrastructure		

²⁰ FSB. Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions. October 2011.

²¹ FSB. Principles on Loss-absorbing and Recapitalisation Capacity of G-SIBs in Resolution. Total Loss-absorbing Capacity (TLAC) Term Sheet, 9 November 2015.

<http://www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/TLAC-Principles-and-Term-Sheet-for-publication-final.pdf>

CAPÍTULO TERCERO.
LA REGULACIÓN BANCARIA

Area	Standard	Issuing Body
Crisis resolution and deposit insurance ²	Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems	IADI
Insolvency	Insolvency and Creditor Rights ³	World Bank
Corporate governance	Principles of Corporate Governance	OECD
Accounting and Auditing	International Financial Reporting Standards (IFRS)	IASB
	International Standards on Auditing (ISA)	IAASB
Payment, clearing and settlement	Principles for Financial Market Infrastructures	CPMI/IOSCO
Market integrity	FATF Recommendations on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation	FATF

1. Economies that have, or seek, access to international capital markets are encouraged to subscribe to the more stringent SDDS and all other economies are encouraged to adopt the GDDS.
2. The FSB supports the inclusion of one or more standards on resolution regimes under this policy area, and intends to make a selection once relevant policy development work is completed.
3. The World Bank, working with UNCITRAL and internationally recognized experts, has completed and implemented the ICR ROSC Assessment Methodology. The ICR ROSC Methodology is based on the current Creditor Rights and Insolvency Standard (ICR Standard), derived from the World Bank's Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems, and the recommendations included in the UNCITRAL's Legislative Guide on Insolvency Law.

3.2. Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS)

El BCBS es el principal organismo normativo internacional en materia de regulación prudencial de las entidades de crédito y tiene por finalidad mejorar la regulación, la supervisión y las prácticas bancarias en todo el mundo, con el objetivo de preservar la estabilidad financiera.

Su principal órgano de gobierno es el llamado Grupo de Gobernadores y Autoridades de Supervisión (GHOS) y los miembros integrantes del BCBS son organismos con potestades directas de supervisión bancaria y bancos centrales de 27 países (más la Unión Europea), entre ellos el Banco de España.

El BCBS no posee potestades supranacionales formales y sus decisiones y acuerdos carecen de fuerza legal. Para llevar a cabo su mandato, depende de la voluntad de sus miembros que, por formar parte del Comité, se comprometen a:

- trabajar de forma conjunta para cumplir el mandato del BCBS;
- promover la estabilidad financiera;
- mejorar continuamente la calidad de su regulación y supervisión bancaria;
- contribuir activamente a la elaboración de normas, directrices y buenas prácticas del BCBS;
- instrumentar y aplicar las normas del BCBS en su jurisdicción nacional en el plazo establecido por el Comité;
- 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, y
- trabajar en aras de la estabilidad financiera mundial y no solo de los intereses nacionales, así como participar en la labor y la toma de decisiones del BCBS.

Para llevar a cabo su mandato el BCBS desarrolla una serie de actividades:

- intercambiar información sobre la evolución del sector bancario y los mercados financieros, con el fin de detectar riesgos actuales o incipientes para el sistema financiero mundial;
- compartir asuntos, estrategias y técnicas de supervisión para propiciar un entendimiento común y mejorar la cooperación internacional;
- establecer y promover normas internacionales, directrices y buenas prácticas en materia de regulación y supervisión bancaria;
- abordar las lagunas de regulación y supervisión que planteen riesgos para la estabilidad financiera;

CAPÍTULO TERCERO.
LA REGULACIÓN BANCARIA

- vigilar la aplicación de las normas del BCBS en los países miembros y otros países, con el fin de asegurar su aplicación oportuna, uniforme y eficaz, y contribuir al fomento de condiciones equitativas entre los bancos con actividades internacionales;
- consultar con los bancos centrales y las autoridades de supervisión bancaria no pertenecientes al BCBS para tener en cuenta su opinión en el proceso de formulación de políticas y fomentar la aplicación de las normas, directrices y buenas prácticas del BCBS en los países no miembros; y
- coordinar y cooperar con otras entidades normativas y organismos internacionales del sector financiero, en particular aquellos que promueven la estabilidad financiera.

El Comité realiza un seguimiento de la aplicación de los estándares, emite informes de buenas prácticas y elabora guías y estándares (a varios de ellos nos referiremos a lo largo de los siguientes capítulos). Los más conocidos de estos últimos son los acuerdos en materia de requerimientos de capital de los bancos internacionalmente activos, conocidos como Basilea I, II y III.

3.3. International Accounting Standard Board (IASB)

A diferencia de los dos anteriores, se trata de un organismo privado que tiene como objetivo el elaborar normas de información financiera basadas en principios (*principle-based*), es decir no prescriptivas (*ruled-based*), comprensibles y de alta calidad, que forman un conjunto articulado y que gozan de una amplia aceptación en un gran número de países (no en Estados Unidos).

Las normas de información financiera que elabora se conocen indistintamente como Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) y Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) (*International Accounting Standards –IAS- e International Financial Reporting Standards –IFRS-*).

La recepción jurídica de estos estándares tuvo lugar en la Unión Europea a partir del Reglamento 1606/2002²², que estableció la obligatoriedad de su uso, previa adopción formal mediante un Reglamento de la Comisión, en la elaboración de la información financiera pública consolidada de las empresas europeas que tengan títulos admitidos a cotización en cualquier mercado regulado de la Unión.

III. LOS ACUERDOS DEL COMITÉ DE BASILEA

1. El paradigma regulatorio de los años 80

Siguiendo a R. POVEDA²³, en la década de los 80 cristalizó un paradigma, entendido como un marco de ideas comúnmente aceptado y aplicado de manera general, para la supervisión prudencial bancaria, que comprende tres principios básicos:

- la actividad bancaria sólo puede ser ejercida por entidades autorizadas al efecto por un poder público; por actividad bancaria se entiende, básicamente, la recepción de depósitos del público;
- esas entidades deben someterse a unas reglas únicas de comportamiento financiero establecidas por la autoridad con carácter general cuyo objetivo último es preservar la solvencia de las entidades, en un marco de libre funcionamiento de los mercados de financieros; es lo que llamamos regulación prudencial, en la que destacan tres notas:
 - su objetivo que es la solvencia de las entidades y no otro
 - el carácter de regulación única en la que unas mismas reglas se aplican a todas las entidades y
 - la precisión sobre el marco de mercado libre en el que se opera, fundamental para diferenciar este paradigma del que le precedió; y
- las entidades bancarias deben estar sometidas a la supervisión de una autoridad pública especializada cuyo propósito es verificar el cumplimiento de las reglas

²² Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad (DO de 11.9.2002)

²³ R. POVEDA ANADÓN, *Basilea II*, Fundación de las Cajas de Ahorros, Madrid, 2006

CAPÍTULO TERCERO.
LA REGULACIÓN BANCARIA

prudenciales y vigilar su situación financiera. Esa autoridad podrá impulsar cuando sea necesario acciones específicas para sanear una entidad y proteger los intereses de sus clientes, sobre todo de sus acreedores ordinarios, y los de la comunidad en general.

El segundo de los puntos, la regulación prudencial, fue abordado por el Comité de Basilea con la finalidad de evitar desigualdades competitivas debidas a la regulación, más o menos rigurosa según los países, de forma que los bancos que ya estaba compitiendo en los mercados financieros internacionales funcionasen de acuerdo a unas mismas reglas, es decir, con la finalidad de nivelar el terreno de juego (*to level the playing field*).

La regulación prudencial está presidida por la idea de solvencia, entendida en el sentido normal del término como la capacidad de cumplir cuidadosa y celosamente las obligaciones, de satisfacer las deudas. Parece evidente que si a alguien resulta exigible esa capacidad es a aquellos cuya actividad típica es tomar recursos prestados del público; de ahí que el núcleo central de la regulación prudencial de las entidades de crédito hayan sido históricamente los requerimientos de solvencia.

Históricamente también, la regulación prudencial ha tenido que responder a dos preguntas en torno a la solvencia: cuánta solvencia es la exigible a los bancos, que por la naturaleza de su actividad operan fundamentalmente con recursos ajenos; y cómo medirla.

En cuanto al cómo medirla, la solvencia de una empresa en general y de los bancos en concreto está representada por su capital, o más propiamente por sus recursos propios, los que son propiedad de los accionistas, en cuanto que suponen la capacidad de absorber las pérdidas derivadas de su actividad, antes de que éstas alcancen a los acreedores, que aportan recursos (ajenos) que, a diferencia del capital, deben ser remunerados periódicamente y devueltos a su vencimiento.

La forma habitual de medir la solvencia ha consistido en poner en relación los recursos propios con alguna otra magnitud de la entidad, como el tamaño del balance o el volumen de acreedores. Una de estas medidas, el coeficiente de garantía, relaciona los

recursos propios con los recursos ajenos y es, posiblemente, la forma más natural e intuitiva de establecer un requisito de solvencia: una vez acordado un determinado nivel, el coeficiente nos indica cuantos recursos deben arriesgar los accionistas de su propio bolsillo por cada unidad monetaria que pidan prestada a los acreedores.

Ocurre sin embargo que el coeficiente de garantía es insensible al riesgo, es decir no discrimina entre entidades en función del diferente nivel de riesgo en el que cada una de ellas incurre, atendiendo a las diferencias en la calidad y variedad de sus inversiones, por lo que se buscó otra medida que tomase en consideración esta circunstancia: el coeficiente de solvencia.

2. El Acuerdo de capitales de 1988

Promovido por el Comité de Basilea, el Acuerdo de capitales de 1988 (posteriormente conocido como Basilea I)²⁴ estableció unos requerimientos mínimos de capital para todas las entidades de crédito, o más exactamente grupos bancarios, internacionalmente activos, en términos de un coeficiente de solvencia, la llamada ratio BIS, medido por la relación entre dos magnitudes:

- el capital, o más precisamente los recursos propios, integrados, además de por el capital, por otros instrumentos que, para ser admisibles, deben reunir determinadas características en cuanto a permanencia y capacidad de absorción de pérdidas que el propio Comité se encargó de ir definiendo²⁵; y
- los activos y exposiciones fuera de balance ponderados por riesgo, en realidad por riesgo de crédito, ponderación que se alcanza por un procedimiento relativamente sencillo consistente en agrupar la totalidad de los activos y exposiciones en un número reducido de categorías atendiendo a su menor o mayor nivel de riesgo y asignar a cada una de estas categorías una ponderación de entre el 0% (p.e. bonos soberanos) y el 150% (p.e. préstamos en mora). La suma de estos productos (volumen x ponderación) constituyen el denominador de la ratio: los activos ponderados por riesgo (*risk weighted assets*, RWA).

²⁴ BCBS. International convergence of capital measurement and capital standards. Basel, July 1988.

²⁵ Respecto de las características de los instrumentos y el proceso seguido por el Comité de Basilea véase S. PERNÍAS, *La quita y la conversión de los acreedores bancarios, el bail-in*, IEB, Madrid, 2013.

En cuanto a la segunda de las preguntas, es decir a cuánta solvencia es la exigible, el Acuerdo fijo la ratio mínima exigible internacionalmente en el 8%, cifra de compromiso que solo responde al hecho de que permitió el acuerdo de los miembros del Comité²⁶.

3. Basilea II

Basilea II²⁷ introdujo importantes novedades en el marco general de requerimientos de solvencia. En primer lugar estableció un sistema de tres Pilares: el Pilar 1 contiene los requerimientos mínimos de capital, el Pilar 2 está referido al proceso de autoevaluación de capital por las entidades y de revisión por el supervisor, y el Pilar 3 es el relativo a la disciplina de mercado. Junto a los requerimientos por riesgo de crédito y de mercado, ya contenidos en Basilea I, incorporó un nuevo riesgo, el llamado riesgo operacional. Con todo, lo verdaderamente trascendental de Basilea II fue la admisión de la posibilidad de que las entidades utilizasen sus propios modelos internos para el cálculo de los requerimientos de capital por riesgo de crédito (*internal rating-based approach*, IRB) y operacional (*Advanced Measurement Approach*, AMA).

Estas novedades, de alguna forma, suponían avanzar en el paradigma de los años 80 al que nos hemos referido, en un doble sentido, por un lado, la utilización de modelos internos y la autoevaluación del Pilar 2 implican que las entidades dejan de estar sometidas a los mismos parámetros prudenciales, a la regla única, que era uno de los principios del paradigma de los años ochenta; y, por otra parte, el sometimiento de las entidades a la disciplina de mercado por el procedimiento de suministrar información al público, que constituía una novedad respecto a la situación anterior.

El Pilar 1 contiene los requerimientos mínimos de capital para los riesgos de crédito, de mercado²⁸ y operacional, es decir aquellos riesgos *plenamente cuantificables, uniformes y normalizados* que, en principio, resultan más fáciles de modelizar.

²⁶ Véase R. POVEDA, *Basilea II*, FUNCAS, Madrid, pág. 51, y A. GASOL, *La industria bancaria en el marco de Basilea II*, ACCID, Barcelona, 2006, pág. 190.

²⁷ BCBS. Convergencia internacional de medidas y normas de capital, Basilea, Junio 2004

²⁸ Una Enmienda de 1996 modificó el Acuerdo de 1988 para incorporar el riesgo de mercado.

Para calcular sus requerimientos de capital por riesgo de crédito, Basilea II permite a los bancos elegir entre dos métodos, el método estándar (*standard approach*, SA), en el que el nivel de riesgo de cada exposición se determina a partir de evaluaciones (*rating*) externas y el método basado en calificaciones internas, que permite a los bancos utilizar sus propios modelos previa aprobación explícita del supervisor.

El riesgo operacional se define como el riesgo de sufrir pérdidas debido a la inadecuación o a fallos de los procesos, el personal y los sistemas internos o bien a causa de acontecimientos externos, incluyendo el riesgo legal (entre otros, la posibilidad de ser sancionado u obligado a pagar indemnizaciones como resultado de acciones del supervisor o de acuerdos privados entre las partes), pero excluye el riesgo estratégico y el de reputación. También en este caso se permite la utilización de varios métodos (del indicador básico, estándar y de medición avanzada)

El riesgo de mercado se define como la posibilidad de sufrir pérdidas en exposiciones, dentro y fuera de balance, a raíz de oscilaciones en los precios de mercado; en concreto, los riesgos inherentes a las acciones y a instrumentos relacionados con tipos de interés en la cartera de negociación; y el riesgo de divisas y de productos básicos (*commodities*) en todas las carteras.

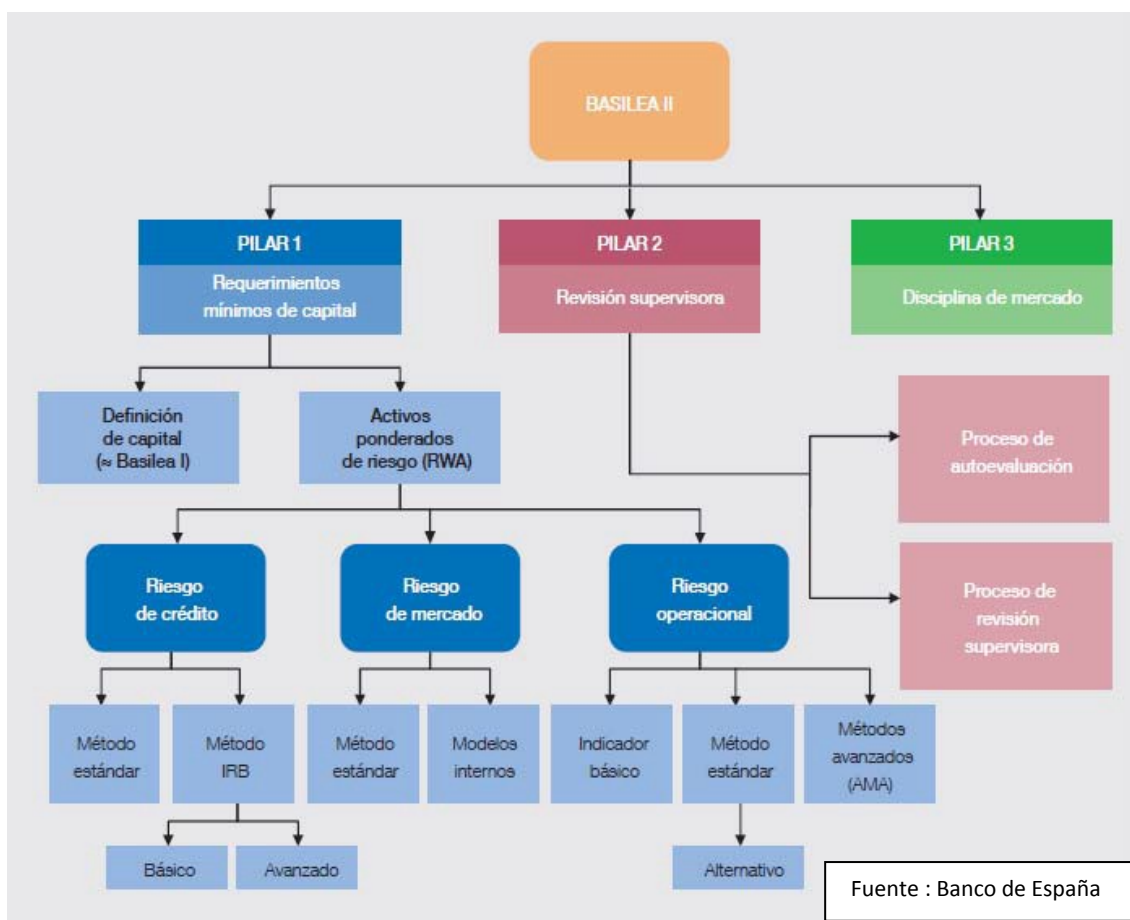
El capital mínimo exigible se estableció en un coeficiente del 8%, medido como la razón entre los recursos propios computables (el capital regulatorio) y los activos ponderados por su nivel de riesgo, y en todo momento los recursos propios de la entidad deben ser superiores o iguales a la suma de las exigencias de capital por:

- el riesgo de crédito y de dilución, de todas sus actividades con excepción de sus actividades de cartera de negociación;
- el riesgo de posición y el riesgo de contraparte, respecto de sus actividades de cartera de negociación;
- el riesgo de tipo de cambio, el riesgo de liquidación y el riesgo sobre materias primas, respecto de todas sus actividades; y
- el riesgo operacional, respecto de todas sus actividades.

El Pilar 2, referido al examen supervisor, aborda fundamentalmente tres áreas: los riesgos que se consideran en el Pilar 1 pero que no están capturados por completo en los modelos (por ejemplo, el riesgo de concentración del crédito); aquellos factores que no tiene en cuenta el Pilar 1 (por ejemplo, el riesgo de tipo de interés en la cartera de inversión, el riesgo de negocio y el riesgo estratégico); y los factores externos al banco (por ejemplo, los efectos del ciclo económico).

El examen supervisor se orienta por cuatro principios básicos:

- 1. Los bancos deberán contar con un proceso para evaluar la suficiencia de su capital total en función de su perfil de riesgo y con una estrategia para mantener sus niveles de capital.*
- 2. Las autoridades supervisoras deberán examinar y evaluar las estrategias y evaluaciones internas de los bancos relacionadas con la suficiencia de capital, así como la capacidad de éstos para vigilar y garantizar su cumplimiento de los coeficientes de capital regulador. Las autoridades supervisoras deberán intervenir cuando no queden satisfechas con el resultado de este proceso.*
- 3. Los supervisores esperarán que los bancos operen por encima de los coeficientes mínimos de capital regulador y deberán tener la capacidad de exigirles que mantengan capital por encima de este mínimo.*
- 4. Los supervisores tratarán de intervenir con prontitud a fin de evitar que el capital descienda por debajo de los niveles mínimos que exigen las características de riesgo del banco. Asimismo, deberán demandar la inmediata adopción de medidas correctoras si el capital no se mantiene en el nivel requerido o no se recupera ese nivel.*



El tercer Pilar sobre disciplina de mercado está diseñado para completar los requerimientos mínimos de capital (Pilar 1) y el proceso de examen supervisor (Pilar 2), y fomentar así la disciplina de mercado mediante el desarrollo de una serie de requisitos de divulgación que permitan a los agentes del mercado evaluar información esencial referida al ámbito de aplicación, el capital, las exposiciones al riesgo, los procesos de evaluación del riesgo y, con todo ello, a la suficiencia del capital de la entidad.

4. Basilea III

El estallido de la crisis sacó a relucir algunas de las deficiencias que, hasta entonces, habían pasado desapercibidas en el diseño de Basilea II y en una primera reforma mínima, que pasó a llamarse Basilea 2.5, se abordaron dos de los aspectos en los que tales deficiencias de mostraron de forma más evidente, la cartera de negociación, en la que las probabilidades de pérdida que se habían venido utilizando se mostraron claramente inadecuadas por insuficientes, y las titulaciones, en las que la reducción en

el consumo de capital que se conseguía al titular activos no se correspondía con la verdadera transferencia del riesgo de los mismos; por lo que, por ambos conceptos, se incrementaron los requerimientos de capital.

La principal deficiencia de Basilea II que afloró con la crisis fue la baja calidad del capital regulatorio en lo que a su capacidad de absorción de pérdidas con la empresa en funcionamiento se refiere y la escasa cantidad de capital de máxima calidad, situación propiciada por el hecho de que desde el Acuerdo de capitales de 1988 se habían ido diseñando nuevos instrumentos financieros que, tratándose en esencia de instrumentos de deuda, satisfacían sin embargo los requisitos diseñados por el Comité de Basilea e impuestos, con matices, por los reguladores nacionales, para ser computables como capital regulatorio.

Basilea II no había modificado la composición del capital regulatorio, es decir el numerador de la ratio de capital (ratio BIS), respecto de Basilea I, de forma que, llegada la crisis, frente a unos requerimientos mínimos de capital del 8%, tan solo el 2% se cumplía con acciones y reservas (*core capital*) y el resto con instrumentos que mostraron tener una dudosa efectividad.

La principal aportación de Basilea III²⁹ consistió, por tanto, en establecer unos nuevos requisitos, mucho más exigentes, para la computabilidad de los elementos integrantes de los recursos propios, precisar las deducciones que deben aplicarse a éstos y en elevar el nivel mínimo de capital que debe cumplirse con instrumentos de máxima calidad (*common equity tier 1*, CET1), que pasó del 2% al 4,5%.

Adicionalmente y partiendo de la idea de que los bancos deben operar regularmente con niveles de capital por encima de los mínimos requeridos, estableció la exigencia de unos colchones de capital: de conservación del capital, contracíclico y contra riesgos sistémicos, tendentes a atenuar la prociclicidad de otras medidas.

²⁹ BCBS. Basilea III: Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios. Diciembre de 2010.

Basilea III mantiene la ratio total de capital en el 8% como mínimo, la estructura de tres Pilares y, con pocas variaciones respecto de Basilea 2.5, los elementos y forma de cálculo del denominador, pero ha introducido la exigencia de cumplimiento de dos nuevas ratios de liquidez, una a corto plazo (*liquidity coverage ratio*) que permita a las entidades atender situaciones puntuales de estrés de liquidez, y otra estructural (*net stable funding ratio*) para equilibrar la estructura de vencimientos de la inversión y la financiación; así como una ratio de apalancamiento (*leverage ratio*) que limita el tamaño absoluto (sin ponderar por riesgo) del balance respecto de los recursos propios.

En julio de 2013 finalmente, el Comité de Basilea publicó el marco con la metodología para identificar a las entidades de importancia sistémica global³⁰ (*global systemically important banks*, G-SIBs) atendiendo a su tamaño, su interconexión, la falta de sustitutos o de infraestructura financiera fácilmente disponibles para los servicios que prestan, el alcance global de su actividad (interjurisdiccional) y su complejidad; entidades a las que se les va a exigir unos mayores requerimientos de capital en función de la importancia global de cada una de ellas.

Basilea III prevé la progresiva entrada en vigor (*phase-in*) del conjunto de medidas propuestas de forma que estén plenamente operativas en 2019.

³⁰ BCBS. Bancos de importancia sistémica mundial: metodología de evaluación actualizada y mayor requerimiento de absorción de pérdidas. Julio de 2013.

Reformas del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea III

Fortalecen la regulación y supervisión microprudenciales y añaden una dimensión macroprudencial con colchones de capital

Liquidez		
<p>Normas internacionales de liquidez y seguimiento supervisor</p>	<p>Coefficiente de cobertura de liquidez El coeficiente de cobertura de liquidez (LCR) exigirá a los bancos mantener suficientes activos líquidos de alta calidad para resistir 30 días en un escenario de financiación bajo terribles especificado por los supervisores.</p> <p>Coefficiente de financiación estable neta El coeficiente de financiación estable neta (NSFR) es un indicador estructural a largo plazo diseñado para paliar desajustes de liquidez. Este coeficiente cubre la totalidad del balance y ofrece incentivos a los bancos para que recurran a fuentes de financiación estables.</p> <p>Principios para la adecuada gestión y supervisión del riesgo de liquidez Los Principios para la adecuada gestión y supervisión del riesgo de liquidez, publicados por el Comité en 2008, se basan en las lecciones extraídas de la crisis, así como en un examen fundamental de las mejores prácticas en materia de gestión del riesgo de liquidez en las organizaciones bancarias.</p> <p>Periodo de seguimiento supervisor El marco de liquidez incluye un conjunto común de criterios de seguimiento para ayudar a los supervisores a identificar y analizar las tendencias del riesgo de liquidez a nivel tanto bancario como sistémico.</p>	<p>Principios para la adecuada gestión y supervisión del riesgo de liquidez Los Principios para la adecuada gestión y supervisión del riesgo de liquidez, publicados por el Comité en 2008, se basan en las lecciones extraídas de la crisis, así como en un examen fundamental de las mejores prácticas en materia de gestión del riesgo de liquidez en las organizaciones bancarias.</p> <p>Periodo de seguimiento supervisor El marco de liquidez incluye un conjunto común de criterios de seguimiento para ayudar a los supervisores a identificar y analizar las tendencias del riesgo de liquidez a nivel tanto bancario como sistémico.</p>

!ljl tHhni mfaU HJit
t!t!iil f' !UJtl

it .t r . t
t .rt

r ;f i-t -- X!t !i5

i5t & .. i!! -i . - h iJ
j 1';iH ,.11§.&

" . Ji i

!Jl t !iti ud if ja i {
!tljJJ1 Jtilij tf!tl JtJiU
if il .L Jp . Hd Hilh t'p
s J ., . il .L Jp . Hd Hilh iU i

IOIUiq IOj IOpG.i

1115

IV. LA RECEPCIÓN DE LOS ACUERDOS DEL COMITÉ DE BASILEA EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO Y ESPAÑOL.

1. El proceso español de adaptación a las Directivas comunitarias

Con anterioridad a Basilea II, la regulación en materia de requerimientos de capital de las entidades de crédito estaba en España plenamente adaptada a los requisitos exigidos por el Acuerdo de capitales de 1988 e incorporados al ordenamiento comunitario.

El proceso de adaptación había sido iniciado por la Ley 13/1985, de coeficientes de inversión y recursos propios¹, que consagró en nuestro ordenamiento jurídico el principio de suficiencia de recursos propios de los grupos de las entidades de depósito, estableciendo, además, para tales grupos un régimen obligatorio de consolidación de cuentas que permitiera calibrar su verdadera situación patrimonial, régimen que tras la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, se amplió a toda clase de entidades de crédito mediante el Real Decreto 1044/1989, sobre recursos propios de entidades de crédito distintas de las de depósito.

Tras nuestra incorporación a la Comunidad Europea, la Ley 13/1992, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras² supuso la plena adecuación de la regulación bancaria al contenido de las Directivas de las Comunidades Europeas relacionadas con la solvencia y la actividad de las entidades de crédito: la

¹ Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros (BOE de 28).

² Ley 13/1992, de 1 de junio, de Recursos propios y supervisión en base consolidada de las Entidades Financieras (BOE de 2).

Directiva sobre fondos propios³, la segunda Directiva Bancaria⁴ y la Directiva sobre coeficiente de solvencia⁵.

La Ley tuvo su desarrollo reglamentario en el Real Decreto 1343/1992⁶ y en la Circular 5/1993 del Banco de España⁷ sobre determinación y control de los recursos propios mínimos.

2. La Directiva 2006/48 CRD.

Conjuntamente con la Directiva 2000/12⁸ que sustituyó, derogándolas, a las tres directivas antes citadas, el conjunto de normas que acabamos de exponer constituyeron el bloque que reguló la solvencia de las entidades de crédito en la Unión Europea y en España hasta su sustitución por Basilea II, coincidiendo prácticamente con el inicio de la crisis⁹.

El Comité de Basilea aprobó Basilea II en junio de 2004 y, tras el informe de 2005 sobre la aplicación a las actividades de negociación¹⁰, la versión integral se publicó en junio de 2006.

³ Directiva del Consejo de 17 de abril de 1989 relativa a los fondos propios de las entidades de crédito (89/299/CEE) (DO del 5.5.1989).

⁴ Segunda Directiva 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 (89/646/CEE) (DO de 30.12.89).

⁵ Directiva del Consejo de 18 de diciembre de 1989 sobre el coeficiente de solvencia de las entidades de crédito (89/647/CEE) (DO de 30.12.89).

⁶ Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras (BOE de 7 de diciembre).

⁷ Circular 5/1993 del Banco de España, de 26 de marzo, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos (BOE de 8 de abril).

⁸ Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de marzo de 2000 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (DO de 26.05.2000).

⁹ Téngase en cuenta en este sentido que la CRD entró en vigor el 1 de enero de 2007 y la crisis comenzó a mediados de ese mismo año; no parecen justificadas por ello las críticas que imputan las causas de la crisis a la regulación emanada de la CRD, con apenas unos meses de vigencia.

¹⁰ BCBS. The Application of Basel II to Trading Activities and the Treatment of Double Default Effects. June 2005.

La adopción de Basilea II por la Unión Europea se llevó a cabo mediante las Directivas 2006/48¹¹ y 2006/49¹² que se conocieron conjuntamente como *Capital Requirement Directive* o CRD, que debía ser adoptada y publicada por los Estados miembros a más tardar el 31 de diciembre de 2006, para su entrada en vigor el 1 de enero de 2007, salvo algunos aspectos puntuales en los que se permitía un periodo de adaptación mayor.

En España, con un cierto retraso, la trasposición de la CRD se realizó mediante la Ley 36/2007¹³, que modificó la Ley 13/1985, y que tuvo su desarrollo reglamentario en el Real Decreto 216/2008¹⁴ y en la Circular 3/2008 del Banco de España sobre determinación y control de los recursos propios mínimos¹⁵.

La CRD contenía no menos de un centenar de opciones y discrecionalidades nacionales que permitían a los Estados miembros adaptar determinados requerimientos a las peculiaridades de sus sistemas y mercados financieros, pero que, lejos de conseguir un único conjunto de normas para todas las entidades de la Unión, desvirtuaron la igualdad competitiva dentro del Mercado Único, dificultaron la comparación entre bancos y facilitaron el arbitraje regulatorio. En España, en términos generales, se optó por las alternativas más conservadoras en aras de elevar la solvencia y fortaleza de las entidades.

¹¹ Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (refundición). (DO de 30.6.2006).

¹² Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito (refundición) (DO de 30.6.2006)

¹³ Ley 36/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y otras normas del sistema financiero (BOE de 17).

¹⁴ Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras (BOE de 16).

¹⁵ Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos (BOE de 10 de junio).

3. La CRR /CRD IV y el nuevo marco regulatorio en la Unión

La crisis movió, como hemos visto, al Comité de Basilea a introducir las sustanciales mejoras que dieron lugar a Basilea III. En la Unión, la propia crisis impulsó importantes cambios institucionales que culminaron en la Unión Bancaria para el área del euro y que en el terreno de la solvencia bancaria tuvo dos consecuencias para el conjunto de entidades de la Unión y no solo del área del euro.

Por un lado se acordó el establecimiento de un conjunto armonizado de normas prudenciales en las áreas de solvencia, resolución, garantía de depósitos y supervisión bancarias, el llamado *Single Rule Book*¹⁶, al que ya nos hemos referido, que asegure la aplicación uniforme de Basilea III en el conjunto de Estados miembros y contribuya al funcionamiento del Mercado Único.

Por otra parte, se ha producido un cambio sustancial en los instrumentos legislativos empleados. Con anterioridad a la crisis, salvo contadas excepciones, la regulación prudencial de las entidades de crédito en la Unión se plasmaba en Directivas, cuyo desarrollo normativo correspondía a los Estados miembros y, ocasionalmente, se acompañaba de Guías emitidas por el entonces Comité Europeo de Supervisores Bancarios (*Committee of European Banking Supervisors*, CEBS). Tras las reformas, el Reglamento ha pasado a ocupar el lugar central. Los requerimientos de solvencia, que constituyen la norma prudencial bancaria por excelencia, se regulan ahora en un Reglamento¹⁷, el conocido como CRR (*Capital Requirement Regulation*) que junto a la CRD IV¹⁸ (*Capital Requirement Directive*) han sustituido a la anterior CRD¹⁹. Para el

¹⁶ <http://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/single-rulebook>

¹⁷ Reglamento (UE) n° 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° 648/2012 (DO de 27.06.2013).

¹⁸ 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 (DO de 27.6.2013).

¹⁹ El término CRD IV es debido a que la Directiva 2006/48 CRD fue modificada por otras dos directivas que se designaron como CRD II y CRD III, todas ellas derogadas por la CRD IV: respectivamente, la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por la que se

conjunto de los Estados participantes en la Unión Bancaria, además, la trasposición de las Directivas se realiza también por Reglamento comunitario en aquellos aspectos que han quedado dentro del ámbito de las competencias del SSM²⁰ y del SRM²¹, dejando a los Estados miembros la trasposición a sus respectivos ordenamientos nacionales del resto de contenidos.

Tres elementos más están contribuyendo a elevar la complejidad de la legislación: por un lado el incremento de los instrumentos, otrora infrecuentes en el ámbito bancario, que el Tratado denomina actos no legislativos (artículos 290 y 291 TFUE), derivados de mandatos contenidos en la legislación de primer nivel que se concretan en reglamentos delegados y de ejecución, adoptados por la Comisión y en casos específicos por el Consejo y, también cuando así lo prevé la norma de rango superior, previa elaboración por la Autoridad Bancaria Europea ya sea de la correspondiente norma técnica de regulación o de ejecución (los llamados *binding technical standards*), ya sea de *technical advices* dirigidos al legislador correspondiente. Por otra parte, tal como prevé su propio estatuto²² y los Reglamentos y Directivas se encargan de concretar, la Autoridad Bancaria Europea tiene encomendada la misión de emitir Directrices/Guías (*Guidelines*) con finalidades diversas y dirigidas tanto a las entidades como a los organismos supervisores. Finalmente, por la aparición de nuevas

modifican las Directivas 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2007/64/CE en lo que respecta a los bancos afiliados a un organismo central, a determinados elementos de los fondos propios, a los grandes riesgos, al régimen de supervisión y a la gestión de crisis (DO de 17.11.2009), y la Directiva 2010/76/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010 por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE en lo que respecta a los requisitos de capital para la cartera de negociación y las re titulizaciones y a la supervisión de las políticas de remuneración (DO de 14.12.2010).

²⁰ Reglamento (UE) n° 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 (DO de 29.10.2013).

²¹ Reglamento (UE) n° 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) n° 1093/2010 (DO de 30.07.2014).

²² 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 (DOUE de 31 de 15.12.2010).

CAPÍTULO TERCERO.
LA REGULACIÓN BANCARIA

instituciones investidas de potestades para emitir reglamentos (el BCE en su calidad de autoridad de supervisión), directrices (la Junta Única de Resolución) o avisos y recomendaciones (la Junta Europea de Riesgo Sistémico²³)

Básicamente, el Reglamento CRR contiene el Pilar 1 de Basilea, es decir los requerimientos mínimos de capital en función de los riesgos de crédito, de contraparte, de mercado y operacional, los límites a los grandes riesgos, los requerimientos de liquidez y apalancamiento y las obligaciones de Pilar 3. La Directiva CRD IV por su parte, en lo que a requerimientos de solvencia se refiere, desarrolla el Pilar 2, los requerimientos de colchones de capital y las potestades del supervisor ante incumplimientos reales o potenciales de la totalidad de los requerimientos .

En el plano nacional, la Ley 10/2014²⁴ ha traspuesto a nuestro ordenamiento la CRD IV y ha desarrollado todos aquellos aspectos en los que el Reglamento CRR otorga un margen de discrecionalidad a los Estados miembros²⁵. El desarrollo reglamentario de la Ley se ha concretado en el Real Decreto 84/2015²⁶ y la futura Circular x/2015 del Banco de España que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) n° 575/2013.

²³ 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 (DO de 15.12.2010).

²⁴ Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. (BOE de 27 de junio)

²⁵ “ ..., como regla general, el Banco de España ha optado por tomar los plazos más largos permitidos por el Reglamento (UE) n.º 575/2013 y los coeficientes correctores menos exigentes, a los efectos de cumplir de la manera más eficaz la finalidad pretendida. No obstante, en ciertos casos en que la normativa española, en particular, en la Circular del Banco de España 3/2008, de 22 de mayo, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos (en adelante, CBE 3/2008), venía siendo más exigente que la permitida por el Reglamento (UE) n.º 575/2013, esta se ha considerado un suelo, a partir del cual se ejercitaría la opción”. Circular 2/2014, de 31 de enero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre el ejercicio de diversas opciones regulatorias contenidas 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 (BOE de 5 de febrero).

²⁶ 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 (BOE de 14 de febrero).

V. LA REGULACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO

Junto a la reforma de la regulación prudencial, es decir la dirigida a mejorar e incrementar la solvencia de las entidades de crédito, el segundo gran bloque de medidas surgidas de la crisis es el relativo a la resolución de las entidades de crédito inviables. A ellas nos referiremos con mayor detenimiento en varios de los siguientes capítulos, por lo que dejaremos aquí simplemente apuntado el marco general surgido de las iniciativas adoptadas bajo el impulso de la crisis.

El estándar internacional en materia de resolución en el surgido el *Financial Stability Board* (FSB) con el título de *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*²⁷ que, aunque referido a entidades de importancia sistémica, es tomado como referencia con carácter general.

La Unión Europea adoptó el estándar y lo adaptó para su aplicación al conjunto de entidades de la Unión, no solo a las sistémicas, mediante la Directiva 2014/59²⁸, conocida como BRRD (por *Banking Recovery and Resolution Directive*).

Con la puesta en marcha de la Unión Bancaria, el Reglamento del Mecanismo Único de Resolución²⁹ (MUR) ha pasado a regular todos aquellos aspectos de la BRRD que entran dentro de las competencias de la Junta Única de Resolución y, paralelamente, ha sido precisa la transposición de la BRRD al ordenamiento jurídico de cada una de los Estados miembros participantes en el MUR.

²⁷ FSB. *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*. 15 October 2014.

²⁸ 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) n° 1093/2010 y (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO de 12.06.2014).

²⁹ Reglamento (UE) n° 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) n° 1093/2010 (DO de 30.07.2014).

CAPÍTULO TERCERO.
LA REGULACIÓN BANCARIA

En España la trasposición ha sido realizada por la Ley 11/2015 de recuperación y resolución de entidades de crédito³⁰, completada con el Real Decreto 1012/2015³¹, que, entre otros aspectos, ha designado a la autoridad de resolución, optando por una doble atribución de funciones, al Banco de España las preventivas y al FROB las ejecutivas; ha otorgado a este último un nuevo estatuto; ha creado el Fondo Nacional de Resolución; y, en fin, ha ordenado en su totalidad el proceso de recuperación y resolución de entidades de crédito en España, sustituyendo a la regulación anterior, que se había construyendo prácticamente al dictado de los acontecimientos conforme se desarrollaba la crisis del sector.

³⁰ Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (BOE de 19).

³¹ Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito (BOE de 7).

CAPÍTULO CUARTO. CRISIS BANCARIAS

I. LAS CRISIS BANCARIAS

1. Introducción

La expresión crisis bancarias tiene varias acepciones, de las que nos interesa destacar dos en concreto: una, de carácter genérico, estaría referida a una situación en la que, en un país o en un área geográfica, el sistema bancario en su conjunto atraviesa una situación de dificultad extrema, generalmente asociada a una crisis económica de especial intensidad (como podría ser el caso de la reciente crisis financiera); y una segunda, referida a entidades concretas que, por diversas causas, devienen inviables a título individual.

Aunque dedicaremos un apartado más adelante a la descripción de la reciente crisis financiera iniciada en 2007 y a la crisis bancaria que de manera más o menos generalizada la acompañó, el concepto de crisis bancaria que estamos desarrollando a lo largo de este trabajo está referido a la segunda de las acepciones, es decir, a la crisis de entidades individualmente consideradas, mientras que en la primera acepción su análisis requeriría de un enfoque macroeconómico y de soluciones sectoriales,

macroprudenciales, si bien, en último término, se trataría igualmente de gestionar la crisis de cada una de las entidades individuales afectadas.

Así entendida, crisis es sinónimo de inviabilidad: un banco entra en crisis cuando resulta inviable. Dejando al margen la definición legal de inviabilidad en el marco del procedimiento de resolución que será tratado en un capítulo posterior, una entidad de crédito es inviable cuando, tras agotar las posibilidades de solucionar sus dificultades por sus propios medios, ya sea vendiendo activos, negocios o ramas de actividad, ya sea apelando al mercado para captar nuevos recursos de accionistas, su situación financiera no le permite continuar con sus actividades, por incumplimiento de los requisitos legales para el ejercicio de la actividad y/o por imposibilidad material de atender sus compromisos.

Enfrentada a esta situación, hasta no hace mucho a una entidad de crédito solo le cabían tres posibilidades:

- ser adquirida por otra entidad; tanto da que se trate de la adquisición de sus activos y pasivos, en cuyo caso la entidad inviable deja de existir, como de la adquisición de la mayoría o la totalidad de su capital, situación en la entidad subsiste y pasa a ser una filial de la adquirente;
- ser auxiliada con recursos públicos, en forma de capital (acciones ordinarias) o de deuda (participaciones preferentes, obligaciones convertibles, ...); o
- entrar en un procedimiento concursal para su liquidación.

A estas tres posibilidad hay que añadir ahora una cuarta, la resolución ordenada, que trataremos más adelante, y que constituye la respuesta que el ordenamiento ha incorporado recientemente a los instrumentos disponibles por la Administración para atajar las situaciones de crisis, de inviabilidad, de entidades de crédito, tras la experiencia de los pasados años en la que, entre otros factores, se ha evidenciado el componente esencialmente injusto de las ayudas públicas, que gravan al contribuyente en beneficio del acreedor e incluso del accionista bancario, además de distorsionador de la competencia, y lo inadecuado del procedimiento concursal para afrontar una crisis bancaria cuando ésta incorpora elementos sistémicos y supone riesgo de contagio a otras entidades.

Conviene no obstante precisar que el procedimiento concursal continua siendo, no solo el adecuado, sino el recomendable, para la liquidación –el convenio de acreedores es prácticamente inviable en el concurso de un banco de depósitos- de entidades en las que concurre una doble circunstancia: se declara el concurso en una fase en que la situación de la entidad es de inviabilidad pero no de quiebra, es decir, en el momento en que el valor de realización de la totalidad de sus activos es superior o igual al valor de reembolso de la totalidad de sus pasivos, lo que permite satisfacer a los acreedores y con el exceso, si lo hubiera, a los accionistas¹; y sus interconexiones con otras entidades no son de la suficiente magnitud como para que el concurso afecte significativamente a la situación financiera de éstas, es decir, no se genera riesgo sistémico.

El carácter sistémico o no de la crisis es uno de los principales condicionantes a la hora de elegir el procedimiento adecuado para afrontar una situación de inviabilidad. En ausencia de este componente, el concurso es la alternativa lógica, si bien, iniciado a destiempo, tardíamente, comportará con alta probabilidad pérdidas para los acreedores -distintos de los garantizados por el correspondiente sistema de garantía de depósitos o cubiertos con garantías reales-, situación que afecta negativamente a la confianza en el funcionamiento del sistema y que, a su vez, puede alimentar eventuales situaciones de crisis en otras entidades, de ahí la crucial importancia del “punto de entrada”, tanto en concurso, como en resolución (volveremos más adelante sobre este aspecto), es decir del momento en que se produce la declaración judicial o administrativa de inviabilidad de la entidad de crédito.

2. Generalizaciones respecto de las crisis bancarias.

Aún a riesgo de generalizar en exceso, las crisis bancarias comparten todas ellas un conjunto de elementos comunes que se presentan de manera recurrente a lo largo del tiempo:

¹ En España, fue liquidado en un procedimiento concursal ordinario Eurobank del Mediterráneo (que satisfizo los saldos de la totalidad de sus acreedores) y, más recientemente, ha entrado en concurso Banco de Madrid, en este segundo caso, su inviabilidad estuvo motivada por un problema reputacional (y no de solvencia)

- una serie de circunstancias que alimentan la generación de crisis; circunstancias, casi siempre más de una, que coinciden en el tiempo y tienen un efecto acumulativo;
- un evento desencadenante de la crisis, frecuentemente exógeno a las propias entidades afectadas e incluso al sistema financiero;
- el tardío reconocimiento del problema, en la falsa confianza de la posibilidad de reversión de la situación y en la errónea creencia de que el tiempo es un aliado; y
- en el caso de crisis del alcance sistémico, la adopción por la Administración de soluciones parciales, dadas las reticencias de las autoridades a la hora de asumir el coste para las arcas públicas.

A estos elementos habría que añadir, probablemente, las carencias del ordenamiento para proveer de instrumentos con los que afrontar las crisis bancarias, más allá del procedimiento concursal habilitado en el ámbito mercantil. Las reticencias de los poderes públicos a la hora de intervenir en procesos que, desde la óptica del Estado liberal democrático, corresponden a relaciones entre privados, y una cierta percepción del papel de la Administración como mero árbitro que debería mantenerse al margen, justifican estas carencias que, con la última crisis, han demostrado ser una falsa creencia, costosa e inapropiada: son excepción las crisis en las que el Estado no tiene que intervenir finalmente aportando recursos, en mayor cuantía de la que habría correspondido de haberse afrontado el problema desde su inicio, y con soluciones que distan mucho de ser las óptimas, tanto desde el punto de vista económico-financiero como de su repercusión en los acreedores y los contribuyentes.

De manera implícita son estos elementos los que están presentes en el diseño regulatorio de los mecanismos de prevención y gestión de crisis que se han desarrollado en los últimos años, con los que se pretende hacer frente a las debilidades observadas: elevación de los requerimientos, de capital y liquidez, exigidos a las entidades para operar; intensificación de la regulación y supervisión prudenciales; adopción de medidas de intervención temprana; otorgamiento al supervisor de potestades exorbitantes; y fijación de un procedimiento específico de gestión de crisis, tanto para sus etapas preparatorias como para su ejecución.

3. Causas de la crisis de una entidad de crédito

Entre las circunstancias que contribuyen de manera acumulativa a generar las situaciones de crisis de las entidades de crédito² cabría señalar:

- la inadecuada gestión de los riesgos;
- el crecimiento acelerado del crédito, alimentado por un exceso de liquidez;
- la excesiva concentración de riesgos en determinados sectores o acreditados;
- la relajación de los estándares en la asunción de riesgos durante las fases de bonanza económica (que aflorarán como fallidos en las fases recesivas);
- las refinanciaciones sin justificación económica real (rodar la pelota), ocultando la falencia real;
- el infraprovisionamiento de las pérdidas latentes³;
- el reconocimiento de ingresos incobrables (por el mero devengo contable);
- la realización de pagos de dividendos, cupones e impuestos sobre la base de resultados ficticios (mientras hay liquidez disponible);
- la ocultación de los problemas, acudiendo a prácticas contables enmascaradoras de la realidad;
- la asunción creciente de riesgos en busca de más elevados beneficios que permitan compensar las pérdidas ocultadas;
- la ineficacia de los controles internos y externos (auditorías);
- en último término, las prácticas fraudulentas, y
- una supervisión distante, permisiva en exceso e incluso tolerante ante expectativas de reversión de la situación.

Los eventos desencadenantes pueden responder tanto a factores macroeconómicos, no necesariamente relacionados de manera directa o indirecta con la actividad bancaria

² Seguimos en este apartado a ARISTÓBULO DE JUAN, “Enseñanzas de la crisis española - y de otras crisis - que no deben olvidarse. Un enfoque no convencional”, Conferencia pronunciada en el Fondo Monetario Internacional, Washington, octubre 2014.

<http://www.forodeforos.org/uploads/lectura/32a65bcd56273407feb85ff9a8d58fc45625e29e.pdf>

³ El citado autor considera un grave error el que, con la adopción de las NIC, se haya relegado el principio de prudencia: *Según este principio, si se vislumbra un problema, debe registrarse de manera inmediata. Por el contrario, las buenas perspectivas únicamente deben registrarse cuando se materializan.*

(de ahí la importancia que se otorga a la supervisión macroprudencial y al seguimiento de los riesgos sistémicos), como a factores endógenos, entre los que las crisis de liquidez⁴ y la pérdida de la confianza de los depositantes, acreedores y contrapartes son los más frecuentes, como, en fin, a la actuación del supervisor, con la adopción de medidas de intervención a las que nos referiremos en posteriores capítulos.

La experiencia acumulada en las pasadas crisis indica que el retraso en la adopción de medidas, una actuación condescendiente o titubeante del supervisor, la insuficiencia o inadecuación de los instrumentos jurídicos de intervención, la renuencia a adoptar medidas que comportan un coste fiscal, entre otros factores, agravan las situaciones de crisis y generan riesgo de contagio.

II. LA CRISIS FINANCIERA INICIADA EN 2007

1. Introducción.

En un capítulo anterior desarrollamos la historia de la regulación bancaria en España hasta 2007. El motivo de este corte temporal tiene que ver con el hecho de que la crisis económica y financiera iniciada ese año ha supuesto un cambio sustancial en la regulación bancaria en lo que a medidas de prevención y gestión de crisis bancarias se refiere, y obliga a una mínima reflexión sobre las causas y las consecuencias de esta última crisis⁵.

La razón del fuerte impacto que esta crisis ha tenido sobre la regulación bancaria tiene que ver, probablemente, con el hecho de que se trata de una de las de mayor magnitud, en extensión y profundidad, de las últimas décadas y de que se ha manifestado de muy diversas maneras, afectando a una diversidad de países, sectores económicos, monedas e incluso instituciones.

⁴ A. DE JUAN sostiene que *“Como regla general puede afirmarse que si un banco requiere asistencia de liquidez por unos meses, probablemente existe ya una insolvencia oculta y....creciente”*.

⁵ Seguimos en este apartado el esquema desarrollado en S. PERNÍAS SOLERA, *Crónica de la crisis económico-financiera (2007-2013)*. Revista de Derecho de la Unión Europea, nº 27 y 28, 2014-2015.

De la magnitud dan cuenta las cifras macroeconómicas, que colocan la intensidad de las variables significativas (caídas del PIB, del empleo, del comercio mundial, producción industrial, flujos financieros, ...) entre las más elevadas del último medio siglo a nivel global, afectando tanto a países desarrollados como a las ahora denominadas economías emergentes.

La diversidad de manifestaciones ha quedado reflejada en las denominaciones que la crisis ha ido recibiendo en las diversas etapas, interrelacionadas unas veces y en paralelo otras, por la que ha atravesado: crisis de las hipotecas *sub-prime*, de confianza, del euro, de los Estados periféricos, etc., a las que dedicaremos los próximos apartados, centrándonos en aquellos aspectos directamente relacionados con la actividad y la regulación bancarias.

2. La fase del ciclo anterior a la crisis

La economía o, más precisamente, las variables económicas se desarrollan en ciclos, de forma que a una fase expansiva de crecimiento le sigue una fase contractiva y en ocasiones de crisis. La fase inmediatamente anterior a 2007, que fue denominada como la Gran Moderación⁶, estuvo caracterizada por un periodo inusualmente prolongado de aproximadamente 20 años de reducida volatilidad de las principales magnitudes económicas en un gran número de países, con crecimiento económico a nivel mundial, a un ritmo sostenido y sin grandes altibajos, combinado con una inflación que se fue suavizando hasta casi estabilizarse en los últimos años, un incremento de los flujos económicos internacionales y una extensión de la globalización. A esta situación contribuyó el comportamiento de las economías emergentes, que combinaron fuertes tasas de crecimiento con una tendencia a la moderación en su inflación, lo que ha supuesto que su peso en la economía mundial se haya incrementado significativamente⁷.

En la Unión Europea esta fase del ciclo corrió de forma paralela a la introducción del euro como moneda común de 11 Estados miembros en 1999. La política monetaria

⁶ B.S. BERNANKE, The Great Moderation, February 20, 2004

⁷ INTERNATIONAL MONETARY FUND, World Economic Outlook Database, October 2013.

desarrollada por el Eurosistema (el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales del área del euro) consiguió cumplir con el mandato de mantener la estabilidad de precios en niveles muy próximos (*below but close*) al objetivo del 2% anual. La eurozona pasó a representar la segunda economía del mundo tras Estados Unidos y el euro se consolidó como moneda alternativa al dólar en las transacciones comerciales y financieras a nivel global.

En España, el periodo 1994-2008 inmediatamente anterior a la crisis es uno de los de mayor éxito económico de nuestro país, como reflejan algunas cifras referidas a las principales variables: 15 años de crecimiento ininterrumpido del PIB a tasas anuales por encima de la media de Unión Europea; creación de 8 millones de puestos de trabajo; deuda pública por debajo del 40% del PIB (60% de media en la UE); tasa de desempleo en el 8,5% (2007) tras recibir a un millones de inmigrantes; PIB per cápita próximo a la media de la Unión (era del 75% en 1986); y algo tan inusual en las cuentas públicas españolas, como hemos visto en el capítulo anterior, como el superávit en las cuentas del Estado durante tres años consecutivos (2005, 2006 y 2007).

A nivel global, la política monetaria paso a ocupar un papel central como instrumento de gestión de la economía gracias a los innegables éxitos alcanzados en el control de la inflación y en la atenuación de los efectos de las diversas crisis, de menor alcance, que se manifestaron en el periodo, mediante estímulos monetarios que permitieron el retorno al crecimiento en un corto espacio de tiempo. La extensión de la globalización, la ingeniería financiera y la fe desenfrenada de los políticos en las virtudes de las fuerzas del mercado⁸, caracterizaron también a la Gran Moderación

3. Los desequilibrios acumulados.

Junto a los innegables éxitos económicos del periodo, durante el mismo se fueron acumulando una serie de desequilibrios y se gestaron las causas que desencadenaron la crisis en 2007. Sin ánimo de exhaustividad, entre estas causas se encuentran los desequilibrios globales (*global imbalances*) en las balanzas de pagos por cuenta

⁸ J. VIÑALS, “After Five Years: Some Lessons from the Financial Crisis”. *Moneda y Crédito*, núm. 235, 2013.

corriente⁹, con un conjunto de países que venían manteniendo de manera recurrente signo positivo y creciente en relación a su PIB de su balanza (China, las economías del este asiático, los países exportadores de petróleo y Alemania), a la vez que otros países han mantenido déficits por cuenta corriente de manera también habitual durante estos años (Estados Unidos, Reino Unido y España, que alcanzó en 2007 una cifra máxima de déficit del 10% sobre el PIB).

El incremento de los recursos financieros disponibles en manos de los países exportadores, cuyos niveles de consumo crecieron a menor ritmo del que lo hacían sus ingresos, generó elevadas tasas de ahorro y, una vez atendida la inversión doméstica, la consiguiente capacidad de financiación (*the global saving glut*) se orientó hacia los países desarrollados, necesitados de financiación para compensar la balanza, y cuya deuda pública y privada continuaba gozando de la confianza de los mercados financieros internacionales, fenómeno que se dio en llamar de huida hacia la seguridad¹⁰.

La elevada oferta de fondos prestables procedentes de los países exportadores netos y el recurso de la política monetaria a la bajada de tipos como mecanismo de impulso a la economía ante amenazas de recesión, contribuyeron al significativo descenso de los tipos de interés de las principales monedas (dólar USA, euro y libra esterlina).

La existencia de liquidez abundante, bajos tipos de interés, crecimiento económico continuado, inflación moderada y elevado empleo, tuvo dos consecuencias apreciables y fue el escenario propicio en el que se fraguó la crisis.

La primera de las consecuencias fue que familias y empresa elevaron considerablemente su endeudamiento, que se destinó, no tanto al incremento del consumo de bienes y servicios, cuanto al aumento de sus tenencias de activos (*balance*

⁹ La balanza de pagos por cuenta corriente se define como la diferencia entre los ingresos y los pagos al/del exterior por exportaciones e importaciones de bienes (balanza comercial), servicios (incluyendo turismo y viajes), rentas (del trabajo y del capital) y transferencias corrientes.

¹⁰ Un análisis de los factores, tanto macroeconómicos como estructurales, que han contribuido a estos procesos se encuentran en ASTLEY, M., GIESE, J., HUME, M. y KUBELEC, C. "Global imbalances and the financial crisis". *Quarterly Bulletin*. 2009 Q3. Bank of England.

sheet expansion), singularmente viviendas, lo que alimentó la burbuja de activos inmobiliarios en numerosos países desarrollados.

La segunda consecuencia, motivada por la baja rentabilidad de los activos financieros de mayor calidad y en general de otros muchos, debido a una incorrecta valoración del riesgo por parte de los agentes financieros,¹¹ fue la búsqueda de rentabilidad (*search for yield*) de los inversores institucionales, que fue atendida por la ingeniería financiera con la creación de nuevos productos y el desarrollo de algunos ya existentes, como las titulizaciones¹².

Junto a los desequilibrios por balanza de pagos y los reducidos tipos de interés, ocupan un lugar destacado entre las causas de la crisis las debilidades estructurales que presentaba el sistema financiero que, siguiendo a Bernake¹³, se concretaban en: la excesiva dependencia de inestable financiación a corto plazo, especialmente entre las entidades de la llamada banca en la sombra (*shadow banking*¹⁴); deficiencias en la gestión del riesgo, tanto por parte de los emisores como de los inversores; excesivo apalancamiento¹⁵ (*leverage*) de empresas, familias y entidades financieras; la utilización masiva con fines especulativos de derivados negociados fuera de mercados organizados (*over the counter, OTC*) sin una adecuada capacidad de gestión del riesgo que comporta

¹¹ Para hacerse una idea del alcance de esta apreciación, baste recordar que a finales de 2006 el diferencial de rentabilidad entre un bono a 10 años del Tesoro de los Estados Unidos (AAA) y uno bono corporativo *high-yield* (por debajo de BBB) era de tan solo 300 puntos básicos.

¹² La titulización de activos consiste básicamente en empaquetar un conjunto de activos financieros (préstamos, bonos u otros instrumentos de deuda) de características más o menos homogéneas, y transferirlos a un vehículo (*Special Purpose Vehicle, SPV*) que se financia mediante la emisión de títulos (bonos de titulización) agrupados en varios tramos con distinta prelación, es decir, con distinta posición en el orden de absorción de pérdidas en caso de que éstas se produzcan. Se consigue con ello movilizar activos normalmente ilíquidos, como los préstamos, diluir el riesgo de crédito entre un conjunto amplio de inversores y ofrecer a éstos diferentes valores negociables adaptados a sus apetencias, cada uno de los cuales representa una distinta combinación de rentabilidad, liquidez y riesgo.

¹³ B.S. BERNANKE, Statement by Ben S. Bernanke, Chairman of the Board of Governors of the Federal Reserve System before the Financial Crisis Inquiry Commission. Washington, D.C. September 2, 2010

¹⁴ Shadow Banking: *the system of credit intermediation that involves entities and activities outside the regular banking system*, en la definición dada por el Financial Stability Board.

¹⁵ Apalancamiento, en la terminología financiera, es la utilización de recursos ajenos tomados en préstamo para financiar inversiones, con el fin de obtener el rendimiento a ellas asociado en mayor medida de lo que se conseguiría con la utilización exclusivamente de fondos propios.

su uso; lagunas en la regulación y deficiencias en la supervisión financiera, también de manera especial respecto del sistema bancario en la sombra; la ausencia o la ineffectividad de una supervisión macroprudencial; y el problema de las entidades demasiado grandes para dejarlas caer (*too big to fail*¹⁶).

La regulación o su ausencia, contribuyeron a la acumulación de riesgos en el sistema, en la medida en que se infravaloraron riesgos como los de contraparte, de mercado o de liquidez, se ignoraron las interconexiones entre entidades de importancia sistémica y se confió en la capacidad de autoregulación de los mercados.

En el caso concreto de España, también fue acumulando desequilibrios durante la fase alcista del ciclo económico, como el mantenimiento de tasas de inflación por encima de la media de la UE, alimentadas por sectores no expuestos a la competencia exterior, la consiguiente pérdida de competitividad de nuestra economía y los elevados déficits por cuenta corriente. La inversión, que creció a buen ritmo, se orientó de manera significativa hacia el sector de la construcción y promoción inmobiliaria y se financió apelando a los mercados exteriores, cuyo acceso quedaba facilitado por nuestra pertenencia al euro, los bajos tipos de interés y la escasa discriminación en función del riesgo realizada por los prestamistas. La situación quedó reflejada en la magnitud de algunas cifras: la inversión en el sector de la construcción alcanzó el 22% del PIB en 2006, se construían del orden de 800 mil viviendas al año y, por el lado de la financiación, la tasa de crecimiento del crédito al sector privado llegó a superar el 25% anual y el nivel de endeudamiento de empresas y familias se situó por encima del 200% del PIB.

4. Inicio de la crisis. La crisis de confianza

Como anotábamos en la sección anterior, toda crisis necesita un detonante para manifestarse y en el caso de esta última crisis, el detonante fueron los préstamos *sub-prime*. En Estados Unidos se conoce con el nombre de préstamos *sub-prime* a los

¹⁶ A *too-big-to-fail* firm is one whose size, complexity, interconnectedness, and critical functions are such that, should the firm go unexpectedly into liquidation, the rest of the financial system and the economy would face severe adverse consequences. BERNANKE, *Ibidem*.

concedidos a acreditados que, atendiendo a su capacidad de pago, no alcanzan el mínimo requerido con los estándares de solvencia habitualmente exigibles, pero en los que el reembolso del préstamo se consideraba asegurado por un supuesto incremento futuro del valor de la vivienda. El auge de este tipo de préstamos fue propiciado por la práctica de la titulización de activos, que permite que el originador del préstamo, tras su transmisión al vehículo de titulización, se desvincule del riesgo (el modelo conocido como de originar para distribuir, OTD), por lo que carece de interés en atender a la solvencia del deudor (sus ingresos son función del volumen de comisiones cobradas en la originación y no de los intereses que, en el futuro, pagará -o no-, el prestatario).

Cuando los precios de las viviendas en diversos Estados norteamericanos comenzaron a caer hacia 2006, un número considerable de prestatarios *sub-prime*, incapaces de atender sus compromisos, vieron desaparecer el recurso de pagar el préstamo con la venta de la vivienda, porque el valor de mercado de ésta había caído y resultaba ser ya inferior al importe de la deuda, con lo que la morosidad (*delinquency*) se disparó. La consecuencia de esta morosidad se reflejó inmediatamente en el valor de los títulos de los numerosos vehículos de titulización que tenían como subyacente, en una proporción considerable, los préstamos *sub-prime* originados durante el *boom*¹⁷; y se originó una crisis de confianza en el sistema.

Más que por las pérdidas en sí¹⁸, la crisis estaba justificada por la falta de credibilidad que afectó al conjunto del sistema: los inversores no podían conocer el verdadero valor de sus títulos, ni cómo les afectaría la morosidad de los deudores últimos (el modelo de titulización se había vuelto totalmente opaco), ni los efectos que tendría en los balances de los bancos (que en muchos casos patrocinaban a los vehículos de titulización).

¹⁷ En 2006, el 23,5% de los préstamos hipotecarios originados en Estados Unidos eran *subprime*; las dos terceras partes fueron titulizados. Véase, *The Financial Crisis Inquiry Report*, FCIC, January 2011. <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-FCIC/pdf/GPO-FCIC.pdf>

¹⁸ De hecho, se calcula que las pérdidas agregadas de valor, directamente imputables al conjunto de hipotecas *subprime* originadas en Estados Unidos, apenas representan una cifra equivalente a las que se registran en un solo día a nivel global en las bolsas de valores. Véase B.S. BERNANKE, Some reflection on the crisis and the policy response, New York, 13 April 2012.

Las “turbulencias financieras” que se extendieron de mediados de 2007 a septiembre de 2008 tuvieron su reflejo en un incremento de los tipos de interés y un descenso de la liquidez en los mercados interbancarios de depósitos sin garantías reales. La crisis de confianza alcanzó dimensiones dramáticas a nivel mundial poco después con la quiebra de Lehman Brothers¹⁹, cuyos efectos se extendieron globalmente, alcanzaron a entidades financieras de numerosos países y dieron lugar a una crisis de confianza y de liquidez sin precedentes, que obligó a intervenir a los bancos centrales con masivas inyecciones de liquidez en el sistema.

5. Recesión económica

Tras la explosión de la burbuja de activos inmobiliarios y la crisis financiera, agravada tras el episodio de Lehman, la pérdida de confianza en la solidez de los balances de los intermediarios financieros y la consiguiente aversión a contraer riesgos con ellos, la práctica desaparición de algunos de los mercados habituales de financiación bancaria, la contracción de la liquidez a nivel global y la consiguiente disminución de la disponibilidad de crédito para los sectores productivos, dieron paso a una crisis del sector real de la economía, que se manifestó en una fuerte caída de los precios de los activos, tanto reales como financieros, una brusca contracción de la producción a nivel mundial, una reducción de los flujos comerciales internacionales y la entrada en recesión²⁰ de numerosas economías avanzadas.

En el plano bancario, los efectos de la crisis de confianza se dejaron notar con especial intensidad en los países cuyos sistemas financieros habían sido muy activos, ya sea como originadores, ya como inversores, en los mercados de titulizaciones, lo que dio lugar a la caída de algunas entidades significativas y a la total o parcial nacionalización o al rescate de otras con ayudas públicas en Alemania (Hypo Real

¹⁹ El Gobierno de los Estados Unidos, ante la imposibilidad de alcanzar una solución negociada, como pocos meses antes había ocurrido con Bear Stearns (comprado in extremis, con ayuda pública, por JPMorgan Chase), optó por dejar caer a Lehman que se declaró en quiebra el 15 de septiembre de 2008.

²⁰ En la convención generalmente utilizada, una economía se encuentra en recesión tras dos trimestres consecutivos de crecimiento negativo de su PIB.

Estate, Commerzbank), Reino Unido (Northern Rock, Royal Bank of Scotland, Lloyds-HBOS), Bélgica (Fortis) y Holanda (ING) entre otros.

6. La crisis de la eurozona y del euro

La crisis financiera y económica afectó, por distintas razones y con diferente intensidad, a varios países de la zona euro de entre los conocidos como periféricos, término un tanto despectivo utilizado para referirse a aquellos estados miembros de la Unión distintos de los países (centroeuropeos y nórdicos) cuyas economías muestran una mayor fortaleza.

Grecia, con unos elevados desequilibrios en sus cuentas públicas, alertó de sus dificultades para hacer frente al pago de su cuantiosa deuda pública y del elevado riesgo sistémico que ello significaba para la eurozona, en la medida en que una proporción significativa de la misma se encontraba en poder de instituciones financieras europeas, y en la primavera de 2010 se instrumentó un primer programa de rescate a Grecia, que fue seguido al año siguiente por medidas similares respecto de Irlanda y Portugal.

La dificultad de los países periféricos del euro para contener sus déficit presupuestarios y las dudas que ello originó en su capacidad para atender el pago de su creciente deuda pública, unido a la lentitud e ineficiencia de las instituciones comunitarias arrojaron serias dudas, alimentadas además por algunos líderes políticos, acerca de la continuidad de la moneda única y se barajó la posibilidad de que algunos Estados abandonasen el euro²¹, incertidumbre que se reflejó en sus respectivas primas de riesgo²² que se dispararon a niveles impensables desde la puesta en marcha del euro,

²¹ Véase: BANCO DE ESPAÑA. “La crisis del área del euro”. *Informe Anual*, 2012

²² La prima de riesgo representa el sobreprecio en términos de tipo de interés anual que, por razón de su solvencia, un emisor (un Estado en este caso) debe pagar para colocar en el mercado sus títulos de deuda, en comparación con un título de características similares tomado como referencia por ser considerado libre de riesgo o de riesgo muy bajo. En la UEM el título de referencia habitualmente utilizado para la deuda pública es el bono alemán a 10 años.

y que en el caso de España llegó a alcanzar 600 puntos básicos²³ en el punto más álgido de la crisis del euro a mediados de 2012.

Como quiera que el artículo 125 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incorpora la conocida como “regla de no *bail-out*”, en el sentido de que ni los Estados miembros ni la propia Unión asumen ni responden de los compromisos de otro Estado miembro, descartándose la posibilidad de que un Estado deba ser rescatado por los demás, fue preciso activar diversos programas de ayuda a países en dificultades que no implicaban una garantía solidaria y universal por parte de los demás Estados o de la Unión, ante el temor de que los efectos de la crisis en las cuentas públicas de los países periféricos pudiesen acabar comprometiendo la existencia de la moneda única.

A solicitud de los Estados afectados y sometidos al cumplimiento de estrictas condiciones²⁴, los programas de ayuda se han llevado a cabo mediante tres instrumentos: el Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera (*European Financial Stabilisation Mechanism*; EFSM); la Facilidad Europea de Estabilidad Financiera (*European Financial Stability Facility*; EFSF); y el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) (*European Stability Mechanism*; ESM)²⁵, este último creado en 2013 por un Tratado suscrito por los Estados del euro-área²⁶ con la forma jurídica de institución

²³ 100 puntos básicos equivalen a 1 punto porcentual, es decir un 1% de interés anual. Así, el que la prima de riesgo de un país del área del euro sea de 1.000 puntos básicos significa que habrá de pagar por su deuda a 10 años un interés anual 10 puntos porcentuales más que Alemania.

²⁴ Véase la Decisión del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2011 que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro (2011/199/UE) (DO de 6.4.2011), que supuso de la modificación del Tratado de Funcionamiento de la Unión, mediante la adición de un nuevo apartado 3 al artículo 136: “*Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas*”.

²⁵ Véase: BANCO CENTRAL EUROPEO. “El Mecanismo Europeo de Estabilidad”. *Boletín Mensual*, julio 2011

²⁶ <http://www.european-council.europa.eu/media/582311/05-tesm2.en12.pdf>.

intergubernamental, y entre sus posibilidades de actuación está la de financiar a los gobiernos para la recapitalización de sus sistemas financieros²⁷.

En términos generales, los rescates estuvieron condicionados al acatamiento por parte del país receptor de una serie de medidas de austeridad presupuestaria, materializados en compromisos concretos de reducción de la deuda y el déficit públicos por la vía de incrementar los ingresos fiscales (supresión de la gratuidad de determinados servicios, imposición de tasas, subidas de impuestos,...) y la reducción de gastos laborales y asistenciales (reducción de prestaciones, disminución de empleados públicos, recortes salariales,...).

7. La crisis financiera en España. La reestructuración del sistema crediticio

En España, durante la fase expansiva del ciclo económico una proporción muy significativa de la inversión se orientó hacia la actividad inmobiliaria, que constituyó el principal motor de crecimiento y empleo en los años de bonanza, financiada, tanto la construcción como la adquisición de las viviendas terminadas, por las entidades de crédito españolas que, ante la insuficiencia del ahorro doméstico, recurrieron a la captación de recursos en mercados mayoristas en el exterior. Por este motivo, la crisis tuvo en España ese doble efecto, sobre la producción y el empleo por un lado y afectando al sistema crediticio, singularmente a las cajas de ahorros, por otro.

Respecto al primero, la evolución del PIB presentó signo negativo en 15 trimestres, en dos periodos (9 y 6 meses), sin duda la etapa más prolongada de recesión de la democracia y se estima que es un 30% inferior al que se habría alcanzado de mantener la tendencia de crecimiento medio del periodo 1990-2007; y la tasa de paro se elevó a niveles del 27% de la población activa, con un 50% de desempleados entre los menores de 25 años.

En cuanto al segundo de los efectos, la excesiva concentración de riesgos en el sector de la construcción y promoción; deficiencias en los sistemas de control y gestión

²⁷ Esta posibilidad fue la utilizada por España para obtener del MEDE financiación en condiciones ventajosas, por hasta 100 mil millones de euros, para la reestructuración del sistema financiero español.

del riesgo; un modelo de gobierno corporativo excesivamente vulnerable a los intereses políticos regionales; las dificultades para captar capital dada la naturaleza jurídica de las cajas de ahorros, fallos en el régimen de supervisión prudencial y, en algunos casos, una desafortunada gestión empresarial, explican la intensidad con que la crisis afectó a las cajas de ahorros españolas, lo que obligó a su reestructuración con fondos públicos y a la reordenación del sector en su conjunto y que, tras un primer intento de agrupación de cajas de ahorros en los conocidos como SIP²⁸ (intento a la postre fallido en la mayoría de los casos por cuanto las agregaciones obedecieron más a intereses políticos locales que a criterios de racionalidad económica), culminó con la Ley 26/2013²⁹, tras la cual las cajas de ahorros (todas excepto dos de reducido tamaño) han transferido la totalidad de su actividad bancaria a una entidad con la forma jurídica de banco y se han transformado en fundaciones ordinarias o en fundaciones bancarias³⁰, con ciertas limitaciones en cuanto a su participación en el capital de aquel y con órganos de gobierno diferenciados.

El proceso de saneamiento del sistema financiero español requirió de ayudas públicas y a tal fin, el Gobierno de España suscribió el Memorando de entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera (conocido como MoU por sus siglas en inglés), en virtud del cual nuestro país recibió asistencia financiera en forma de préstamo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) por hasta 100 mil millones de euros, para la reestructuración del sistema financiero.

²⁸ Sistema Institucional de Protección (SIP). Se trata de una figura en la que dos o más entidades ponen en común la gestión de riesgos y ciertos mecanismos de solidaridad en capital, liquidez y beneficios, sin llegar a constituir un grupo económico (no se cede el control a la entidad líder). Se espera que con ello el resultado agregado sea mejor que el que obtendrían las entidades, especialmente las más débiles, por separado.

Respecto de la configuración jurídica de los SIP, véase: F. MÍNGUEZ HERNÁNDEZ, “Estructuras de integración contractuales entre entidades de crédito. Los denominados sistemas institucionales de protección”. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 7, 2010.

²⁹ Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (BOE de 28).

³⁰ Definidas en la Ley 26/2013: *Se entenderá por fundación bancaria aquella que mantenga una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración.*

El FROB se hizo con el control de las entidades inviables, que fueron saneadas con recursos públicos, a lo que se destinaron aproximadamente 40 mil millones de euros (de los 100 mil disponibles), parte de sus activos fueron transferidos a la SAREB³¹ y las entidades vendidas, en la generalidad de los casos con fuertes pérdidas, salvo dos de ellas que todavía permanecen bajo control del FROB (Bankia y BMN). Los accionistas de las entidades reestructuradas, las antiguas cajas, perdieron la totalidad de su inversión y una parte de las pérdidas fue asignada a los tenedores de instrumentos híbridos (participaciones preferentes y obligaciones subordinadas), mediante quitas del principal de los títulos o canje por acciones³², atendiendo a la exigencia comunitaria de reparto de la carga (*burden sharing*) entre accionistas y acreedores con carácter previo a la recepción de ayudas públicas. Una vez completada la reordenación de las entidades fallidas³³, el programa de ayuda de la Unión Europea para la reestructuración de nuestro sistema financiero se dio prácticamente por concluido en noviembre de 2013³⁴.

8. Respuesta europea a la crisis

En la Unión Europea se emprendieron toda una serie de medidas para superar la crisis y restaurar las heridas ocasionadas en la economía del conjunto de la Unión y los sistemas financieros de los países afectados, medidas impulsadas por los propios gobiernos de los Estados miembros, por el Banco Central Europeo y por las instituciones comunitarias.

Los Estados miembros han desarrollado diferentes programas de estímulo a la economía para impulsar el crecimiento y reparar sus sistemas bancarios afectados en

³¹ Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB), regulada por el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos (BOE de 16).

³² Lo que ha originado no pocos problemas debidos a su defectuosa comercialización entre clientela minorista.

³³ La evolución de la totalidad del proceso se puede seguir en un apartado de la página web del Banco de España dedicado a “La reestructuración del sistema financiero en España”.

<http://www.bde.es/bde/es/secciones/prensa/infointeres/reestructuracion/>

³⁴ Véase, Statement by the Eurogroup on Spain, 14/11/2013.

<http://eurozone.europa.eu/newsroom/news/2013/11/statement-by-the-eurogroup-on-spain/>

unos casos por la crisis global de confianza y en otros por aspectos más locales, relacionados con el estallido de las burbujas inmobiliarias o por la crisis de deuda soberana de los países periféricos. En el marco del régimen de ayudas de Estado previsto en el ordenamiento comunitario³⁵ el volumen de los auxilios concedidos al sector financiero en la Unión en forma de ayudas públicas de capital ha representado en torno al 5% de PIB agregado (España estaría situada en la media de la Unión Europea)³⁶.

En el desarrollo de este cometido, la Comisión Europea ha venido emitiendo una serie de Comunicaciones³⁷, hasta siete, a través de las cuales se ha proporcionado

³⁵ El artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que *serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones*. No obstante, se recogen en el mismo artículo (apartado 3.b) determinadas excepciones a este principio cuando las ayudas están destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro; y se habilita a la Comisión (artículo 108) para examinar los regímenes de ayudas existentes en los Estados miembros, determinar su compatibilidad con el mercado interior y proponer las medidas apropiadas para el correcto funcionamiento de éste

³⁶ Sobre el coste de la crisis, véanse: M. MARTÍN FERNÁNDEZ, El coste de las crisis financieras. Presentación en el Encuentro APIE. Universidad Menéndez Pelayo, Santander, 20 de junio de 2013. AEB. <http://www.aebanca.es/cs/groups/public/documents/presentaciones/01-201303129.pdf>; y J. MAUDOS, “State aid to Spain’s banking sector in the EU context”. *SEFO Spanish Economic and Financial Outlook*. Volume 2, Number 5, September 2013. FUNCAS

³⁷ 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 bancaria de 2008») (DO C 270 de 25.10.2008, p. 8); Comunicación de la Comisión — 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») (DO C 10 de 15.1.2009, p. 2); 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») (DO C 72 de 26.3.2009, p. 1); 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») (DO C 195 de 19.8.2009, p. 9); 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») (DO C 329 de 7.12.2010, p. 7); 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») (DO C 356 de 6.12.2011, p. 7) y Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de agosto de 2013, de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas

orientación detallada sobre los criterios de compatibilidad con el mercado interior de las ayudas estatales concedidas al sector financiero durante la crisis financiera³⁸.

Adicionalmente a las ayudas a los sistemas financieros, los Estados miembros de la Unión, especialmente los más afectados por la crisis, han emprendido una serie de reformas estructurales, en la mayoría de los casos de corte liberalizador, justificadas por la necesidad de eliminar rigideces en los mercados, incluido el de trabajo, y elevar la competitividad de la economía, con la finalidad de retornar al crecimiento y reducir el elevado desempleo y, por otra parte, se han puesto en marcha programas de consolidación fiscal³⁹, también llamados de austeridad, con el objetivo de reducir el elevado déficit público y contener el crecimiento de la deuda, por el procedimiento de incrementar los ingresos y reducir el gasto público, tanto el meramente coyuntural derivado de la propia crisis, como ocurre con las prestaciones por desempleo, como el estructural, directamente relacionado con el tamaño del Estado y los niveles de prestaciones que este proporciona a los ciudadanos.

Los resultados distan mucho de ser satisfactorios. La Unión Europea en su conjunto viene mostrando estos últimos años una reducidas tasas de crecimiento, y ni los volúmenes de deuda pública sobre PIB ni las tasas de desempleo en los Estados miembros con dificultades muestran síntomas de una recuperación significativa tras ocho años de crisis.

de apoyo en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera («Comunicación bancaria») (DO C 216 de 31.7.2013, p. 1).

³⁸ Sobre el régimen comunitario de ayudas a la banca, véase: F. URÍA FERNÁNDEZ, “Crisis financiera, mecanismos de apoyo a las entidades de crédito en dificultades y derecho de la competencia”. *Estabilidad Financiera* nº 18, mayo 2010, Banco de España; y S. MORENO GONZÁLEZ, “Los fondos públicos al sector bancario y el régimen de ayudas de estado”. *Perspectivas del Sistema Financiero* nº 101, 2011, FUNCAS.

³⁹ En este contexto de mayores requerimientos de rigor fiscal se enmarca la Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011 (BOE de 27), consagrando el principio de estabilidad presupuestaria de las administraciones públicas y estableciendo límites al déficit estructural y al volumen de deuda pública en los niveles establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados miembros, límites que sólo podrán superarse en circunstancias extraordinarias que pudiesen afectar seriamente a la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado.

Por su parte, el papel del Banco Central Europeo⁴⁰ (BCE) durante la crisis ha consistido, fundamentalmente, en suministrar liquidez al sistema financiero, mediante operaciones en las que de manera progresiva se han ido ampliando las cantidades prestadas, reduciendo los tipos de interés y flexibilizando las condiciones en cuanto a garantías exigidas y plazos de reembolso. Pero, probablemente, la principal aportación del BCE a la resolución de la crisis haya sido el generar confianza, contribuyendo de manera decisiva a despejar las dudas que ensombrecieron la continuidad del euro como moneda común; en especial las declaraciones de su Presidente en julio de 2012 manifestando la disposición del BCE para hacer lo que hiciese falta para preservar el euro⁴¹, lo que unido a los programas de compra de bonos soberanos en los mercados secundarios hizo que se redujeran sensiblemente las primas de riesgo de los países periféricos una vez desprovistas del riesgo de redenominación.

9. Las reformas emprendidas por las instituciones de la Unión Europea

El tercero de los agentes, junto a los Estados miembros y el BCE, involucrados en la salida de la crisis ha sido la propia Unión Europea que, en lo que al sistema financiero se refiere, ha desplegado una intensa actividad en cuatro frentes: los mecanismos de respaldo financiero a los que nos hemos referido en un punto anterior, las propuestas de reforma de la Unión Económica y Monetaria y las modificaciones institucionales y legislativas ya emprendidas en el sistema europeo de supervisión y la Unión Bancaria.

9.1. Sistema europeo de supervisión financiera

Un segundo aspecto de las actuaciones de la Unión Europea es el relacionado con el establecimiento del sistema europeo de supervisión financiera, siguiendo el esquema diseñado por el grupo de expertos liderados por Jacques de Larosière a los que la Comisión confirió en 2008 el mandato de asesorar sobre el futuro de la legislación y la

⁴⁰ J.L.MALO DE MOLINA, “La respuesta del Banco Central Europeo a la crisis”. *Boletín Económico*, julio-agosto 2013. Banco de España.

⁴¹ “..., *the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the euro. And believe me, it will be enough*”. Mario DRAGHI, President of the European Central Bank at the Global Investment Conference in London. 26 July 2012.

supervisión comunitarias en materia financiera⁴². El sistema, del que también son partícipes el conjunto de bancos centrales y autoridades de supervisión nacionales, se concretó en la creación y puesta en funcionamiento en 2010 de la Junta Europea de Riesgo Sistémico y tres nuevas autoridades europeas de supervisión⁴³: la Autoridad Bancaria Europea, la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación y la Autoridad Europea de Valores y Mercados⁴⁴.

9.2. “Towards a genuine Economic and Monetary Union”

El Informe⁴⁵ elaborado en junio de 2012 por el Presidente del Consejo Europeo en colaboración con los presidentes de la Comisión, el Eurogrupo y el BCE, con una serie de propuestas para avanzar, a lo largo de la próxima década, hacia una Unión Económica y Monetaria reforzada. El Informe contempla un conjunto de acciones que los Estado miembros que tienen el euro como moneda común consideran necesarias para asegurar la estabilidad e integridad de la Unión Económica y Monetaria, con el

⁴² The High-Level Group on Financial Supervision in the EU. Report. Brussels, 25 February 2009

http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_es.pdf [Informe Larosièrè]

⁴³ F. MÍNGUEZ HERNÁNDEZ, “Las Autoridades Europeas de Supervisión: estructura y funciones”, Revista de Derecho de la Unión Europea, nº 27 y 28, 2014-2015

⁴⁴ Reglamento (UE) nº. 1092/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010, relativo a la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión Europea y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico (DO de 15.12.2010).

Reglamento (UE) nº. 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), se modifica la Decisión nº. 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión (DO de 15.12.2010).

Reglamento (UE) nº 1094/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación), se modifica la Decisión nº. 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/79/CE de la Comisión (DO de 15.12.2010).

Reglamento (UE) nº. 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), se modifica la Decisión no 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/77/CE de la Comisión (DO de 15.12.2010).

⁴⁵ H. VAN ROMPUY, Towards a genuine Economic and Monetary Union, Brussels, 26 June 2012. http://ec.europa.eu/economy_finance/crisis/documents/131201_en.pdf

compromiso político de ponerlas en práctica conforme a una hoja de ruta⁴⁶ preestablecida, agrupadas en cuatro bloques:

- Unión Bancaria.- Un marco financiero integrado que asegure la estabilidad financiera en el área del euro en particular y minimice el coste de las crisis bancarias para los ciudadanos europeos, eleve la responsabilidad de la supervisión a nivel europeo, proporcione mecanismos comunes para resolver bancos y garantice los depósitos de los clientes.
- Unión Fiscal.- Un marco presupuestario para asegurar una sana política fiscal a nivel nacional y europeo, que incluya coordinación, toma conjunta de decisiones, mayor vigilancia del cumplimiento y los pasos adecuados hacia la emisión común de deuda, y que podría incluir también diferentes formas de solidaridad fiscal⁴⁷.
- Unión Económica.- Un marco integrado de política económica, para la coordinación sistemática *ex ante* de las principales políticas económica (tal como se prevé en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza⁴⁸) y que contenga mecanismos suficientes para asegurar que las políticas nacionales y europeas promueven el crecimiento sostenible, el empleo y la competitividad, y son compatibles con el adecuado funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria.
- Fortalecimiento de la legitimidad democrática.- Con el fin de asegurar la necesaria legitimidad democrática y responsabilidad en el proceso de toma de decisiones, basada en el ejercicio conjunto de la soberanía para las políticas comunes y la solidaridad.

10. La Unión Bancaria

Con la finalidad de romper el círculo vicioso entre deuda soberana y deuda bancaria y acabar con la fragmentación financiera dentro del área del euro, la Unión Bancaria es

⁴⁶ H. VAN ROMPUY, Towards a genuine Economic and Monetary Union. 5 December 2012. http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/134069.pdf

⁴⁷ J.M. TEJERIZO LÓPEZ, “La Unión fiscal en la UE (una visión general)”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº. 27-28, 2014-2015

⁴⁸ http://european-council.europa.eu/media/639235/st00tscg26_en12.pdf

el bloque en el que más se ha avanzado⁴⁹ y al que dedicaremos mayor atención en los próximos capítulos, atendiendo a sus componentes:

- *Single Rule Book*.- En junio de 2013 se aprobaron el Reglamento y la Directiva de requerimientos de capital de las entidades de crédito y las empresas de inversión, conocidos conjuntamente como CRR/CRD IV⁵⁰, trasponiendo al ordenamiento jurídico de la Unión los acuerdos internacionales en materia de solvencia bancaria de Basilea III y, en desarrollo de estos, la Autoridad Bancaria Europea ha venido elaborando los borradores de Normas Técnicas de Regulación y de Ejecución, que una vez aprobadas por la Comisión en forma de Reglamentos han comenzado a entrar en vigor a partir del 1 de enero de 2014; normas que, en conjunto, forman el bloque de la regulación aplicable de manera completamente armonizada a la totalidad de entidades de crédito de la Unión Europea⁵¹.
- Mecanismos Único de Supervisión (MUS).- En octubre de 2013 se aprobó el Reglamento 1024/2013 (*Single Supervisory Mechanism Regulation*, SSM)⁵² que encomienda al Banco Central Europeo la supervisión prudencial de la totalidad de las entidades de crédito del área del euro, competencias que ha comenzado a ejercer de forma efectiva a partir del 4 de noviembre de 2014, de manera directa

⁴⁹ J. RODRÍGUEZ PELLITERO, “La Unión Bancaria en el contexto de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27 y 28, 2014-2015.

⁵⁰ Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012; y 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. (DO de 27.6.2013 ambos).

⁵¹ El *Single Rule Book* aunque no es exclusivo del área del euro, sino aplicable a la totalidad de entidades de la Unión Europea, lo hemos incluido, no obstante, en este apartado por entender que constituye igualmente uno de los elementos esenciales de la Unión Bancaria.

⁵² Reglamento (UE) Nº 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito. (DO de 29.10.2013).

sobre las entidades de mayor tamaño e importancia sistémica (unas 130) y a través de los supervisores nacionales sobre el resto (unas 6.000 entidades)⁵³.

- Mecanismo Único de Resolución.- La Directiva de recuperación y resolución de entidades de crédito⁵⁴ (*Banking Recovery and Resolution Directive, BRRD*)⁵⁵, aprobada en junio de 2014, estableció el marco armonizado para la intervención en una fase temprana y, en su caso, la resolución de bancos en dificultades, con la finalidad de minimizar el coste para los contribuyentes. En el ámbito de la Unión Bancaria, el Reglamento estableciendo un mecanismo único de resolución de entidades de crédito (*Single Resolution Mechanism, SRM*)⁵⁶ ha establecido una Junta única de resolución para los bancos del área del euro, y se ha creado un Fondo único de resolución, constituido con aportaciones ex ante de las propias entidades de crédito que se irán mutualizando de forma progresiva durante los próximos años; y, por otra parte, se está avanzando en la posibilidad de establecer un mecanismo para que el MEDE pueda recapitalizar directamente (y no a través de sus respectivos gobiernos) a los bancos con problemas.

⁵³ F. URÍA, “El Mecanismo Único de Supervisión: El primer paso hacia la Unión Bancaria”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*. “La banca ante el siglo XXI”. Nº 3 y 4, 2013

R. UGENA TORREJON, “El Mecanismo Único de Supervisión Europeo”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27 y 28, 2014-2015.

J.C. LAGUNA DE PAZ, “El mecanismo europeo de supervisión bancaria”, *Revista de administración pública*, Nº 194, 2014.

⁵⁴ 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 (DO de 12.06.2014).

⁵⁵ F. CONLLEDO LANTERO, “El marco comunitario para la recuperación y resolución de entidades de crédito”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27 y 28, 2014-2015

⁵⁶ Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) nº 1093/2010 (DO de 30.07.2014).

- Sistemas de garantía de depósitos.- También en 2014 se alcanzó un acuerdo plasmado en la Directiva 2014/49 de sistemas de garantía de depósito (*Deposit Guarantee Schemes Directive*, DGSD)⁵⁷, sobre la armonización de los sistemas de garantía de depósitos nacionales, ya armonizados con anterioridad en cuanto a la cuantía garantizada (100.000 euros por depositante y entidad), pero no respecto de otros elementos sustantivos como el régimen de aportaciones⁵⁸ (ex ante y ex post), las contrapartes incluidas de la garantía, un eventual sistema de apoyos mutuos ya que no de solidaridad y el nivel que debe alcanzar y las posibilidades de actuación del fondo de garantía de depósitos.

11. Las reformas en España

En España, todas estas medidas han tenido su reflejo, tanto en las instituciones, que han tenido que adaptarse a la nueva estructura institucional de la Unión Bancaria, como en la legislación, con la trasposición de las citadas Directivas al ordenamiento jurídico nacional.

Respecto de las instituciones, el Banco de España en su calidad de supervisor bancario, se ha integrado en el Sistema Europeo de Supervisión Europea y, tras la entrada en funcionamiento de la Unión Bancaria, en el Mecanismo Único de Supervisión, bajo la dirección del Banco Central Europeo que ha asumido las competencias en materia de supervisión prudencial de las entidades de crédito, hasta ahora atribuidas en exclusiva al Banco de España.

Los tres Fondos de Garantía de Depósitos existentes antes de la crisis han sido refundidos en un único Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (FGDEC) de nueva creación, cuyos recursos, hasta prácticamente agotarse, han jugado un papel trascendental durante la crisis.

⁵⁷ 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). (DO de 12.6.2014)

⁵⁸ S. PERNÍAS SOLERA, S. “El régimen de aportaciones a los fondos de garantía de depósitos y de resolución tras la Unión Bancaria”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 140, octubre-diciembre 2015.

El Fondo Único de Resolución Ordenada Bancaria (FROB) creado en 2009 para gestionar la reestructuración del sistema bancario, ha recibido un nuevo estatuto jurídico en 2015 y se ha integrado en el Mecanismo Único de Resolución europeo en su calidad de autoridad de resolución ejecutiva, con el Banco de España como autoridad de resolución preventiva.

Queda pendiente de concreción la creación de una autoridad macroprudencial, cuyas funciones, transitoriamente, han sido asumidas también por el Banco de España.

Por lo que se refiere al ámbito normativo, la intensidad de las reformas legislativas ha alcanzado a la práctica totalidad de la regulación bancaria que había estado vigente durante el último cuarto de siglo. La transposición de la Directiva CRD IV y la regulación de aquellos aspectos del Reglamento CRR que requieren de desarrollo por la legislación nacional dieron pie a la Ley 10/2014 de ordenación, supervisión y solvencia (LOSS)⁵⁹, que ha pasado a regular los aspectos básicos de la actividad bancaria (autorización, requerimientos de solvencia de Pilar 2, colchones de capital, Pilar 3, régimen sancionador,...) derogando las normas que constituían la columna vertebral del ordenamiento bancario en nuestro país: la Ley 13/1985 de recursos propios y la Ley 24/1988 de Disciplina, e incluso lo que quedaba de la septuagenaria Ley de Ordenación Bancaria de 1946.

La transposición de la Directiva BRRD ha supuesto igualmente, mediante la Ley 11/2015 de recuperación y resolución de entidades de crédito⁶⁰, la culminación del proceso de reformas legislativas que, desde el Real Decreto-ley 9/2009⁶¹, ha ordenado el la reestructuración del sistema bancario en España mediante sucesivas normas dictadas conforme se desarrollaba la crisis.

⁵⁹ Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE de 27).

⁶⁰ Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (BOE de 19).

⁶¹ Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito (BOE de 27).

La nueva regulación de las cajas de ahorros⁶², de los establecimientos financieros de crédito⁶³, del capital riesgo⁶⁴ y de la auditoría de cuentas⁶⁵, son solo algunas más del conjunto de normas que tienen su origen en el proceso de reforma surgido de la crisis.

12. Conclusiones

Los efectos de la crisis se han dejado sentir de diferente manera en los distintos sectores económicos y en diferentes países. En todos los casos, el Estado ha tenido que jugar un papel decisivo como corrector de los desequilibrios primero e impulsor del crecimiento económico después; y en el reparto de los costes, han sido los contribuyentes los que han asumido una significativa porción de la factura, incluyendo la correspondiente a la reestructuración de los dañados sistemas bancarios.

En la Unión Europea, a pesar de los programas de ayuda de los Estados miembros, las aportaciones de liquidez -y de confianza- del Banco Central Europeo y las reformas institucionales emprendidas por la Unión, la respuesta a la crisis ha sido tardía, desigual, y de resultados poco satisfactorios, ensombrecidos por el deficiente diseño de la Unión Monetaria y por los errores cometidos en el diagnóstico de la crisis y en la aplicación de las soluciones, de forma que persisten, agravadas, las diferencias entre países (y entre las posibilidades de sus ciudadanos); y las previsiones para los próximos años no son especialmente optimistas.

En España, con la economía retornando a tasas positivas de crecimiento, la reestructuración del sistema crediticio se ha dado por concluida, aunque subsisten algunas dudas sobre la viabilidad futura de las entidades surgidas de los procesos de concentración o que han subsistido con dificultades. La reforma del ordenamiento bancario ha dispuesto una completa batería de medidas de prevención de crisis de las

⁶² Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (BOE de 28).

⁶³ Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (BOE de 28).

⁶⁴ Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE de 13).

⁶⁵ Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (BOE de 21).

que cabe esperar que sean capaces de contener nuevos episodios de inestabilidad en el sector, si llegaran a producirse.

III. GENERALIZACIONES SOBRE LAS CAUSAS DE LAS CRISIS

En los dos apartados anteriores hemos hecho referencia a determinados aspectos que están presentes en la generalidad de las crisis de entidades de crédito, en primer lugar, y a continuación, a las características de la situación económica y financiera previa y al desarrollo de la última gran crisis que ha tenido un alcance global, pero no es fácil relacionar ambas perspectivas, en especial cuando, como apuntábamos, si bien las causas de la crisis pueden ser factores exógenos a las entidades de carácter macroeconómico, en último término su manifestación es la crisis de entidades individualmente consideradas. Es decir, se requiere un ejercicio de análisis en cada caso para concluir cómo se traducen problemas globales en crisis particulares.

En este apartado intentamos llegar a un mayor grado de concreción sobre las causas de la crisis iniciada en 2007, incidiendo en aquellos aspectos que resultan generalizables y tiene una mayor incidencia en el comportamiento de las entidades.

Siguiendo la clasificación realizada por CLAESSENS y KODRES⁶⁶ a partir de la recopilación de trabajos de diversos autores, las causas de la crisis se pueden agrupar en cuatro causas comunes que se han mostrado en ésta y en anteriores crisis y cuatro nuevas causas que han aflorado en la última.

1. Causas comunes

- Un boom de crédito o, más frecuentemente, una rápida expansión financiera, que suele ir asociada a un deterioro de los estándares empleados por las entidades en la concesión de crédito y la consiguiente extensión de la financiación a segmentos de acreditados que resultan ser morosos (el fenómeno de los

⁶⁶ S. CLAESSENS and L. KODRES, “The Regulatory Response to the Global Financial Crisis.: Some Uncomfortable Questions”, *IMF Working Paper*, WP/14/46, March 2014.

préstamos *sub-prime* es un ejemplo). El hecho de que las burbujas de crédito suelen ir asociadas a un elevado apalancamiento las hace especialmente peligrosas.

- Una rápida apreciación del valor de los activos, en especial, inmobiliarios (como ocurrió en España). Como los activos son utilizados como garantía, su incremento de valor alimenta el crecimiento del crédito y el endeudamiento de las familias, cuyas consecuencias afloran con el estallido de la burbuja.
- La creación de nuevos instrumentos cuyo retorno descansa en la permanencia de condiciones económicas favorables, como las titulizaciones que dependen de los pagos de otros activos que constituyen el colateral de la titulización, cuyos riesgos no son completamente entendidos y valorados y su apreciación se hace descansar en la opinión de un tercero, como las agencias de rating.
- La liberalización financiera, la desregulación y la insuficiente supervisión, entre otros aspectos, los referidos a la supresión de la distinción entre bancos comerciales y de negocios en Estados Unidos⁶⁷, la utilización por las entidades de modelos internos de gestión de riesgos que no han ido acompañados de una capacidad supervisora equivalente, la escasa limitación en la toma excesiva de riesgos por los agentes y la deficiente supervisión de la banca en la sombra o las grandes entidades internacionales.

2. Nuevas causas

- La extensión y el rápido crecimiento del endeudamiento de los hogares. El hecho de que la morosidad hipotecaria se presente de manera simultánea en un gran número de deudores y el círculo vicioso que se genera con la caída del valor de las viviendas hipotecadas hace especialmente difícil gestionar la crisis y plantea otros problemas adicionales de tipo social.

⁶⁷ No parece que esta causa sea generalizable a Europa, donde un considerable número de entidades afectadas por la crisis desarrollaban un modelo de banca universal.

CAPÍTULO CUARTO. CRISIS BANCARIAS

- El elevado apalancamiento de un amplio espectro de agentes y mercados, que descansaba en la utilización como garantías de activos ilíquidos, cuyas bruscas caídas de valor generan un shock de confianza. El temor al incumplimiento de las contrapartes entre las entidades financieras, altamente apalancadas, débilmente capitalizadas, cortas de liquidez y con elevadas exposiciones fuera de balance, paralizó los mercados y complicó aún más la valoración de los activos de garantía.
- La complejidad y opacidad de las titulizaciones, el crecimiento explosivo de los derivados a nivel global y las turbias operaciones del sistema de banca en la sombra, que impulsaron el uso excesivo de la financiación mayorista a corto plazo en diversas modalidades no siempre bien entendidas y propiciaron la crisis de confianza..
- La integración financiera internacional, con un rápido incremento de los flujos de capital y la banca transnacional, que generan beneficios indudables en épocas de normalidad, pero que facilitan la rápida difusión de las crisis y dificultan la adopción de medidas coordinadas para su solución

CAPÍTULO QUINTO.

MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

I. CONTROLES DE ACCESO A LA ACTIVIDAD

1. Régimen de autorización administrativa para el acceso a la actividad

1.1. La autorización administrativa

• **Principio 5¹ – Criterios de autorización:** La autoridad encargada de conceder las licencias tiene potestad para establecer criterios y rechazar las solicitudes de establecimientos que no cumplan esos criterios. Como mínimo, el proceso de autorización incluye evaluar la estructura de propiedad y buen gobierno del banco y del grupo al que pertenece (incluida la adecuación e idoneidad de los consejeros y altos directivos), así como su plan estratégico y operativo, controles internos, gestión del riesgo y evolución prevista de su situación financiera (incluida la base de capital). Cuando el propietario u organismo matriz del banco propuesto sea extranjero, se recaba el consentimiento previo del supervisor del país de origen.

¹ BCBS. Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz. Septiembre de 2012.

La autorización es la técnica administrativa por excelencia de intervención de los poderes públicos en actividades económicas que, aun siendo de titularidad privada y desarrolladas por sujetos privados, resultan de interés general para la sociedad.

En su definición legal, autorizaciones son todos aquellos actos administrativos, cualquiera que sea su denominación específica, por los que, en uso de una potestad de intervención legalmente atribuida a la Administración, se permite a los particulares el ejercicio de una actividad, previa comprobación de su adecuación al ordenamiento jurídico y valoración del interés público afectado².

La necesidad de autorización administrativa para el ejercicio de la actividad bancaria se justifica por el papel central que ocupan las entidades de crédito en la economía del país. Se trata con ella de asegurar que quienes pretendan ejercerla reúnan las condiciones previstas por el ordenamiento en orden a preservar el correcto funcionamiento del sistema de pagos, el flujo del crédito a la economía, la seguridad de los depósitos, etc., vedando el acceso a quienes, por falta de solvencia, capacitación o transparencia, pudiesen poner en riesgo la estabilidad del sistema financiero.

La naturaleza jurídica de la autorización ha pasado por diferentes formulaciones desde su caracterización inicial como el levantamiento de una prohibición para el ejercicio de una actividad³. La remoción de límites al ejercicio de un preexistente derecho, es caracterización propia del Estado liberal⁴, ligada a la función de policía administrativa, que además permite diferenciar la autorización, en la que la titularidad del derecho subjetivo previo corresponde a un particular, de la concesión, en la que es la Administración la titular del derecho, cuyo concreto ejercicio delega.

² Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones (BOE de 20).

³ Idea que todavía aparece reflejada en nuestro ordenamiento: *Se prohíbe a toda persona, física o jurídica, no autorizada ni registrada como entidad de crédito el ejercicio de las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito y la utilización de las denominaciones propias de las mismas o cualesquiera otras que puedan inducir a confusión con ellas.* Artículo 3 de la LOSS

⁴ J.M. MICHAVILA NUÑEZ, “Autorizaciones”, en *Estudios de Derecho Público Bancario*, S. Martín-Retortillo Baquer (dir.), CEURA, Madrid, 1987.

En este esquema, la intervención de la Administración se agotaba en el acto autorizatorio, y eventualmente en el mantenimiento de una cierta capacidad sancionadora, pero sin interferir en la actividad desarrollada por el titular del derecho.

El funcionamiento del régimen autorizatorio en el Estado moderno dio paso a un entendimiento de la autorización como de naturaleza operativa, que trascendía el mero acto autorizatorio e incidía también sobre la constitución y la propia organización de la entidad autorizada (autorizaciones con naturaleza operativa; actos de organización), línea seguida en su momento, en relación con la autorización bancaria, por MARTÍN RETORTILLO para quien resulta cuestionable incluso que se pueda incluir entre los esquemas propios de la figura de la autorización y propone dejar al margen la discusión sobre si se trata de declarativa o constitutiva, por entender que es algo marginal, *frente al hecho cierto –que es el que importa destacar-, de que el requisito imprescindible para que una entidad pueda considerarse como tal entidad bancaria, aparece necesariamente determinado por la Administración.. La autorización suministra realmente a estas entidades el verdadero y autentico fiat creator⁵.*

La idea del derecho subjetivo preexistente y de remoción de una prohibición general como elementos característicos de la autorización administrativa fue puesta en cuestión por autores como MANZANEDO que considera que no hay derecho preexistente, sino intereses legítimos, expectativas de derecho, posibilidad de adquisición futura de la titularidad de un derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos que amparan intereses públicos⁶.

La revisión a su vez de esta última tesis se sustenta en la defensa del principio de libertad de empresa recogido en el artículo 38 de la Constitución, que consagra, a juicio de MICHAVILA NUÑEZ, un verdadero derecho subjetivo. La libertad de empresa es, no obstante, susceptible de restricciones, impuestas por Ley, en atención al interés

⁵ S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Crédito, banca y cajas de ahorros. Aspectos jurídico-administrativos*, Tecnos, Madrid, 1975, pág. 279.

⁶ Seguimos en este apartado a J.M. MICHAVILA NUÑEZ, J.M., “Autorizaciones”, en *Estudios de Derecho Público Bancario*, S. Martín-Retortillo Baquer (dir.), CEURA, Madrid, 1987, pág. 228, que cita el trabajo de J.A. MANZANEDO MATEOS, *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Madrid, 1968.

general. La autorización constituye un instrumento de delimitación, de concreción del contenido del derecho. Antes de autorizar existe un derecho subjetivo, que se mantiene después; la autorización no remueve límites al ejercicio de un derecho, sino que integra el contenido específico de ese derecho⁷. En esta misma línea de defensa del derecho subjetivo amparado por la Constitución, MAJIDE⁸ defiende el carácter inequívocamente declarativo de la autorización bancaria⁹.

Aunque referida a la actividad aseguradora, pero igualmente aplicable a la bancaria, LINDE PANIAGUA define la autorización como conformadora, *“esto es, una autorización que cumple varias funciones: es requisito imprescindible para el acceso a la actividad aseguradora; permite la revocación de la autorización en determinadas circunstancias; habilita para adoptar medidas cautelares y para intervenir en la liquidación de entidades de seguros y finalmente pone a disposición de la Administración un sistema sancionador de rigor poco común”*¹⁰.

En suma, volviendo a MARTIN RETORTILLO, *“es empresa bancaria únicamente aquella que el Poder público considera y habilita como tal”*, que sintetiza gráficamente la importancia del régimen autorizatorio en la regulación bancaria y que justifica la permanente evolución de los instrumentos administrativos en que se materializa la autorización, a medida que el ordenamiento ha ido acotando los requisitos objetivos y subjetivos exigibles, suprimiendo la capacidad discrecional de la Administración y precisando los conceptos jurídicos indeterminados, consecuencia lógica del paso de un régimen de autorización discrecional, como el contenido históricamente en el ordenamiento español hasta finales del siglo pasado, hacia un régimen casi en su

⁷ J. M. MICHAVILA NUÑEZ, “Autorizaciones”, en *Estudios de Derecho Público Bancario*, S. Martín-Retortillo Baquer (dir.), CEURA, Madrid, 1987, pág. 232.

⁸ M. MAJIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000.

⁹ En sentido contrario, la STS de 29 de diciembre de 1997 se pronunció acerca del carácter constitutivo de la autorización bancaria, atendiendo al hecho de que la actividad crediticia está sometida a la intervención de la Administración desde el inicio y esa intervención inicial, necesaria para el acceso a la actividad, se lleva a cabo a través del procedimiento de autorización.

¹⁰ E. LINDE PANIAGUA (coord.), *Parte especial del Derecho administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, Colex, 2ª edición, Madrid, 2012, pág. 210.

totalidad reglado, como el que, bajo el impulso de sucesivas Directivas europeas, se encuentra recogido en la actualidad en la LOSS y sus normas de desarrollo, si bien la autorización conserva algunos elementos (idoneidad de los accionistas; buena organización administrativa y contable; procedimientos de control interno adecuados) que otorgan a la Administración autorizante un amplio margen de apreciación.

1.2. Los requisitos de acceso a la actividad en la Unión Europea

1.2.1. *Las Directivas comunitarias*

En la Unión Europea la armonización de los requisitos para el acceso a la actividad de las entidades de crédito se acometió en 1977, mediante la Primera Directiva¹¹ sobre la coordinación de las disposiciones referentes al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, que, en lo referido a dichas entidades, desarrolló el artículo 57 del capítulo 2 sobre derecho de establecimiento, del título III referido a la libre circulación de personas, servicios y capitales del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

Desde entonces, el régimen de acceso ha estado regulado en las sucesivas Directivas reguladoras del ejercicio de la actividad y, especialmente, de los requerimientos de solvencia de las entidades de crédito que, a su vez, han ido incorporando al ordenamiento jurídico comunitario los estándares internacionales en la materia. Así, de manera esquemática, tras los acuerdos sobre capital bancario alcanzados en el marco del Comité de Basilea (*Basel Capital Accord*) en 1988, en lo que se conoce como Basilea I¹², la Primera Directiva fue reemplazada por la Directiva 2000/12¹³, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio. La revisión de los acuerdos de

¹¹ 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 a su ejercicio (DO de 17.12.1977).

¹² BCBS. International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards. Basle, July 1988

¹³ Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de marzo de 2000 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (DO de 26.5.2000).

Basilea que dieron lugar a Basilea II¹⁴ en 2004, motivaron su adopción en el ámbito comunitario mediante la Directiva 2006/48¹⁵, conocida como CRD (por *Capital Requirement Directive*), que tras sucesivas modificaciones fue finalmente sustituida, en paralelo a Basilea III¹⁶, por la actualmente vigente CRD IV¹⁷.

Partiendo de la reiterada definición comunitaria de entidad de crédito como una empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia, en la Unión Europea antes de comenzar sus actividades las entidades de crédito deben contar con la correspondiente autorización, otorgada conforme a la legislación del Estado miembro, afirmación esta última que resulta matizada en el caso de los Estados miembros participantes en el Mecanismo Único de Supervisión (MUS).

En el marco del MUS, la autorización para el acceso a la actividad la otorga el Banco Central Europeo, aunque se otorga a propuesta de las autoridades nacionales, conforme a la legislación nacional de los Estados miembros que, como mínimo, habrá de cumplir con los requisitos contenidos en la CRD IV. La denegación de autorización, por el contrario, la efectúa el supervisor competente conforme a su legislación nacional, en cuyo caso el procedimiento concluye a nivel nacional, o por el Banco Central Europeo que, una vez elevada propuesta de autorización por el supervisor nacional, podrá desestimarla si la considera contraria al ordenamiento comunitario, sin perjuicio de los recursos que en cada caso resulten pertinentes.

Las entidades de crédito gozan de reserva de actividad, en el sentido de que, en el territorio de la Unión, se prohíbe a las personas o empresas que no sean entidades de

¹⁴ BCBS. International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards. A Revised Framework. June 2004.

¹⁵ Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (refundición) (DO de 30.6.2006).

¹⁶ BCBS. Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems. December 2010.

¹⁷ 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 (DO de 27.6.2013).

crédito el ejercicio, con carácter profesional, de la actividad de recepción de depósitos u otros fondos reembolsables procedentes de particulares. Los Estados miembros podrán, no obstante, eximir de este requisito en determinadas circunstancias (autoridades regionales o locales, organismos internacionales u otras) siempre que se garantice la protección de los depositantes.

En cuanto a la denominación, podrán utilizar, en el territorio de la Unión, la misma que utilicen en el Estado miembro de su administración central, si bien, de existir riesgo de confusión, el Estado miembro de acogida podrá exigir la aposición a la denominación de ciertas menciones aclaratorias.

1.2.2. Requisitos para obtener la autorización¹⁸

Para obtener la autorización para operar como entidad de crédito se requiere:

- Disponer de fondos propios¹⁹ diferenciados o de un capital inicial no inferior a cinco millones de euros²⁰.
- Contar con al menos dos personas en la dirección efectiva de la actividad, que deberán tener la oportuna reputación, así como los conocimientos, competencias y experiencia indispensables para ejercer sus funciones.
- Que su administración central esté situada en el mismo Estado miembro que su domicilio social y en el que ejerzan realmente sus actividades.
- Comunicar la identidad de los accionistas o socios, directos o indirectos, personas físicas o jurídicas, que posean participaciones cualificadas²¹, y el

¹⁸ La ABE elaborará proyectos de normas técnicas de regulación a fin de especificar la información que debe proporcionarse a las autoridades competentes en la solicitud de autorización y proyectos de normas técnicas de aplicación sobre modelos de formularios, plantillas y procedimientos para la notificación de la información.

¹⁹ Integrados por uno o varios de los siguientes elementos:

- a) instrumentos de capital ordinario de nivel 1;
- b) cuentas de primas de emisión conexas a los instrumentos citados;
- c) ganancias acumuladas;
- d) otro resultado integral acumulado; y
- e) otras reservas.

²⁰ Si bien, los Estados miembros podrán autorizar categorías particulares de entidades de crédito cuyo capital inicial sea inferior, siempre que supere el millón de euros.

²¹ «Participación cualificada»: una participación directa o indirecta en una empresa que represente el

importe de dichas participaciones, o, si no hay participaciones cualificadas, la identidad de los veinte mayores accionistas o socios²².

- Acompañar la solicitud de autorización con un programa de actividades en el que se indique el tipo de operaciones previstas y la estructura organizativa de la entidad de crédito.

Se prevé un régimen de cooperación y consultas entre las autoridades competentes a la hora de realizar la evaluación, en caso de que los accionistas resulten ser una entidad de crédito, empresa de seguros o empresa de inversión (o la sociedad matriz o una persona física o jurídica que ejerza el control de una de ellas) autorizada en otro Estado miembro.

1.2.3. Causas de denegación

Las autoridades competentes para otorgar la autorización solo podrán oponerse cuando haya motivos razonables para ello sobre la base de los requerimientos que la propia Directiva establece o si la información aportada por el adquirente propuesto está incompleta. Los Estados miembros no podrán disponer que la solicitud de autorización sea examinada en función de las necesidades económicas del mercado, ni podrán imponer condiciones previas en cuanto al nivel de participación de socios o accionistas.

Atendiendo a la necesidad de garantizar una gestión sólida y prudente de la entidad de crédito y a la influencia probable de sus accionistas, se podrá denegar la autorización de iniciar la actividad de entidad de crédito:

- Si las autoridades competentes no estuvieran convencidas de la idoneidad de los accionistas, atendiendo a su reputación y su solvencia financiera, en especial en relación con el tipo de actividad que se prevea ejercer en la entidad de crédito;
- La capacidad de la entidad de crédito de cumplir de forma duradera los requisitos prudenciales, incluyendo si el grupo del que pasará a formar parte

10 % o más del capital o de los derechos de voto o que permita ejercer una influencia notable en la gestión de dicha empresa.

²² La ABE elaborará proyectos de normas técnicas de regulación a fin de especificar los requisitos aplicables a los accionistas y socios con participaciones cualificadas.

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

cuenta con una estructura que permita ejercer una supervisión eficaz, proceder a un intercambio efectivo de información y determinar el reparto de responsabilidades entre las autoridades competentes;

- La existencia de indicios razonables que permitan suponer que se están efectuando o intentado efectuar o se han efectuado operaciones de blanqueo de dinero o financiación del terrorismo, o que la adquisición propuesta podría aumentar el riesgo de que se efectúen tales operaciones;
- La existencia de vínculos estrechos entre la entidad de crédito y otras personas físicas o jurídicas, que obstaculicen el buen ejercicio de las funciones de supervisión;
- La existencia de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un tercer país aplicables a una o varias de las personas físicas o jurídicas con las que la entidad de crédito mantenga vínculos estrechos, o por problemas relacionados con la aplicación de dichas disposiciones, que obstaculicen el buen ejercicio de las funciones de supervisión.

Se establece un plazo de seis meses para notificar al solicitante la decisión y los motivos de denegar la autorización, ampliable en caso de información incompleta hasta un máximo de doce meses desde la recepción de la solicitud.

1.2.4. Revocación de la autorización

Las autoridades competentes únicamente podrán revocar la autorización concedida a una entidad de crédito cuando esta:

- a) no haga uso de la autorización en un plazo de doce meses, renuncie a esta expresamente o haya cesado de ejercer su actividad durante un período superior a seis meses, a no ser que el Estado miembro afectado haya previsto la caducidad de la autorización en tales supuestos;
- b) haya obtenido la autorización por medio de falsas declaraciones o por cualquier otro medio irregular;
- c) deje de reunir las condiciones a las que la autorización esté vinculada;
- d) deje de cumplir los requisitos prudenciales que se establecen en la regulación de solvencia, o deje de ofrecer garantías de poder cumplir sus obligaciones frente a sus

acreedores, y en especial haya dejado de garantizar los fondos que le han confiado los depositantes;

e) se encuentre en alguno de los restantes supuestos de revocación de la autorización previstos por el Derecho nacional; o

f) cometa una de las infracciones que resulte sancionable con la revocación.

1.3. El régimen de autorización en España tras la incorporación al SSM

La regulación española por la que se adopta la Directiva enfatiza el papel de la autorización y define a las entidades de crédito como aquellas empresas “autorizadas” cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia. La Ley 10/2014, de junio de 2014, reformuló el completo régimen de autorización de las entidades de crédito en España, sustituyendo la normativa anterior²³, régimen que sin embargo se vio rápidamente alterado por la entrada en vigor en noviembre de ese mismo año del Mecanismo Único de Supervisión. Tal como se recoge en el preámbulo de la Ley: *“En este contexto conviene subrayar que a partir de la entrada en vigor y completa efectividad del Mecanismo Único de Supervisión en la Unión Europea, el Banco de España habrá de ejercer sus funciones de supervisión de entidades de crédito en cooperación y sin perjuicio de las competencias que serán directamente atribuidas al Banco Central Europeo, de conformidad con lo previsto en el Reglamento (UE) n.º 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”*.

Conforme al reparto de competencias entre supervisores establecido en el Reglamento del MUS, corresponde al Banco Central Europeo, para su ejercicio con fines de supervisión prudencial y en relación con todas las entidades de crédito establecidas en los Estados miembros participantes, la competencia exclusiva para autorizar y revocar la autorización de las entidades de crédito.

²³ Recuérdese que hasta el 1 de enero de 2013, tras la reforma operada por la Ley 9/2012, la autorización para la creación de entidades de crédito en España correspondía al Ministerio de Economía.

Corresponde al Banco de España elevar al Banco Central Europeo una propuesta de autorización para acceder a la actividad de entidad de crédito, y atendiendo a la distribución de competencias dentro del Mecanismo, corresponde al Banco de España autorizar la apertura en España de sucursales de entidades de crédito extranjeras no autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea, así como autorizar la creación de una entidad de crédito extranjera, por una entidad de crédito española, cuando dicha entidad de crédito extranjera vaya a ser constituida en un Estado que no sea miembro de la Unión Europea.

1.3.1. Requisitos para ejercer la actividad.

Serán requisitos necesarios para ejercer la actividad:

- a) Revestir la forma de sociedad anónima²⁴ constituida por el procedimiento de constitución simultánea y con duración indefinida.
- b) Tener un capital social inicial no inferior a 18 millones de euros, desembolsado íntegramente en efectivo y representado por acciones nominativas²⁵.
- c) Limitar estatutariamente el objeto social a las actividades propias de una entidad de crédito.
- d) Que los accionistas titulares de participaciones significativas sean considerados idóneos
- e) No reservar a los fundadores ventaja o remuneración especial alguna.
- f) 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

²⁴ El ordenamiento y, en especial, el Real Decreto 84/2015 recoge el procedimiento para la creación de bancos, sin perjuicio de lo que resulte de aplicación, conforme a su legislación específica, para la creación de cajas de ahorros y cooperativas de crédito.

²⁵ Conviene recordar que esta cifra constituye un capital mínimo exigible de manera permanente, y no solo en el momento de la autorización, conforme a lo previsto en el artículo 93 del Reglamento CRR: *Los fondos propios de una entidad no podrán llegar a ser inferiores al importe de capital inicial exigido en el momento de su autorización.*

entidad como, en su caso, de la sociedad dominante, deberán cumplir los requisitos de idoneidad²⁶.

g) 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, u otras disposiciones que sean de aplicación.

h) Tener su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección, en territorio nacional.

i) Contar con procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación para prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo en las condiciones establecidas por la normativa correspondiente.

1.3.2. Procedimiento

La solicitud de autorización para la creación de un banco se dirigirá al Banco de España, y de conformidad con los requisitos previstos en la legislación nacional, deberá ir acompañada de los siguientes documentos:

a) Proyecto de estatutos sociales.

b) Programa de actividades, en el que de modo específico deberá constar el tipo de operaciones que se pretenden realizar, la organización administrativa y contable, los procedimientos de control interno, los procedimientos previstos para atender las quejas y reclamaciones que presenten sus clientes, así como los procedimientos y órganos de control interno y de comunicación que se establezcan para prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

²⁶ A la idoneidad de accionistas y administradores nos referiremos en un apartado específico más adelante.

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

c) Relación de socios que han de constituir la sociedad, con indicación de sus participaciones en el capital social. Tratándose de socios que tengan la condición de personas jurídicas, se indicarán las participaciones en su capital o derechos de voto que representen un porcentaje superior al 5 por ciento.

En el caso de socios que vayan a poseer una participación significativa o, en ausencia de éstos, de los veinte mayores accionistas, se aportará la documentación precisa para acreditar el cumplimiento de los requisitos de idoneidad

d) Relación de personas que hayan de integrar el primer consejo de administración y de quienes hayan de ejercer como directores generales o asimilados, así como de los responsables de las funciones de control interno y otros puestos clave para el desarrollo diario de la actividad de la entidad, con información detallada sobre los requisitos de idoneidad aplicables.

e) Justificación de haber constituido un depósito en metálico en el Banco de España o justificación de haber inmovilizado valores de deuda pública a favor del Banco de España por un importe equivalente al 20 por ciento del capital social mínimo.

Durante la instrucción del procedimiento el Banco de España podrá exigir a los promotores cuantos datos, informes o antecedentes se consideren necesarios para verificar el cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos.

La Ley establece una serie de procedimientos a seguir por parte del Banco de España con carácter previo a la concesión de la autorización:

- Solicitud, en los aspectos que sean de su competencia, de informe al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones
- Comunicación al Ministerio de Economía y Competitividad (Secretaría General del Tesoro y Política Financiera) de la apertura del procedimiento de autorización indicando los elementos esenciales del expediente a tramitar y también la finalización del mismo.
- Consulta previa con la autoridad supervisora competente del correspondiente Estado miembro de la Unión Europea, cuando la entidad de crédito vaya a estar

controlada por otra entidad de crédito, una empresa de servicios de inversión o una entidad aseguradora, o por la matriz o las personas que controlen a de alguna de éstas, autorizada en ese Estado.

- En el caso de que el control del banco vaya a ser ejercido por una o varias personas, sean o no entidades de crédito, domiciliadas o autorizadas en un Estado no miembro de la Unión Europea, cabrá exigir la prestación de una garantía que alcance a la totalidad de actividades del banco español

La solicitud de autorización deberá ser resuelta dentro de los seis meses siguientes a su recepción en el Banco de España, o al momento en que se complete la documentación exigible y, en todo caso, dentro de los doce meses siguientes a su recepción. Cuando la solicitud no sea resuelta en el plazo anteriormente previsto, podrá entenderse desestimada.

Si el solicitante cumple todas las condiciones de autorización establecidas en la legislación española, el Banco de España adoptará, dentro del plazo fijado, un proyecto de decisión para proponer al BCE la concesión de la autorización. El proyecto de decisión se notificará al BCE y al solicitante de autorización. En caso contrario, será el Banco de España quién directamente denegará la solicitud de autorización.

El proyecto de decisión se considerará adoptado por el BCE a menos que este oponga objeciones dentro de un plazo máximo de diez días hábiles, que podrá prorrogarse una vez por un período de la misma duración en casos debidamente justificados. El BCE solo opondrá objeciones al proyecto de decisión en caso de que no se cumplan las condiciones de autorización establecidas en el Derecho de la Unión, exponiendo por escrito los motivos de la desestimación.

1.3.3. Denegación de la autorización.

Sin perjuicio de las competencias del Banco Central Europeo para denegar la solicitud de autorización propuesta por el Banco de España, este último, mediante resolución motivada, denegará la autorización de creación de un banco en los siguientes supuestos:

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

- Cuando éste 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.
- Cuando alguno de los miembros de su consejo de administración, director general o asimilado no reúna los requisitos de idoneidad exigidos.
- 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, no reúna los requisitos de idoneidad exigidos.
- Cuando carezca de procedimientos internos adecuados de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
- Cuando incumpla alguno de los demás requisitos para obtener la autorización y ejercer la actividad detallados en un apartado anterior.
- Cuando, 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 ausencia de éstos, cualquiera de los veinte mayores accionistas.

En el caso de la autorización para la creación de entidades de crédito en terceros países, la autorización podrá denegarse cuando: se considere que el proyecto puede afectar negativamente a la entidad española, atendiendo a su situación financiera o a su capacidad de gestión; no pueda asegurarse la efectiva supervisión del grupo, en base consolidada, por el Banco de España; o cuando la actividad de la entidad dominada no quede sujeta a un efectivo control por parte de una autoridad supervisora nacional.

A la resolución de denegación de la autorización se aplicará el régimen de impugnación previsto en la Ley 13/1994, de Autonomía del Banco de España²⁷ y en la

²⁷ Los actos administrativos que dicte el Banco de España en el ejercicio de sus funciones, distintas de las referidas a la política monetaria, serán susceptibles de recurso ordinario ante el Ministro de Economía y Hacienda. Sin perjuicio de la competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia de los recursos contra actos no susceptibles de recurso administrativo dictados por el Banco de España y contra las

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Si la resolución se adopta mediante decisión del Banco Central Europeo se aplicará el régimen de impugnación previsto en la normativa de la Unión Europea y, en particular, en el Reglamento 1024/2013 del MUS²⁸

1.3.4. Inicio de actividades. Reserva de actividad y denominación.

En el plazo de un año a contar desde la notificación de la autorización, los promotores deberán otorgar la oportuna escritura de constitución de la sociedad, inscribirla en el Registro Mercantil y posteriormente en el Registro de Entidades de Crédito del Banco de España, y dar inicio a las actividades específicas incluidas en el programa de actividades a que se refiere la autorización.

Queda reservada a las entidades de crédito que hayan obtenido la preceptiva autorización y se hallen inscritas en el correspondiente registro, la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas.

Se prohíbe a toda persona, física o jurídica, no autorizada ni registrada como entidad de crédito el ejercicio de las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito y la utilización de las denominaciones propias de las mismas o cualesquiera otras que puedan inducir a confusión con ellas.

En el capítulo de sanciones, constituye una infracción muy grave, conforme a lo dispuesto en la Ley 10/2014 LOSS: *“Ejercer con carácter profesional la actividad de recepción de depósitos u otros fondos reembolsables del público, así como hacer uso de*

resoluciones del Ministro de Economía y Hacienda que resuelvan recursos ordinarios contra actos dictados por el Banco de España (artículo 2 de la Ley 13/1994 de Autonomía del Banco de España).

²⁸ Básicamente, derecho de audiencia y de defensa de las partes interesadas y acceso al Comité Administrativo de Revisión, encargado de llevar a cabo el examen administrativo interno de las decisiones adoptadas por el BCE en el ejercicio de las competencias que le atribuye el Reglamento del MUS (artículos 22 y 24 del Reglamento 1024/2013).

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”.

1.3.5. Caducidad de la autorización.

Cuando dentro de los doce meses siguientes a la notificación de la autorización, no se diere comienzo a las actividades específicas del objeto social de la entidad por causas imputables a la misma, el Banco de España declarará expresamente la caducidad de la autorización para operar como entidad de crédito.

El procedimiento para declarar la caducidad únicamente podrá iniciarse de oficio; se procederá, en el plazo de diez días, a su notificación a los interesados para que puedan formular alegaciones y aportar documentos; y una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, el Banco de España dará trámite de audiencia a los interesados, concediéndoles un plazo de quince días para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

A la resolución de la caducidad se aplicará el régimen de impugnación previsto en la Ley 13/1994, de Autonomía del Banco de España, y en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

1.3.6. Renuncia a la autorización.

La renuncia a la autorización concedida para ser entidad de crédito deberá ser comunicada al Banco de España, que la aceptará expresamente a menos que existan razones fundadas para considerar que la cesación de actividad puede ocasionar riesgos graves a la estabilidad financiera. Las entidades de crédito acompañarán a la comunicación de la renuncia de un plan de cesación de la actividad, sin que resulte necesario proceder a la disolución y liquidación de la entidad, si ésta tiene previsto continuar con el ejercicio de actividades no reservadas.

El Banco de España elevará al Banco Central Europeo una propuesta de revocación de la autorización cuando la entidad de crédito renuncie a la autorización concedida, o

bien denegará expresamente la renuncia, en el plazo de tres meses desde que se produzca su comunicación.

En caso de denegación de la renuncia, el Banco de España deberá motivar las razones que a su juicio concurren para considerar que la cesación de actividad puede ocasionar riesgos graves a la estabilidad financiera. A estos efectos, tendrá en cuenta la necesidad de:

- a) Asegurar la continuidad de aquellas actividades, servicios y operaciones cuya interrupción podría perturbar la economía o el sistema financiero y, en particular, los servicios financieros de importancia sistémica y los sistemas de pago, compensación y liquidación.
- b) Evitar efectos perjudiciales para la estabilidad del sistema financiero.
- c) Proteger a los depositantes y los demás fondos reembolsables y activos de los clientes de las entidades de crédito.

1.3.7. Revocación de la autorización.

El BCE podrá revocar la autorización en los casos previstos en el Derecho aplicable de la Unión bien por propia iniciativa, 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.

El Banco de España será competente para iniciar, tramitar y elevar al Banco Central Europeo una propuesta de revocación de la autorización, procedimiento que únicamente podrá iniciarse de oficio. Cuando el Banco de España considere que la autorización debe revocarse de conformidad con la legislación española, presentará una propuesta al efecto al BCE, que adoptará una decisión sobre la propuesta de revocación teniendo plenamente en cuenta la justificación de la revocación presentada²⁹.

Conforme a la legislación española, la revocación de la autorización concedida a una entidad de crédito española sólo podrá acordarse en los siguientes supuestos:

²⁹ Párrafo que cabe interpretar en el sentido de que el BCE no se opondrá a una solicitud de revocación presentada por la autoridad competente conforme a su legislación nacional.

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

- Si interrumpe de hecho las actividades específicas de su objeto social durante un período superior a seis meses³⁰;
- Si la autorización se obtuvo por medio de declaraciones falsas o por otro medio irregular.
- Si incumple las condiciones que motivaron la autorización, salvo que se prevea otra consecuencia en la normativa de ordenación y disciplina.
- Si deja de cumplir los requisitos prudenciales, 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.
- Cuando se le imponga la sanción de revocación.
- 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.
- Si la entidad es excluida del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito³¹.
- Cuando se hubiera dictado resolución judicial de apertura de la fase de liquidación en un procedimiento concursal.

El Banco de España dará trámite de audiencia a los interesados una vez instruido el procedimiento de revocación e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, concediéndoles un plazo de quince días para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

En el caso de que sea el BCE quien por propia iniciativa decida instar la revocación, se prevé una consulta previa a la autoridad nacional competente, para que si ésta

³⁰ El Tribunal Supremo se pronunció respecto del carácter no sancionador de la revocación por interrupción de las actividades (STS de 14 de mayo de 1986).

³¹ En el Capítulo Segundo ya hicimos referencia a que esta medida resulta un tanto inconsistente con el régimen sancionador, por cuanto el Real Decreto-ley 16/2011 (art.5.3) prevé que el incumplimiento de las obligaciones de una entidad de crédito frente al FGDEC será tipificado como infracción grave de conformidad con lo establecido en la Ley 10/2014 y dicha Ley no prevé la sanción de revocación de la autorización para las infracciones graves.

considera que la revocación de la autorización perjudicaría a la adecuada aplicación de las medidas necesarias para la resolución o para el mantenimiento de la estabilidad financiera, notifique debidamente su objeción al BCE, explicando detalladamente el perjuicio que podría causar. El BCE se abstendrá de proceder a la revocación durante un período mutuamente acordado con las autoridades nacionales; transcurrido el mismo y sus posibles prórrogas, si el BCE considera que no se han realizado suficientes progresos o que las autoridades nacionales no han aplicado las necesarias medidas adecuadas para mantener la estabilidad financiera, la revocación de la autorización se aplicará inmediatamente.

La revocación de la autorización se hará constar en todos los registros públicos correspondientes; tan pronto sea notificada a la entidad de crédito, conllevará el cese de la actividad para la que estaba autorizada; y llevará implícita la disolución de la entidad y la apertura del período de liquidación.

A la resolución de la revocación de la autorización mediante decisión del Banco Central Europeo se aplicará el régimen impugnación previsto en la normativa de la Unión Europea y, en particular, en el Reglamento del MUS al que hicimos referencia en un apartado anterior.

1.3.8. Limitaciones temporales a la actividad de los nuevos bancos.

Los bancos de nueva creación quedarán sujetos temporalmente a una serie de limitaciones:

- a) Durante los tres primeros ejercicios, a partir del inicio de sus actividades, no podrán repartir dividendos, debiendo destinar la totalidad de sus beneficios de libre disposición a reservas, salvo que lo autorice el Banco de España atendiendo a la situación financiera de la entidad y, en particular, a que la misma cumpla sus obligaciones de solvencia.
- b) Durante los cinco primeros años a partir del inicio de sus actividades:
 - No podrán, directa o indirectamente, conceder créditos, préstamos o avales de clase alguna en favor de sus socios, consejeros y altos cargos de la

entidad, ni en favor de sus familiares en primer grado o de las sociedades en que, unos u otros, ostenten participaciones accionariales superiores al 15 por ciento o de cuyo consejo de administración formen parte. Tratándose de accionistas personas jurídicas pertenecientes a su grupo económico, se incluyen en esta limitación todas las empresas pertenecientes a este. En este supuesto, la limitación no se aplicará a las operaciones con entidades de crédito.

- Una persona física o jurídica o un grupo no podrá poseer, directa o indirectamente, más del 20 por ciento del capital o de los derechos de voto del banco, o ejercer el control del mismo. A estos efectos, se entenderá por grupo el que se define como tal en el artículo 42 del Código de Comercio. No será aplicable esta limitación a las entidades de crédito y demás entidades financieras.
- La transmisibilidad inter vivos de las acciones y su gravamen o pignoración estarán condicionados a la previa autorización del Banco de España, debiendo constar esta limitación en los Estatutos de la Sociedad.

El incumplimiento de las limitaciones citadas, o una desviación sustancial respecto del programa de actividades durante los tres primeros años, podrá dar lugar a la revocación de la autorización.

2. Transmisión de participaciones cualificadas

• **Principio 6³² – Cambio de titularidad de participaciones significativas:** El supervisor tiene potestad para examinar, rechazar y establecer condiciones prudenciales respecto de propuestas de cambio de titularidad de participaciones significativas o de control, tanto si se poseen de modo directo o indirecto, en bancos preexistentes

³² BCBS. Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz. Septiembre de 2012.

2.1. La transmisión de participaciones en la Directiva

2.1.1. *Adquisición de participaciones cualificadas*

En la Unión Europea, de acuerdo con lo previsto en la CRD IV, toda persona física o jurídica que por sí sola o en concertación con otras haya decidido adquirir, directa o indirectamente, una participación cualificada en una entidad de crédito o incrementar, directa o indirectamente, tal participación cualificada en una entidad de crédito, de tal manera que la proporción de derechos de voto o de capital poseída sea igual o superior al 20 %, 30 % (o, alternativamente, 33%) o 50 %, o que la entidad de crédito pase a ser su filial, tiene la obligación de notificar previamente por escrito a las autoridades competentes de la entidad de crédito en la que se proponga adquirir o incrementar una participación cualificada, indicando la cuantía de la participación prevista y la información relevante exigida por los Estados miembros (que resulte pertinente a efectos de la evaluación prudencial, proporcionada y adaptada a la naturaleza del adquirente propuesto y de la adquisición propuesta.

Las autoridades competentes, con objeto de garantizar una gestión sólida y prudente de la entidad de crédito en la que se propone la adquisición, y atendiendo a la influencia probable sobre dicha entidad de crédito, evaluarán la idoneidad del adquirente y la solidez financiera de la adquisición propuesta de conformidad con los siguientes criterios:

- la reputación del adquirente propuesto;
- la reputación, conocimientos, capacidades y experiencia de los miembros del órgano de dirección y de la alta dirección que vayan a dirigir la actividad de la entidad de crédito como consecuencia de la adquisición propuesta;
- la solvencia financiera del adquirente, en especial en relación con el tipo de actividad que se ejerza o se prevea ejercer en la entidad de crédito en la que se propone la adquisición;
- la capacidad de la entidad de crédito de cumplir de forma duradera los requisitos prudenciales y, en su caso, de otra normativa de la Unión, incluyendo si el grupo del que pasará a formar parte cuenta con una estructura que permita ejercer una supervisión eficaz, proceder a un intercambio efectivo de información entre las

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

autoridades competentes y determinar el reparto de responsabilidades entre las autoridades competentes;

- la existencia de indicios razonables que permitan suponer que, en relación con la adquisición propuesta, se están efectuando o intentado efectuar o se han efectuado operaciones de blanqueo de dinero o financiación del terrorismo, o que la adquisición propuesta podría aumentar el riesgo de que se efectúen tales operaciones.

Las autoridades competentes dispondrán de un plazo máximo de 60 días hábiles a contar desde la recepción de todos los documentos exigidos por el Estado miembro y de la información adicional que, en su caso, se precise para completar la evaluación. Tratarán a todos los adquirentes de forma no discriminatoria, no impondrán condiciones en cuanto al nivel de participación que deba adquirirse, ni podrán examinar la adquisición prevista a la luz de las necesidades económicas del mercado y solo podrán oponerse a la adquisición propuesta cuando haya motivos razonables para ello sobre la base de los criterios establecidos en la propia Directiva

Al igual que en el caso de la creación de entidades, se prevé un régimen de cooperación y consultas entre las autoridades competentes a la hora de realizar la evaluación, en caso de que el adquirente resulte ser una entidad de crédito, empresa de seguros o empresa de inversión autorizada en otro Estado miembro; o la sociedad matriz o una persona física o jurídica que ejerza el control de una de ellas.

Si las autoridades competentes no se oponen por escrito a la adquisición propuesta dentro del plazo de evaluación, tal adquisición se considerará autorizada.

En el caso de que se adquiriera una participación a pesar de la oposición de las autoridades competentes, los Estados miembros, con independencia de cualquier otra sanción que pueda imponerse, dispondrán, bien la suspensión del ejercicio de los correspondientes derechos de voto, bien la nulidad de los votos emitidos o la posibilidad de anularlos

Las entidades de crédito por su parte deben comunicar a las autoridades competentes, en cuanto tengan conocimiento de ello, toda adquisición o cesión de

participaciones en su capital cuyo resultado sea que se supere o deje de alcanzarse alguno de los umbrales citados y, tratándose de entidades cotizadas en un mercado regulado, al menos una vez al año, la identidad de los accionistas y socios que posean participaciones cualificadas y la cuantía de dichas participaciones.

2.1.2. Cesión de participaciones cualificadas

Resulta igualmente obligado para toda persona física o jurídica en la Unión, notificar por escrito a la autoridad competente del Estado miembro de la entidad, la decisión de deshacerse, directa o indirectamente, de una participación cualificada en una entidad de crédito, o de reducir su participación cualificada de tal manera que la proporción de derechos de voto o de capital poseída por la misma sea inferior al 20 %, 30/33 % o 50 %, o que la entidad de crédito deje de ser su filial.

2.2. La transmisión de participaciones en España tras la incorporación al SSM

2.2.1. Especificaciones de la Ley 10/2014

La norma española, la Ley 10/2014 y el Real Decreto 84/2015 a los que nos hemos venido refiriendo de manera reiterada, reproducen básicamente el contenido de la Directiva en cuanto al deber de notificación de la adquisición o incremento de participaciones significativas³³, de su reducción y de los deberes de las entidades de crédito al respecto, así como sobre los criterios de evaluación de las adquisiciones propuestas, ampliando las obligaciones de comunicación e información:

- Comunicación, inmediatamente y por escrito al Banco de España y a la entidad de crédito correspondiente, por parte de toda persona física o jurídica, que por sí sola o actuando de forma concertada con otras, haya adquirido, directa o indirectamente, 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.

³³ Se entenderá por participación significativa en una entidad de crédito española aquella que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad, y aquella que, sin llegar al porcentaje señalado, permita ejercer una influencia notable en la entidad, entendiéndose por influencia notable la posibilidad de nombrar o destituir algún miembro del consejo de administración de la entidad de crédito.

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

- Información trimestral al Banco de España sobre la estructura de capital de las entidades de crédito: la composición de su capital social, relacionando todos los accionistas, en el caso de los bancos, o todos los tenedores de aportaciones, en el caso de las cooperativas de crédito, que al final de dicho período tengan la consideración de entidades financieras y los que, no siéndolo, tengan inscritas a su nombre acciones o aportaciones que representen un porcentaje del capital social de la entidad igual o superior al 0,25 por ciento, en el caso de los bancos o del 1 por ciento en el de las cooperativas de crédito.
- Publicidad, mediante su inclusión en la memoria anual, de las participaciones en su propio capital, poseídas por entidades o grupos de entidades de crédito, cuando la participación sea igual o superior al 5 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad; y las poseídas por la entidad en el capital de otras entidades de crédito en la misma proporción.

El Banco de España, al realizar la evaluación de la adquisición propuesta, consultará, en el ámbito de sus competencias, al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

2.2.2. Información que debe suministrar el adquirente potencial.

Por lo que se refiere a la información que debe suministrar el potencial adquirente , el Real Decreto 84/2015 establece una detallada relación de requerimientos de información³⁴: sobre el adquirente potencial (identidad, honorabilidad, situación financiera,...) y, en su caso, sobre cualquier persona que de forma efectiva dirija o controle sus actividades; sobre la adquisición propuesta (finalidad, cuantía, plazos,...); sobre la financiación de la adquisición, el origen de los recursos financieros empleados para la adquisición, entidades a través de las que se canalizarán y régimen de

³⁴ Se prevé, además, que el Banco de España establezca mediante Circular una lista con la información que debe suministrar el adquirente potencial en cumplimiento de la obligación de notificación a la que se refiere el artículo 17.1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, a cuyo contenido dará publicidad en su página web.

disponibilidad de los mismos; y, en el caso de participaciones significativas que produzcan cambios en el control de la entidad, sobre el plan de negocio; el plan de desarrollo estratégico de la adquisición, los estados financieros y otros datos previsionales; y las principales modificaciones en la entidad a adquirir, en el gobierno corporativo, en la estructura y en los recursos disponibles, en los órganos de control interno y en los procedimientos para la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo de la misma, previstas por el adquirente potencial.

2.2.3. Procedimiento

El Reglamento del MUS establece que la notificación de adquisición de una participación cualificada en una entidad de crédito establecida en un Estado miembro participante en el SSM y toda la información relacionada con dicha adquisición debe presentarse a las autoridades nacionales competentes del Estado miembro en el que esté establecida la entidad, el Banco de España en nuestro caso, de conformidad con los requisitos previstos en la legislación nacional.

El Banco de España evaluará la adquisición propuesta, y transmitirá al BCE, al menos diez días laborables antes de la expiración del correspondiente plazo de evaluación establecido en el Derecho aplicable de la Unión (los 60 días hábiles establecidos en la Directiva), la notificación y una propuesta de decisión de oponerse o no a la adquisición, basándose en los criterios establecidos en la Directiva y en la legislación española que la traspone.

El Banco de España sólo podrá elevar al Banco Central Europeo un proyecto de decisión de oposición a la adquisición propuesta cuando haya motivos razonables para ello, sobre la base de los criterios de evaluación a los que hicimos referencia en un apartado anterior. Si una vez finalizada la evaluación, el Banco de España planteara objeciones a la adquisición propuesta informará de ello al adquirente potencial, por escrito y motivando su decisión, en el plazo de dos días hábiles, sin que en ningún caso pueda sobrepasarse el plazo máximo para realizar la evaluación.

El BCE decidirá si se opone o no a la adquisición basándose en los criterios de evaluación establecidos en el Derecho aplicable de la Unión y de conformidad con el procedimiento y dentro de los plazos que en él se establecen.

Si no existiese pronunciamiento en el plazo de sesenta días hábiles previsto se entenderá que no existe oposición.

2.2.4. Efectos del incumplimiento de las obligaciones

La adquisición de participaciones significativas sin mediar notificación previa al Banco de España y las realizadas sin haber transcurrido el plazo para su evaluación o con la oposición expresa del Banco de España, producirán los siguientes efectos:

- 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.
- Si fuera preciso, se acordará la intervención de la entidad o la sustitución de sus administradores.
- Se impondrán las sanciones previstas en la Ley.

2.2.5. Dos consideraciones adicionales

La atribución de competencia que el Reglamento del MUS efectúa a favor del BCE le asigna la función (artículo 4.c) de evaluar las notificaciones de adquisición “y *de venta*” de participaciones cualificadas en entidades de crédito. Sin embargo, ni la Directiva ni la legislación nacional prevén ningún tipo de evaluación por el supervisor de la mera comunicación previa en caso venta de participaciones, ni mucho menos la posibilidad de que éste se oponga a la venta que se comunica.

En el mismo apartado c) del artículo 4 se asigna la función señalada, “*salvo en caso de resolución*”, excepción motivada por el hecho de que la Directiva BRRD prevé que si las medidas de resolución diesen lugar a la adquisición o al incremento de una participación cualificada, las autoridades competentes llevarán a cabo la evaluación de dicha adquisición o incremento en un plazo tal que no retrase la aplicación del instrumento de resolución, ni impida que la medida de resolución alcance los objetivos de resolución que se propone; disposición que se ha recogido en la Ley 11/2015 de recuperación y resolución, señalando que el supervisor competente llevará a cabo la evaluación de la adquisición o el incremento de la participación en un plazo no superior a 5 días hábiles.

2.3. Otras autorizaciones: modificaciones estructurales y modificación de estatutos sociales.

Cerramos el apartado de controles de acceso a la actividad con dos requisitos adicionales de autorización administrativa referidos, el primero de ellos a las operaciones de fusión, escisión o cesión de activos y pasivos bancarios, que, por su propia naturaleza, parece que debe seguir un régimen similar al que hemos descrito respecto del inicio de la actividad y la transmisión de participaciones, y un segundo relativo a la modificación de los estatutos, que si bien no responde directamente a la idea de control de acceso a la actividad, sí que está relacionado con elementos esenciales del mismo.

Las operaciones de fusión, escisión o cesión global o parcial de activos y pasivos en las que intervenga un banco³⁵, o cualquier acuerdo que tenga efectos económicos o jurídicos análogos a los anteriores, corresponde autorizarlas al Ministro de Economía y Competitividad, previo informe del Banco de España, el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en los aspectos de su competencia.

³⁵ Operaciones que, con carácter general, se encuentran reguladas en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (BOE de 4).

La solicitud de autorización deberá ser resuelta en un plazo máximo de doce meses desde su recepción y, en caso contrario, podrá entenderse desestimada.

Está igualmente sujeta a autorización administrativa, del Banco de España en esta ocasión, la modificación de los estatutos sociales de los bancos, salvo algunos supuestos, en los que basta la mera comunicación, relativos al cambio de domicilio dentro del territorio nacional, los aumentos de capital y las modificaciones debidas a normas legales o administrativas, resoluciones judiciales o cambios de escasa relevancia.

El plazo para resolver es en este caso de dos meses y el silencio administrativo estimatorio.

II. IDONEIDAD DE ACCIONISTAS Y ADMINISTRADORES

1. Idoneidad de los accionistas

1.1. Requisitos de idoneidad de los accionistas

Ya hicimos referencia a la necesaria idoneidad de los accionistas tenedores de participaciones cualificadas (o de los veinte mayores accionistas) como condición para obtener la autorización para el ejercicio de la actividad y para la posterior adquisición de participaciones cualificadas, y a que se podrán denegar dichas autorizaciones si, atendiendo a la necesidad de garantizar una gestión sólida y prudente de la entidad de crédito, el supervisor no estuviera convencido de la idoneidad de los accionistas, en particular si no se cumplen los criterios establecidos en la propia Directiva, referidos a la reputación y la solvencia financiera del adquirente propuesto, en relación con el tipo de actividad que se ejerza o se prevea ejercer en la entidad de crédito, así como a la reputación, conocimientos, capacidades y experiencia de los miembros del órgano de dirección y de la alta dirección que vayan a dirigir la actividad de la entidad de crédito

Conviene precisar que la Directiva CRD IV no exige que los requerimientos para valorar la idoneidad de los accionistas tenedores de participaciones cualificadas sean

equivalentes a los que resultan exigibles a los miembros de los órganos de dirección, en cuanto a honestidad, integridad e independencia de ideas y, de hecho, no define los criterios en base a los cuales pueda valorarse la reputación del accionista, remitiéndose a una posterior norma técnica de regulación cuyo proyecto habrá de elaborar la EBA.

La norma española (artículo 6 del Real Decreto 84/2015) ha ido algo más allá que la Directiva y considera que la idoneidad de los accionistas debe apreciarse, entre otros factores, por los medios patrimoniales con que cuenten para atender los compromisos asumidos³⁶ y también en función de su honorabilidad comercial y profesional, que, conforme al Real Decreto, concurre en quienes hayan venido mostrando una conducta personal, comercial y profesional que no arroje dudas sobre su capacidad para desempeñar una gestión sana y prudente de la entidad; exigencia igual a la prevista para los miembros del órgano de gobierno, directores general y asimilados que detallaremos en el apartado siguiente.

1.2. Medidas de actuación ante la inidoneidad de accionistas tenedores de participaciones significativas

La Ley 10/2014 LOSS, siguiendo las previsiones de la Directiva CRD IV, recoge expresamente que, cuando existan razones fundadas y acreditadas para considerar que la influencia ejercida por las personas que posean una participación significativa en una entidad de crédito pueda resultar en detrimento de la gestión sana y prudente de la misma, que dañe gravemente su situación financiera, el Banco de España podrá adoptar toda una serie de medidas:

- Suspensión de los derechos políticos correspondientes a las participaciones poseídas, si bien la suspensión de los derechos de voto no podrá exceder de tres años. Si, no obstante, llegaran a ejercerse, los votos emitidos en contravención con lo anterior serán nulos y los acuerdos adoptados serán impugnables en vía

³⁶ Aunque no referidos exclusivamente a la idoneidad de los accionistas, ya hicimos mención en otro apartado, entre los criterios a valorar por el supervisor, a la exigencia de transparencia en la estructura del grupo al que eventualmente pueda pertenecer la entidad; a la posibilidad de que la entidad quede expuesta, de forma inapropiada, al riesgo de las actividades financieras o no financieras de sus promotores; y a la posibilidad de que la supervisión de la entidad sea obstaculizada por los vínculos estrechos que la misma mantenga con otras personas físicas o jurídicas.

judicial siempre que los votos correspondientes a las participaciones poseídas hubieran sido determinantes para su adopción, estando legitimado al efecto el Banco de España.

- Intervención de la entidad o sustitución de sus administradores
- Imposición de las sanciones previstas en la Ley y con carácter excepcional, la revocación de la autorización. En este sentido, se encuentran tipificada como infracción muy grave el poner en peligro la gestión sana y prudente de una entidad de crédito mediante la influencia ejercida por el titular de una participación significativa.

2. Idoneidad de los miembros de los órganos de gobierno, directores generales y asimilados

2.1. Requisitos de idoneidad.

En noviembre de 2012, la EBA emitió su Guía sobre la evaluación de la adecuación de los miembros del órgano de administración y los titulares de funciones clave³⁷, cuyas prescripciones ya han sido incorporadas al ordenamiento positivo español (Ley 10/2014 LOSS y sus normas de desarrollo) en los términos que se describen en los siguientes párrafos.

Las entidades de crédito, deberán contar con un consejo de administración formado por personas que reúnan los requisitos de idoneidad necesarios para el ejercicio de su cargo: deberán poseer reconocida honorabilidad comercial y profesional, tener conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones y estar en disposición de ejercer un buen gobierno de la entidad:

- Concorre honorabilidad en quienes hayan venido mostrando una conducta personal, comercial y profesional que no arroje dudas sobre su capacidad para

³⁷ EBA. Guía sobre la evaluación de la adecuación de los miembros del órgano de administración y los titulares de funciones clave. EBA/GL/2012/06.

http://www.eba.europa.eu/documents/10180/106695/EBA_2012_00220000_ES_COR3.pdf

Como quiera que sus prescripciones ya han sido incorporadas al ordenamiento positivo español, dicha guía no se encuentra entre las adoptadas por el Banco de España.

desempeñar una gestión sana y prudente de la entidad. Para valorar la concurrencia de honorabilidad comercial y profesional se deberá considerar toda la información disponible, incluyendo:

- Su actuación profesional, su historial de solvencia personal y de cumplimiento de sus obligaciones, su trayectoria en su relación con las autoridades de regulación y supervisión; y eventuales situaciones anteriores de despido, cese, concurso, ...
- La condena por la comisión de delitos o faltas y la sanción por la comisión de infracciones administrativas teniendo en cuenta las características y circunstancias de tales condenas o sanciones.
- La existencia de investigaciones relevantes y fundadas, tanto en el ámbito penal como administrativo, sobre la comisión de posibles delitos, faltas o infracciones.

Debe tenerse en cuenta que la información señalada aporta elementos de juicio al supervisor para valorar la concurrencia de honorabilidad, que por sí solos y aisladamente considerados no constituyen causas de inidoneidad³⁸.

- Poseen conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones en las entidades de crédito quienes cuenten con formación del nivel y perfil adecuados, en particular en las áreas de banca y servicios financieros, y experiencia práctica derivada de sus anteriores ocupaciones durante periodos de tiempo suficiente en

³⁸ A diferencia de la legislación anterior vigente hasta 2013, que establecía que:

“2. Concorre honorabilidad comercial y profesional en quienes hayan venido observando una trayectoria personal de respeto a las leyes mercantiles u otras que regulan la actividad económica y la vida de los negocios, así como a las buenas prácticas comerciales, financieras y bancarias. En todo caso, se entenderá que carecen de tal honorabilidad quienes, en España o en el extranjero, tengan antecedentes penales por delitos dolosos, estén inhabilitados para ejercer cargos públicos o de administración o dirección de entidades financieras o estén inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los quebrados y concursados no rehabilitados en procedimientos concursales anteriores a la entrada en vigor de la referida ley.” (Artículo 2 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio. Creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito (BOE de 31), hasta su modificación por el Real Decreto 256/2013, de 12 de abril, por el que se incorporan a la normativa de las entidades de crédito los criterios de la Autoridad Bancaria Europea de 22 de noviembre de 2012, sobre la evaluación de la adecuación de los miembros del órgano de administración y de los titulares de funciones clave (BOE de 13 de abril de 2013).

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

el desarrollo profesional de funciones similares a las que van a desarrollarse, valorando la naturaleza, escala y complejidad de la actividad de cada entidad y las concretas funciones y responsabilidades del puesto asignado a la persona evaluada.

Para valorar la capacidad de los miembros del consejo de administración de ejercer un buen gobierno de la entidad se tendrán en cuenta la existencia de potenciales conflictos de interés, la posibilidad de dedicar el tiempo suficiente para llevar a cabo las correspondientes funciones y su capacidad para evaluar y cuestionar el proceso de toma de decisiones en la entidad y las decisiones de la alta dirección.

Los requisitos de honorabilidad, conocimiento y experiencia anteriores serán también exigibles a las personas físicas que representen en el consejo de administración a los consejeros que sean personas jurídicas, y deberán concurrir igualmente en los directores generales o asimilados³⁹, así como en los responsables de las funciones de control interno (gestión de riesgos, cumplimiento normativo y auditoría interna) y otros puestos clave para el desarrollo diario de la actividad financiera de la entidad; se entenderá por personal clave aquel cuya actividad profesional tenga una incidencia importante en el perfil de riesgos de la entidad⁴⁰.

³⁹ “A los efectos de lo previsto en esta Ley, se entenderán por asimilados a los directores generales:

a) Aquellas personas que desarrollen en la entidad de crédito funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración o de comisiones ejecutivas o consejeros delegados del mismo, y las personas que dirijan las sucursales de entidades de crédito extranjeras en España.

b) Aquellas personas que reuniendo los requisitos de dependencia anteriores, limiten sus funciones de alta dirección a un área de actividad específica, siempre que se integren en una estructura organizativa de dirección que asuma al máximo nivel la gestión diaria de la entidad.

c) Aquellas personas que tuvieran un contrato de trabajo de alta dirección sujeto al Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.” (Artículo 6.6 de la Ley 10/2014 LOSS).

⁴⁰ Véase el Reglamento Delegado (UE) N° 604/2014 de la Comisión de 4 de marzo de 2014 por el que se complementa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación en relación con los criterios cualitativos y los criterios cuantitativos adecuados para determinar las categorías de personal cuyas actividades profesionales tienen una incidencia importante en el perfil de riesgo de una entidad (DO de 6.06.2014).

2.2. Valoración de los requisitos de idoneidad.

Las entidades de crédito deberán contar, en condiciones proporcionadas al carácter, escala y complejidad de sus actividades, con unidades y procedimientos internos adecuados para llevar a cabo la selección y evaluación continua de los cargos sometidos al régimen de idoneidad.

La valoración de los requisitos de idoneidad se realizará tanto por la propia entidad de crédito, por sus promotores o por el adquirente de una participación significativa, si fuera el caso, así como por el Banco de España:

- Por la propia entidad o por sus promotores, con ocasión de la solicitud de autorización para el ejercicio de la actividad de entidad de crédito; cuando se proceda a nuevos nombramientos; siempre que se produzcan circunstancias que aconsejen volver a valorar la idoneidad; y al menos una vez al año⁴¹.
- Por el adquirente de una participación significativa, cuando de la adquisición de dicha participación se deriven nuevos nombramientos, sin perjuicio de la valoración posterior realizada por la entidad.
- Por el Banco de España o, en su caso, el Banco Central Europeo con ocasión de la autorización de la creación o de la adquisición de una entidad de crédito; de la adquisición de una participación significativa de la que se deriven nuevos nombramientos; tras la notificación de la propuesta de nuevos nombramientos realizada por la entidad para su valoración previa (en un plazo de tres meses, contado desde dicha notificación; a falta de notificación en este plazo, se entenderá que la valoración es positiva); y cuando, en presencia de indicios fundados, resulte necesario valorar si la idoneidad se mantiene en relación con los miembros en funciones.

Si la valoración de la idoneidad de los cargos resultase negativa, la entidad deberá abstenerse de nombrar o dar posesión en el cargo a dicha persona, o en caso de tratarse de una circunstancia sobrevenida, deberá adoptar las medidas oportunas para subsanar

⁴¹ Requisito este último incorporado en la norma 30 de la futura Circular xx/2015 del Banco de España que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) n.º 575/2013.

las deficiencias identificadas y, cuando resulte necesario, disponer su suspensión temporal o cese definitivo. El incumplimiento de los requisitos de idoneidad deberá ser comunicado al Banco de España por la entidad en el plazo máximo de quince días hábiles desde que se tenga conocimiento del mismo.

Por su parte, el Banco de España, previa concesión de audiencia a la entidad y al interesado, emitirá evaluación negativa, con la debida motivación, si comprueba que el evaluado no reúne los requisitos necesarios o si durante el proceso de evaluación se aporta información falsa, engañosa, o se omite información relevante o no se subsanan las deficiencias identificadas durante el proceso a requerimiento de la autoridad competente.

El Banco de España requerirá la suspensión temporal o cese definitivo en los cargos o la subsanación de las deficiencias identificadas en caso de falta de honorabilidad, conocimientos o experiencia adecuados o de capacidad para ejercer un buen gobierno. Si la entidad no procede a la ejecución de tales requerimientos en el plazo señalado por el Banco de España, éste acordará la suspensión temporal o el cese definitivo del cargo, sin perjuicio, de la imposición de las sanciones correspondientes.

2.3. Régimen de incompatibilidades y limitaciones.

La regulación establece el número máximo de cargos, ejecutivos y no ejecutivos, que un miembro del consejo de administración o un director general o asimilado puede ocupar simultáneamente, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la entidad de crédito y la naturaleza, dimensión y complejidad de sus actividades.

La concesión de créditos, avales y garantías a los miembros de su consejo de administración o a sus directores generales o asimilados queda condicionada a la previa solicitud de autorización al Banco de España o, tratándose de operaciones amparadas en convenios colectivos o realizadas en condiciones estandarizadas aplicadas de manera habitual e inferiores a 200.000 euros, a la mera comunicación inmediatamente después de su concesión

2.4. Registro de altos cargos

Sin perjuicio de su previa inscripción en el Registro Mercantil, el ejercicio de las funciones de miembro del consejo de administración o director general o asimilado de una entidad de crédito requerirá su previa inscripción en el Registro de altos cargos del Banco de España. Con carácter previo a la inscripción en el Registro de altos cargos, el Banco de España verificará el cumplimiento por parte de los interesados de los requisitos exigidos.

Para la inscripción, la entidad deberá comunicar su nombramiento dentro de los quince días hábiles siguientes a la aceptación del cargo, incluyendo los datos personales y profesionales que establezca con carácter general el Banco de España y declarar expresamente, en el documento que acredite la aceptación del cargo, que los consejeros y directores generales o asimilados reúnen los requisitos de idoneidad citados y no se encuentran incurso en ninguna de las limitaciones o incompatibilidades establecidas en la Ley 10/2014.

III. LA GOBERNANZA DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

• **Principio 14⁴² – Gobierno corporativo:** El supervisor determina que los bancos y grupos bancarios cuentan con sólidas políticas y procesos en materia de gobierno corporativo que abarcan, por ejemplo, la dirección estratégica, la estructura de grupo y organizativa, el entorno de control, las atribuciones del Consejo y la alta dirección, así como las retribuciones. Estas políticas y procesos están en consonancia con el perfil de riesgo y la importancia sistémica del banco.

1. Introducción

Por gobernanza empresarial o, en su expresión más generalizada, gobierno corporativo (*corporate governance*) se entiende al conjunto de relaciones entre los gestores de la empresa, su Consejo, sus accionistas y otras partes interesadas

⁴² BCBS. Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz. Septiembre de 2012.

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

(*stakeholders*) mediante las cuales se establecen los objetivos de la empresa, los medios para conseguirlos y la vigilancia de su cumplimiento; y contribuye a definir la forma en que se reparten la autoridad y la responsabilidad y el modo en que se toman las decisiones empresariales.

Las normas de gobierno corporativo, sin embargo, trascienden del ámbito de lo meramente privado y, a juicio de la OCDE, un buen gobierno corporativo debería ofrecer incentivos apropiados a las empresas, a su Consejo y a su cuerpo directivo, para que se persigan objetivos que sirvan a los intereses tanto de sus accionistas como de la sociedad en su conjunto

A tal fin, la OCDE emitió en 2004 sus Principios de Gobierno Corporativo⁴³ con la finalidad de *“ayudar a los Gobiernos...en la tarea de evaluar y perfeccionar los marcos legal, institucional y reglamentario aplicables al gobierno corporativo en sus respectivos países, y la de ofrecer orientación y sugerencias a las Bolsas de valores, los inversores, las sociedades y demás partes que intervienen en el proceso de desarrollo de un modelo de buen gobierno corporativo”*.

Referido específicamente a las entidades de crédito el Comité de Basilea, siguiendo los Principios de la OCDE, documentos previos del propio Comité⁴⁴ y la experiencia recogida por el FSB⁴⁵, publicó en julio de 2015 sus Guidelines sobre gobierno corporativo para bancos⁴⁶.

⁴³ OCDE. Principios de gobierno corporativo de la OCDE. 2004.

<http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>

El documento ha sido recientemente sometido a un proceso de revisión y una nueva versión fue remitida al G20 en septiembre de 2015:

G20/OECD. Principles of Corporate Governance. OECD Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors. September 2015.

<http://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-ENG.pdf>

⁴⁴ BCBS. Principles for enhancing corporate governance. October 2010.

⁴⁵ FSB. Thematic review on risk governance, February 2013.

⁴⁶ BCBS. Guidelines. Corporate governance principles for Banks. July 2015.

En la Unión Europea, la Autoridad Bancaria Europea por su parte publicó en 2011 su Guía sobre gobierno interno⁴⁷, algunos de cuyos principios han sido incorporados a la CRD IV y, en el caso concreto de España, en la correspondiente norma de transposición, la Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito que, a su vez, ha tenido su desarrollo reglamentario en un Real Decreto y en una Circular del Banco de España.

Finalmente, en el capítulo de recomendaciones referidas al buen gobierno de las empresas, de carácter voluntario, sujetas al principio conocido internacionalmente como «cumplir o explicar», hay que citar el Libro Verde de la Unión Europea sobre gobierno corporativo de las sociedades cotizadas⁴⁸, de 2011 y, más recientemente, el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas⁴⁹, de la CNMV, de febrero de 2015.

A estos documentos haremos referencia en los apartados siguientes.

2. Los Principios de gobierno corporativo de la OCDE

Los Principios de gobierno corporativo de la OCDE⁵⁰ forman parte de los llamados *Key Standards for Sound Financial Systems*⁵¹, es decir, el conjunto de normas que a juicio del FSB son fundamentales para el mantenimiento de sistemas financieros

⁴⁷ ABE. Guía de la ABE sobre gobierno interno (GL 44). EBA BS 2011 116 final. 27 de septiembre de 2011.

⁴⁸ Libro Verde. La normativa de gobierno corporativo de la UE Bruselas, 5.4.2011. COM(2011) 164 final. http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2011-164_es.pdf

⁴⁹ CNMV. Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas. Febrero 2015. http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_buen_gobierno.pdf

⁵⁰ OCDE. Principios de gobierno corporativo de la OCDE. 2004. <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>

El documento ha sido recientemente sometido a un proceso de revisión y una nueva versión fue remitida al G20 en septiembre de 2015:

G20/OECD. Principles of Corporate Governance. OECD Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors. September 2015.

<http://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-ENG.pdf>

⁵¹ http://www.financialstabilityboard.org/what-we-do/about-the-compendium-of-standards/key_standards/

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

sólidos, gozan de general aceptación y representan los requerimientos mínimos de buenas prácticas que deberían cumplir los países en materia de regulación financiera.

No están referidos exclusivamente a las entidades financieras, sino al conjunto de empresas cotizadas, y centran su atención en los problemas de gobierno que se generan por la separación entre propiedad y control, sin olvidar otros factores como los referidos a las relaciones con los empleados y partes interesadas en general (*stakeholders*), la ética empresarial, los problemas derivados de la corrupción, etc.

Los Principios de la OCDE parten de la idea de que el gobierno corporativo constituye un elemento clave para aumentar la eficacia económica, potenciar el crecimiento y fomentar la confianza de los inversores. La existencia de un sistema eficaz de gobierno corporativo dentro de una sociedad determinada y dentro del conjunto de la economía, contribuye a generar el grado de confianza necesario para el funcionamiento correcto de una economía de mercado. En consecuencia, el coste de capital se reduce y se incita a las empresas a utilizar sus recursos de forma más eficiente, potenciando así el crecimiento.

Para la OCDE, resulta de especial trascendencia *“la relación entre las prácticas de gobierno y el carácter cada vez más internacional de las inversiones. Los flujos internacionales de capital permiten a las sociedades financiarse a través de un grupo de inversores mucho más amplio. Si se pretende que los países puedan obtener todos los beneficios de un mercado de capital global, y si su intención es atraer capital “paciente” a largo plazo, los acuerdos en materia de gobierno corporativo deben resultar creíbles y de fácil comprensión en todos los países, y adherirse a los principios internacionalmente aceptados. Incluso en el caso de las sociedades que no dependen principalmente de fuentes de capital extranjeras, la adhesión a las prácticas de buen gobierno corporativo contribuirán a aumentar la confianza de los inversores nacionales, reducir el coste de capital, asegurar el buen funcionamiento de los mercados financieros y, por último, a atraer a fuentes de financiación más estables”*.

Los Principios que para la OCDE deben guiar las normas de gobierno corporativo se concretan en los siguientes seis puntos:

I. Garantizar la base de un marco eficaz para el gobierno corporativo.

El marco para el gobierno corporativo deberá promover la transparencia y eficacia de los mercados, ser coherente con el régimen legal y articular de forma clara el reparto de responsabilidades entre las distintas autoridades supervisoras, reguladoras y ejecutoras.

II. Los derechos y el tratamiento equitativo de los accionistas y las funciones clave en el ámbito de la propiedad.

El marco para el gobierno corporativo deberá amparar y facilitar el ejercicio de los derechos de los accionistas. Entre los derechos fundamentales de los accionistas debe figurar el derecho a: 1) asegurarse métodos para registrar su propiedad; 2) ceder o transferir acciones; 3) obtener información relevante y sustantiva sobre la sociedad de forma puntual y periódica; 4) participar y votar en las juntas generales de accionistas; 5) elegir y revocar a los miembros del Consejo; y 6) participar en los beneficios de la sociedad. El marco para el gobierno corporativo deberá garantizar un trato equitativo a todos los accionistas, incluidos los minoritarios y los extranjeros. Todos los accionistas deben tener la oportunidad de realizar un recurso efectivo en caso de violación de sus derechos

III. Inversores institucionales, mercados de valores y otros intermediarios.

Un nuevo punto añadido en la revisión de 2015, para resaltar la necesidad de incentivos económicos sanos a través de la cadena de inversores, especialmente institucionales, y de revelar y minimizar los conflictos de intereses que puedan comprometer la integridad de asesores, analistas, bróker, agencias de rating y otros que proporcionan asesoramiento y análisis relevante para los inversores.

IV. El papel de las partes interesadas en el ámbito del gobierno corporativo.

El marco para el gobierno corporativo deberá reconocer los derechos de las partes interesadas establecidos por ley o a través de acuerdos mutuos y fomentar la cooperación activa entre sociedades y las partes interesadas con

vistas a la creación de riqueza y empleo, y a facilitar la sostenibilidad de empresas sanas desde el punto de vista financiero.

V. Divulgación de datos y transparencia.

El marco para el gobierno corporativo deberá garantizar la revelación oportuna y precisa de todas las cuestiones materiales relativas a la sociedad, incluida la situación financiera, los resultados, la titularidad y el gobierno de la empresa.

VI. Las responsabilidades del Consejo.

El marco para el gobierno corporativo deberá garantizar la orientación estratégica de la empresa, el control efectivo de la dirección ejecutiva por parte del Consejo y la responsabilidad de éste frente a la empresa y los accionistas.

3. La Guía del Comité de Basilea. Principios de gobierno corporativo para bancos.

3.1. Cuestiones generales

El Comité de Basilea insiste en la idea de que un gobierno corporativo efectivo es un elemento fundamental para el adecuado desarrollo del sector bancario y de la economía en general, en la medida en que los bancos desempeñan un papel esencial mediante la intermediación de fondos desde los ahorradores y depositantes hacia la financiación de las empresas, contribuyendo al crecimiento económico, de forma que la solidez y seguridad de los bancos y la manera en que las entidades de crédito conducen sus negocios son elementos clave para la estabilidad financiera y la salud de la economía.

El objetivo del gobierno corporativo debería ser la salvaguarda de los intereses de todas las partes afectadas (*stakeholders*), de manera sostenible y en atención al interés público y, en el caso de los bancos minoristas, el interés de los accionistas debería ser secundario respecto del interés de los depositantes⁵².

⁵² *“The primary objective of corporate governance should be safeguarding stakeholders’ interest in conformity with public interest on a sustainable basis. Among stakeholders, particularly with respect to retail banks, shareholders’ interest would be secondary to depositors’ interest.”*

BCBS. Guidelines. Corporate governance principles for Banks. July 2015, pág. 3

De manera resumida, el gobierno corporativo es el conjunto de relaciones que determinan quiénes ostentan la autoridad y quiénes asumen las responsabilidades mediante las cuales se gestionan los negocios y se desarrollan las actividades del banco por su Consejo y sus administradores, incluyendo la forma en que:

- se establecen los objetivos y la estrategia del banco,
- se selecciona y supervisa al personal,
- se gestionan los negocios en el día a día,
- se protegen los intereses de los depositantes, se cumple con las obligaciones hacia los accionistas y se tienen en cuenta los intereses del resto de partes afectadas,
- se alinean la cultura de la empresa, las actividades y la conducta corporativas con las expectativas de que el banco operará de forma segura, con integridad y cumpliendo con las normas aplicables, y
- se establecen las funciones de control.

Dos de los elementos sobre los que la Guía llama especialmente la atención son los referidos a la cultura del riesgo (*risk culture*) en general, a la que dedicaremos un apartado más adelante, y, como caso particular, al riesgo de comportamiento (*conduct risk*). El Consejo debería marcar la pauta (*tone at the top*) y supervisar el papel de los administradores en fomentar y mantener una sólida cultura de riesgo. Los administradores deberían desarrollar un código ético o de conducta para fomentar una cultura de honestidad y responsabilidad en la protección de los intereses de sus clientes y accionistas. Se citan, como casos concretos identificados de conducta inapropiada (*misconduct*): los precedentes de la venta inadecuada de productos financieros a clientes minoristas; la violación de normas nacionales e internacionales (fiscales, antiblanqueo, antiterrorismo, económicas, etc.); y la manipulación de los mercados financieros (de tipos de interés o de tipo de cambio, por ejemplo)⁵³.

⁵³ Sobre el riesgo de conducta, véanse:

EUROPEAN SYSTEMIC RISK BOARD. Report on misconduct risk in the banking sector, June 2015.

FSB. Measures to reduce misconduct risk. Progress Report. 6 November 2015

3.2. Los Principios de la Guía

La Guía⁵⁴ establece trece principios cuya aplicación concreta debe entenderse, en todo caso, proporcionada al tamaño, la complejidad, la estructura, la significación económica, el perfil de riesgo y el modelo de negocio del banco y del grupo al que, en su caso, pertenezca. La Guía elude pronunciarse a favor de un concreto modelo de administración y entiende que los principios, con las debidas adaptaciones, son aplicables a cualquiera de ellos⁵⁵ y, como veremos, enfatiza el papel del Consejo, entendido como el órgano que asume la responsabilidad de la administración del banco. Los trece principios son los siguientes:

3.2.1. Principio 1: Total responsabilidad del Consejo.

El Consejo tiene la responsabilidad total sobre el banco, incluyendo la aprobación y supervisión de la puesta en práctica por los administradores de los objetivos estratégicos del banco, su marco de gobernanza y su cultura corporativa.

El Consejo tiene la responsabilidad última sobre la estrategia de negocios del banco y su solidez financiera, las decisiones del personal clave, la organización interna, la estructura y las prácticas de gobernanza, la gestión del riesgo y las obligaciones de cumplimiento normativo. Si lo considera apropiado, puede delegar algunas de sus funciones, pero no su responsabilidad, en comités del Consejo.

⁵⁴ BCBS. Guidelines. Corporate governance principles for Banks. July 2015.

⁵⁵ “18. This document refers to a governance structure composed of a board of directors and senior management. Senior management is sometimes called the executive committee, the executive board or the management board. Some countries use a formal two-tier structure, where the supervisory function of the board is performed by a separate entity known as a supervisory board or audit and supervisory board, which has no executive functions. Other countries use a one-tier structure in which the board of directors has a broader role. Still other countries have moved or are moving to a mixed approach that discourages or prohibits executives from serving on the board of directors or limits their number and/or requires the board and board committees to be chaired only by non-executive or independent board members. Some countries also prohibit the chief executive officer (CEO) from serving as chair of the board of directors or even from being part of the board of directors.”

BCBS. Guidelines. Corporate governance principles for Banks. July 2015, pág. 6.

Los miembros del Consejo están sometidos al deber de cuidado (*duty of care*)⁵⁶ y al deber de lealtad (*duty of loyalty*)⁵⁷ hacia el banco, conforme a la legislación nacional aplicable y a los estándares de supervisión, y entre sus obligaciones y responsabilidades la Guía cita:

- involucrarse activamente en los asuntos de la entidad y mantenerse al corriente de los cambios materiales en los negocios del banco y su entorno externo, así como actuar oportunamente para proteger los intereses del banco a largo plazo;
- aprobar y supervisar los objetivos de negocio del banco y la estrategia y el seguimiento de su puesta en práctica;
- liderar el establecimiento de los valores y la cultura corporativos de la entidad
- supervisar la puesta en práctica del marco de gobernanza de la entidad y revisar periódicamente su adecuación a la luz de los cambios en el tamaño, la complejidad, la estrategia de negocio, los mercados y los requerimientos regulatorios;
- establecer, conjuntamente con la alta dirección y la dirección de riesgos, el apetito al riesgo del banco, tomando en consideración el entorno competitivo y regulatorio, los intereses a largo plazo del banco, su exposición al riesgo y la capacidad para gestionarlo de manera efectiva;
- supervisar la observancia de la política de riesgos de la entidad y de los límites de riesgo establecidos;
- aprobar y supervisar las políticas clave en relación con el proceso de adecuación de capital, los planes de capital y liquidez, las políticas de cumplimiento y los sistemas de control interno;
- requerir que el banco mantenga una sólida función financiera (*finance function*) responsable de la contabilidad y la información financiera;

⁵⁶ *The duty of board members to decide and act on an informed and prudent basis with respect to the bank. Often interpreted as requiring board members to approach the affairs of the company the same way that a “prudent person” would approach his or her own affairs*

⁵⁷ *The duty of board members to act in good faith in the interest of the company. The duty of loyalty should prevent individual board members from acting in their own interest, or the interest of another individual or group, at the expense of the company and shareholders.*

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

- aprobar los estados financieros anuales y requerir una revisión periódica independiente de las áreas críticas;
- supervisar las políticas de remuneración, incluyendo el seguimiento y la revisión de la remuneración de los ejecutivos, valorando si está alineada con la cultura y apetito al riesgo del banco;
- supervisar la integridad, independencia y efectividad de las políticas y procedimientos de denuncias internas (*whistleblowing*);
- asegurarse de que las funciones de gestión del riesgo, cumplimiento y auditoría interna están adecuadamente situadas en la entidad, cuentan con recursos y desarrollan sus responsabilidades de manera independiente, objetiva y efectiva;
- seleccionar al primer ejecutivo (*chief executive officer*, ceo) y otros miembros clave de la alta administración; y
- supervisar a la alta administración, manteniéndoles responsables de sus acciones y adoptando las medidas oportunas cuando tales acciones no estén alineadas con las expectativas de consecución del Consejo.

3.2.2. *Principio 2: Composición y cualificación del Consejo*

Los miembros del Consejo deberían estar y mantenerse cualificados, individual y colectivamente, para su puesto. Deberían entender su papel de supervisión y gobierno corporativo y deberían poder realizar un juicio objetivo y sólido acerca de los asuntos del banco.

Los miembros del Consejo asumen responsabilidades sobre la totalidad de los intereses del Banco, independientemente de quién los haya designado. No deberían tener ningún conflicto de intereses que pudiese impedir el cumplimiento de sus obligaciones de manera objetiva e independiente y exenta de influencias indebidas de personas o relaciones económicas, profesionales o personales.

3.2.3. Principio 3: Estructura y prácticas del Consejo

El Consejo debería definir las estructuras de gobernanza y las prácticas para su propio trabajo y disponer de los medios para que tales prácticas sean seguidas y periódicamente revisadas para su permanente efectividad.

El Consejo debería estructurarse, en términos de liderazgo, tamaño y utilización de comités, para poder desarrollar de manera efectiva su papel de supervisión y sus otras responsabilidades, incluyendo el disponer de tiempo y medios para tratar y discutir todos los asuntos con suficiente profundidad y solidez.

El Presidente del Consejo, elegido en base a su experiencia, competencia, cualidades personales y liderazgo, juega un papel crucial en orden al correcto funcionamiento del Consejo, el mantenimiento de las relaciones de confianza entre sus miembros, la toma de decisiones, el promover la discusión y asegurar la libre expresión de opiniones discrepantes. Para promover los controles y equilibrios (*checks and balances*) dentro del Consejo, el Presidente debería ser un miembro independiente o no ejecutivo o, en aquellas jurisdicciones donde se le permite asumir obligaciones ejecutivas, el banco debería establecer medidas adecuadas para mitigar el potencial desequilibrio.

En cuanto a los comités del Consejo, la Guía no prescribe el establecimiento obligatorio de ninguno de ellos, sino que recomienda que su número y naturaleza se hagan depender del tamaño del banco, de la naturaleza de sus negocios y de su perfil de riesgos. En todo caso, los comités deben ser creados y mandatados por el Consejo; deberían disponer de un reglamento (*charter*) con su mandato, ámbito de actuación y procedimiento de trabajo, así como sobre la forma de comunicación con el Consejo; llevar actas de sus deliberaciones y decisiones; su número, objeto y composición deberían ser públicos; y deberían ser presididos por un miembro independiente, no ejecutivo. Se citan como posibles comités los de auditoría, de riesgos, de remuneraciones, de nominaciones/recursos humanos, y de ética y cumplimiento normativo.

3.2.4. Principio 4: Alta administración (senior management)

Bajo la dirección y supervisión del Consejo, la alta administración debe desarrollar y gestionar las actividades del banco de forma consistente con la estrategia empresarial, el apetito al riesgo y las políticas, de remuneración y otras, aprobadas por el Consejo.

De conformidad con la orientaciones del Consejo, la alta administración debe poner en práctica las estrategias de negocio, los sistemas de gestión del riesgo, la cultura de riesgos de la entidad y los procesos y controles para gestionarlos, tanto los financieros como los no financieros; establecer las responsabilidades en orden al cumplimiento de la regulación y las políticas internas; y proporcionar al Consejo la información que éste necesita para cumplir con sus responsabilidades, supervisar la administración y valorar la calidad de su desempeño.

3.2.5. Principio 5: Gobernanza de los grupos

En un grupo económico, el Consejo de la matriz tienen la total responsabilidad sobre el grupo y la de asegurar el establecimiento y funcionamiento de un claro marco de gobernanza apropiado a la estructura, negocios y riesgos del grupo y de sus entidades. El Consejo y la alta administración deben conocer y entender la estructura del grupo y los riesgos que plantea.

Para cumplir con sus responsabilidades en esta área, el Consejo de la matriz debe establecer la estructura del grupo; definir la estructura de gestión de las filiales teniendo en cuenta los riesgos a los que está expuesto el grupo, sus negocios y sus subsidiarias; supervisar el cumplimiento de las filiales con los requerimientos legales y regulatorios que les sean aplicables; y mantener relaciones efectivas con los supervisores, tanto del grupo como de las filiales.

La Guía advierte, en particular, acerca de los riesgos de operar mediante estructuras excesivamente complejas o no transparentes, así como, en general, del reto que supone identificar y gestionar los riesgos del grupo en su conjunto, en el que conviven diferentes estructuras (filiales, sucursales, unidades, ...) propias del negocio bancario junto a otras creadas por razones legales, regulatorias, fiscales, etc.

3.2.6. Principio 6: Función de gestión de riesgo (risk management function)

Los bancos deberían tener una función de gestión del riesgo independiente, bajo la dirección de un director de riesgos (*chief risk officer*, CRO) con suficiente nivel dentro de la organización, independencia, recursos y acceso al Consejo.

El contenido de este principio sobre la función de gestión del riesgo y los tres siguientes referidos a la identificación, seguimiento y control del riesgo y su comunicación, la función de cumplimiento normativo y la de auditoría interna serán tratados en apartados específicos, por lo que nos limitamos aquí a enumerar los correspondientes principios.

3.2.7. Principio 7: Identificación, seguimiento y control del riesgo

Los riesgos deben ser identificados, seguidos y controlados de manera recurrente tanto en base individual como para el conjunto de la entidad. La sofisticación de la gestión del riesgo y la infraestructura de control interno deben ir acompañadas al perfil de riesgo del banco, al entorno y a las prácticas de la industria.

3.2.8. Principio 8: Comunicación del riesgo

Un efectivo marco de gobernanza del riesgo requiere de una comunicación sólida dentro del banco, tanto a través del conjunto de la organización, como de información al Consejo y la alta administración.

3.2.9. Principio 9: Cumplimiento normativo

El Consejo es responsable de la supervisión de la gestión del riesgo de cumplimiento del banco. El Consejo debe establecer una función de cumplimiento (*compliance function*) y aprobar las políticas y los procesos para identificar, valorar, seguir, comunicar y notificar sobre el riesgo de cumplimiento.

3.2.10. Principio 10: Auditoría interna

La función de auditoría interna debe proporcionar, de forma independiente, seguridad al Consejo y apoyar al Consejo y la alta administración en promover un efectivo proceso de gobernanza y la solidez del banco a largo plazo.

3.2.11. Principio 11: Remuneraciones (compensation)

La estructura de remuneración del banco debe respaldar un sano gobierno corporativo y de gestión del riesgo. Los sistemas de remuneración son una parte esencial de la gobernanza de la entidad, mediante los que se promueven un adecuado desempeño y una aceptable conducta de asunción de riesgos y se refuerza la cultura operativa y de riesgos de la entidad.

Las entidades de importancia sistémica deberían contar con un comité de remuneraciones como parte integral de su estructura de gobernanza. El Consejo o, por su delegación, el comité de remuneraciones, es el responsable de supervisar la puesta en práctica por la administración del sistema de remuneraciones para el conjunto de la entidad y del seguimiento y revisión de sus resultados valorando si el sistema crea los incentivos adecuados para la gestión del riesgo, del capital y de la liquidez.

Más allá de esta idea de la necesaria coherencia entre la política de remuneraciones y la gestión del riesgo por parte de las entidades, de *“políticas y prácticas de remuneración que sean compatibles con una gestión adecuada y eficaz de riesgos y que la promuevan”* (artículo 29.1 LOSS), el tratamiento de las remuneraciones no será objeto de análisis en este trabajo, por lo que nos limitaremos a dejar aquí constancia de las principales guías y normas en las que se regula:

- FSF. Principles for Sound Compensation Practices. 2 April 2009.
- CEBS. High-level principles for Remuneration Policies. 20 April 2009.
- FSB. Principles for Sound Compensation Practices. Implementation Standards. 25 September 2009.
- BCBS. Compensation Principles and Standards Assessment Methodology. January 2010.

- CEBS. Guidelines on Remuneration Policies and Practices. 10 December 2010
- BCBS. Pillar 3 disclosure requirements for remuneration. July 2011.
- EBA. Guidelines on the applicable notional discount rate for variable remuneration. EBA/GL/2014/01. 27 March 2014.
- EBA. Guidelines on the data collection exercise regarding high earner. EBA/GL/2014/07. 16 July 2014.
- EBA. Guidelines on the remuneration benchmarking exercise. EBA/GL/2014/08. 16 July 2014.
- EBA. Consultation Paper. Draft Guidelines on sound remuneration policies under Article 74(3) and 75(2) of Directive 2013/36/EU and disclosures under Article 450 of Regulation (EU) n° 575/2013. EBA/CP/2015/3. 4 March 2015⁵⁸.
- Artículos 92 a 95 de la Directiva 2013/36 CRD IV.
- Reglamento Delegado (UE) n° 604/2014 de la Comisión de 4 de marzo de 2014 por el que se complementa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación en relación con los criterios cualitativos y los criterios cuantitativos adecuados para determinar las categorías de personal cuyas actividades profesionales tienen una incidencia importante en el perfil de riesgo de una entidad (DO de 6.6.2014).
- Artículos 32 a 36 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE de 27 de junio).
- Artículos 36 a 40 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 (BOE de 14 de febrero).
- Capítulo 4 de la Circular x/2015 del Banco de España sobre supervisión y solvencia que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) n° 575/2013.
- Artículo 5 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero (BOE de 4).

⁵⁸ El documento estuvo abierto a consulta pública hasta el 4 de junio de 2015

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

- Orden ECC/1762/2012, de 3 de agosto, por la que se desarrolla el artículo 5 del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, en materia de remuneraciones en las entidades que reciban apoyo financiero público para su saneamiento o reestructuración (BOE de 8).
- Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, por la que se determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores (BOE de 23 de marzo de 2013).

Por su parte, el Banco de España ha acordado hacer suyas las Guías que se relacionan a continuación:

- CEBS. Guía sobre políticas y prácticas de remuneración. 2011.
- EBA/GL/2014/01. Directrices sobre el tipo de descuento teórico aplicable a la remuneración variable.
- EBA/GL/2014/07. Guidelines on the data collection exercise regarding high earners.
- EBA/GL/2014/08. Guidelines on the remuneration benchmarking exercise.

3.2.12. Principio 12: Divulgación (disclosure) y transparencia

La gobernanza del banco debe ser adecuadamente transparente para sus accionistas, depositantes, otras partes interesadas y participantes en el mercado.

El objetivo de la transparencia en el área de gobierno corporativo es proporcionar a las partes interesadas (accionistas, depositantes, otros interesados y participantes en el mercado) la información necesaria para permitirles valorar la efectividad del Consejo y la alta administración en el gobierno del banco, información que debería incluir, al menos, los objetivos del banco, sus estructuras de gobernanza y organizativas, y sus políticas en relación con la composición del accionariado y los derechos de voto y las transacciones con partes vinculadas.

3.2.13. Principio 13: El papel de los supervisores

Los supervisores deberían proporcionar directrices y supervisar el gobierno corporativo de los bancos, incluso mediante evaluaciones generales y regular interacción con el Consejo y la alta administración; requerir mejoras y acciones correctoras en caso necesario; y compartir información con otros supervisores.

Los supervisores deberían:

- establecer procesos para evaluar el gobierno corporativo de los bancos, mediante revisiones regulares, informes, entrevistas con los miembros del Consejo y el personal del banco y otras modalidades de seguimiento tanto interno como externo;
- interactuar regularmente con el Consejo, sus miembros individualmente, la alta administración y los responsables de la gestión del riesgo, del cumplimiento normativo y de la función de auditoría interna;
- disponer de un conjunto de herramientas adecuadas para afrontar las necesidades de mejora y los fallos de gobernanza de la entidad, que le permitan requerir determinadas medidas y exigir cambios en las políticas o prácticas del banco, en la composición del Consejo o la alta dirección u otras acciones correctoras; y
- establecer guías o normas para requerir a las entidades la adopción de políticas y prácticas robustas de gobierno corporativo que, entre otros aspectos, se refieran al establecimiento de controles y equilibrios, una clara asignación de responsabilidades entre los miembros del Consejo, la alta administración y el conjunto de la entidad; así como compartir con las entidades supervisadas las mejores prácticas en materia de gobierno corporativo.

A este último punto nos referiremos en los siguientes apartados dedicados el primero de ellos a la Guía de la Autoridad Bancaria Europea sobre gobierno interno y el siguiente a cómo algunas de estas indicaciones han acabado siendo incorporadas, ya como normas, al ordenamiento jurídico comunitario y en nuestro país.

4. La Guía de la EBA sobre gobierno interno de las entidades de crédito

La Autoridad Bancaria Europea, tomando como base los trabajos de otros reguladores⁵⁹ y guías anteriores del CEBS, emitió en 2011 su Guía sobre gobierno interno⁶⁰, concepto este último algo más restringido que el de gobierno corporativo. La Guía de la EBA comparte el criterio de que la confianza en la fiabilidad del sistema bancario es crucial para su buen funcionamiento y constituye un requisito previo para que contribuya a la economía en su conjunto, y constata que, de los estudios realizados en su momento por el CEBS, *“no se determinó que los problemas provocados por un gobierno interno deficiente fueran el desencadenante directo de la crisis pero sí un factor subyacente crucial. Los fallos eran con frecuencia el resultado de no implantar las guías existentes de forma adecuada”*.

En un sentido amplio, el gobierno corporativo hace referencia al conjunto de relaciones entre las entidades, sus accionistas, sus gestores y otras partes interesadas. El gobierno interno, a juicio de la EBA, es un componente limitado del gobierno corporativo referido a la organización y estructura interna de la entidad, que incluye: el establecimiento de los objetivos y las estrategias del banco y del apetito y la tolerancia al riesgo; la forma en que se organiza el negocio; la distribución de la autoridad y las responsabilidades; las líneas de comunicación y la información que se transmite; la forma de organizar el control interno; la solidez de los sistemas de tecnología de la información (IT); los acuerdos de externalización; y la gestión de la continuidad del negocio.

La Guía de la EBA se estructura en torno a seis capítulos dedicados a: la organización y estructura corporativa; el órgano de dirección (término equivalente al de Consejo empleado en la Guía del BCBS); la gestión de riesgos; el control interno; los sistemas de información y comunicación y la gestión de la continuidad del negocio; y la transparencia. Como quiera que la Guía de la EBA es anterior a la del BCBS, la práctica

⁵⁹ EUROPEAN COMMISSION. Green Paper. Corporate governance in financial institutions and remuneration policies. Brussels, 2.6.2010. COM(2010) 284 final

⁶⁰ ABE. Guía de la ABE sobre gobierno interno (GL 44). EBA BS 2011 116 final. 27 de septiembre de 2011.

totalidad de su contenido se encuentra recogido y ampliado en esta última, por lo que resulta innecesario reiterar lo ya expuesto en el apartado anterior.

Sí interesa destacar, sin embargo, dos aspectos de la Guía de la EBA. En primer lugar su estatus jurídico: ya no se trata de un mero conjunto de orientaciones como puedan ser los emitidos por el Comité de Basilea, sino de una Guía/Directriz de las previstas en el artículo 16 del Reglamento 1093/2010⁶¹, dirigida a las autoridades de supervisión y a las entidades financieras, que se rige por el principio de “cumple o explica”.

En segundo lugar, la Guía vino a completar un mandato legal: el contenido en el artículo 22 de la (actualmente derogada) Directiva 2006/48 CRD:

“Las autoridades competentes del Estado miembro de origen exigirán que cada entidad de crédito disponga de sólidos procedimientos de gobierno corporativo, incluida una estructura organizativa clara, con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes, procedimientos eficaces de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos a los que esté o pueda estar expuesta, mecanismos adecuados de control interno, incluidos procedimientos administrativos y contables adecuados, así como políticas y prácticas de remuneración que sean compatibles con una gestión adecuada y eficaz del riesgo y la promuevan.”

Mandato ahora recogido en términos similares en el artículo 74.1⁶² de la Directiva 2013/36 CRD IV, Directiva que además ha incorporado a su articulado un conjunto de normas referidas específicamente al gobierno corporativo de las entidades de crédito, a las que nos referiremos a continuación.

⁶¹ 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 (DO de 15.12.2010).

⁶² *“Las entidades se dotarán de sólidos procedimientos de gobierno corporativo, incluida una estructura organizativa clara con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes, procedimientos eficaces de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos a los que esté expuesta o pueda estarlo, mecanismos adecuados de control interno, incluidos procedimientos administrativos y contables correctos, así como políticas y prácticas de remuneración que sean compatibles con una gestión adecuada y eficaz de riesgos y que la promuevan.”*

5. El gobierno corporativo en la CRD IV

La regulación comunitaria ha dado un paso más en materia de gobierno corporativo regulando en nueve artículos de la Directiva CRD IV varios de los principios recogidos en la Guía de la EBA, lo que obliga a los Estados miembros a su incorporación en sus respectivos ordenamientos jurídicos, si bien se ha mantenido el criterio de conjugar normas prescriptivas con meros principios orientadores.

En este sentido, la CRD IV insta a los Estado miembros a velar por que el órgano de dirección defina un sistema de gobierno corporativo que garantice una gestión eficaz y prudente de la entidad, que incluya el reparto de funciones en la organización y la prevención de conflictos de intereses, vigile su aplicación y responda de ella, controle y evalúe periódicamente la eficacia del sistema y tome las medidas adecuadas para solventar cualesquiera deficiencias.

Dicho sistema de gobierno corporativo deberá atenerse a una serie de principios:

- a) la responsabilidad general de la entidad, la aprobación y vigilancia de la aplicación de sus objetivos estratégicos, su estrategia de riesgo y su gobierno interno, debe recaer en el órgano de dirección;*
- b) el órgano de dirección debe garantizar la integridad de los sistemas de información contable y financiera, incluidos el control financiero y operativo y el cumplimiento de la legislación y las normas pertinentes;*
- c) el órgano de dirección debe supervisar el proceso de divulgación de información y las comunicaciones;*
- d) el órgano de dirección debe ser responsable de garantizar una supervisión efectiva de la alta dirección;*
- e) el presidente del órgano de dirección en su función de supervisión de una entidad no debe poder ejercer simultáneamente las funciones de consejero delegado de la misma entidad, salvo que la entidad lo justifique y las autoridades competentes lo autoricen.*

El órgano de dirección debe poseer colectivamente los conocimientos, competencias y experiencia oportunos para poder entender las actividades de la entidad y sus

principales riesgos. Los miembros del órgano de dirección deberán tener los conocimientos, competencias y experiencia indispensables para ejercer sus funciones; actuarán con honestidad, integridad e independencia de ideas, evaluando y cuestionando, en su caso, de manera efectiva las decisiones de la alta dirección; y dedicarán el tiempo suficiente al desempeño de sus funciones en la entidad, limitándose el número de direcciones que pueden ocupar simultáneamente, atendiendo a la naturaleza, dimensión y complejidad de las actividades de la entidad.

Las entidades de importancia sistémica deben establecer un comité de nombramientos integrado por miembros del órgano de dirección que no desempeñen funciones ejecutivas, encargado de identificar y recomendar candidatos, evaluar el equilibrio de conocimientos, capacidad, diversidad y experiencia del órgano de dirección; establecer un objetivo de representación para el sexo menor representado; evaluar periódicamente, y al menos una vez al año, la estructura, el tamaño, la composición y la actuación del órgano de dirección, y los conocimientos, competencias y experiencia de los diversos miembros del órgano de dirección y de éste en su conjunto; y revisar periódicamente la política del órgano de dirección en materia de selección y nombramiento de los miembros de la alta dirección

Las entidades que tengan sitio web explicarán en ella cómo cumplen los requisitos sobre gobierno corporativo y remuneraciones.

6. El gobierno corporativo en la Ley de ordenación, supervisión y solvencia

La trasposición de la CRD IV al ordenamiento jurídico español se ha realizado mediante la Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito⁶³ que dedica su Capítulo V al gobierno corporativo y la política de

⁶³ Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE de 27).

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

remuneraciones⁶⁴ de las entidades; Ley que tiene su desarrollo reglamentario en el Real Decreto 84/2015⁶⁵ y en la Circular x/2015 del Banco de España.

La Ley española obliga a las entidades, de manera proporcionada a la naturaleza, escala y complejidad de los riesgos inherentes a su modelo empresarial y las actividades que desarrolle, a dotarse de sólidos procedimientos de gobierno corporativo, que incluirán:

- a) *Una estructura organizativa clara con líneas de responsabilidades bien definidas, transparentes y coherentes;*
- b) *Procedimientos eficaces de identificación, gestión, control y comunicación de los riesgos a los que estén expuestas o puedan estarlo;*
- c) *Mecanismos adecuados de control interno, incluidos procedimientos administrativos y contables correctos;*
- d) *Políticas y prácticas de remuneración que sean compatibles con una gestión adecuada y eficaz de riesgos y que la promuevan.*

Se asigna al consejo de administración la responsabilidad sobre la definición, y la vigilancia de su aplicación, del sistema de gobierno corporativo de la entidad, que incluya el adecuado reparto de funciones en la organización y la prevención de conflictos de intereses, de forma que se garantice una gestión sana y prudente. Recuérdese; además; que uno de los requisitos para ejercer la actividad por parte de las entidades de crédito es: *“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*

⁶⁴ Reiteramos que la política de remuneraciones no es objeto de análisis en este trabajo. Véase apartado 3.2.11.

⁶⁵ 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 (BOE de 14).

Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, u otras disposiciones que sean de aplicación” (artículo 4 del Real Decreto 84/2015).

En materia de gobierno corporativo, se consideran funciones indelegables del consejo de administración:

- a) La vigilancia, control y evaluación periódica de la eficacia del sistema de gobierno corporativo así como la adopción de las medidas adecuadas para solventar, en su caso, sus deficiencias.*
- b) Asumir la responsabilidad de la administración y gestión de la Entidad, la aprobación y vigilancia de la aplicación de sus objetivos estratégicos, su estrategia de riesgo y su gobierno interno.*
- c) Garantizar la integridad de los sistemas de información contable y financiera, incluidos el control financiero y operativo y el cumplimiento de la legislación aplicable.*
- d) Supervisar el proceso de divulgación de información y las comunicaciones relativas a la entidad de crédito.*
- e) Garantizar una supervisión efectiva de la alta dirección.*

Adicionalmente, el consejo de administración es el responsable de los riesgos que asuma la entidad, por lo que deberán establecerse canales eficaces de información al consejo sobre las políticas de gestión de riesgos y sobre los riesgos importantes a los que ésta se enfrenta. En el ejercicio de su responsabilidad sobre gestión de riesgos, el consejo de administración deberá dedicar tiempo suficiente a la consideración de las cuestiones relacionadas con los riesgos y aprobar y revisar periódicamente las estrategias y políticas de asunción, gestión, supervisión y reducción de los riesgos a los que la entidad esté o pueda estar expuesta, incluidos los que presente la coyuntura macroeconómica en que opera en relación con la fase del ciclo económico.

Las entidades deberán evaluar y controlar todos los riesgos que sean relevantes y establecer por escrito políticas de asunción de riesgos y procedimientos adecuados de medición interna, pruebas de tensión, límites operativos, frecuencia de revisión, órgano o persona responsable y demás aspectos relevantes, documentando adecuadamente el funcionamiento de los sistemas de control interno establecidos. Además, deberán

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

disponer de procedimientos adecuados que permitan facilitar a las autoridades supervisoras cualquier dato e información que resulte pertinente para su supervisión.

Por lo que se refiere a los miembros del consejo, las entidades de crédito deberán constituir un comité de nombramientos, integrado por miembros del consejo de administración, en número no inferior a tres, que no desempeñen funciones ejecutivas en la entidad. El comité establecerá un objetivo de representación para el sexo menos representado en el consejo y elaborará orientaciones sobre cómo alcanzar dicho objetivo. Al menos un tercio de sus miembros y, en todo caso el presidente, deberán ser consejeros independientes.

Se le asignan al comité de nombramientos, entre otras, las funciones de identificar y recomendar candidatos para proveer los puestos vacantes del consejo de administración, así como de evaluar periódicamente el equilibrio de conocimientos, capacidad, diversidad y experiencia del consejo de administración; la idoneidad de los diversos miembros del consejo de administración y de este en su conjunto; la estructura, el tamaño, la composición y la actuación del consejo; y la política en materia de selección y nombramiento de los miembros de la alta dirección. En el desempeño de su cometido, el comité de nombramientos tendrá en cuenta, en la medida de lo posible y de forma continuada, la necesidad de velar por que la toma de decisiones del consejo de administración no se vea dominada por un individuo o un grupo reducido de individuos de manera que se vean perjudicados los intereses de la entidad en su conjunto.

En cuanto al presidente del consejo de administración, no podrá ejercer simultáneamente el cargo de consejero delegado, salvo que la entidad lo justifique y el Banco de España lo autorice.

Por último, en lo relativo a la transparencia y difusión de la información⁶⁶, las entidades de crédito deben contar con una página web donde ofrecerán de forma clara,

⁶⁶ Téngase en cuenta además que con carácter general las entidades de crédito emiten valores admitidos a cotización en mercados oficiales, por lo que les resulta de aplicación la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, por la que se determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores. (BOE de 23 de marzo de 2013)

comprensible y comparable, la información en materia de gobierno corporativo y la manera en que cumplen con sus obligaciones de gobierno corporativo y remuneraciones. El consejo de administración será responsable de mantener la información anterior actualizada.

IV. LOS MECANISMOS DE CONTROL INTERNO. *THE “THREE LINES OF DEFENCE”*

• **Principio 15⁶⁷ – Proceso de gestión del riesgo:** El supervisor determina que los bancos cuentan con un proceso integral de gestión del riesgo (que incluye una eficaz vigilancia por parte del Consejo y la alta dirección) para identificar, cuantificar, evaluar, vigilar, informar y controlar o mitigar oportunamente todos los riesgos significativos y para evaluar la suficiencia de su capital y liquidez en relación con su perfil de riesgo y la situación macroeconómica y de los mercados. Esto abarca el desarrollo y examen de mecanismos de contingencia (incluidos planes de recuperación robustos y creíbles cuando proceda) que tengan en cuenta las circunstancias específicas del banco. El proceso de gestión del riesgo está en consonancia con el perfil de riesgo y la importancia sistémica del banco.

1. El control interno

Bajo los términos de mecanismos, sistemas o función de control interno se hace referencia al conjunto de disposiciones y normas que establecen la organización y la estructura operativa de la entidad, independiente de la gestión, que le permitan disponer y desarrollar sistemas que garanticen la eficacia de las operaciones; el control de los riesgos; una conducta empresarial prudente; la fiabilidad de la información financiera y no financiera comunicada y divulgada (interna y externamente); el cumplimiento de la leyes, la normativa y los requerimientos de los supervisores y las políticas y procedimientos internos de la entidad; y asuma la responsabilidad de

67 BCBS. Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz. Septiembre de 2012.

proporcionar al Consejo y la alta administración de forma objetiva la información y la valoración precisas.

Aunque el término dista de gozar de una general aceptación⁶⁸, el control interno de las entidades se estructura en lo que se ha dado en llamar las “*three lines of defence*”:

- La primera línea estaría constituida por las propias áreas de negocio de la entidad (*business lines*) en cuanto que “propietarias” del riesgo, es decir, por aquellas unidades que conocen, asumen y gestionan los riesgos a los que se somete la entidad. Las áreas de negocio asumen también la responsabilidad de gestionar en el día a día los mecanismos de control adecuados para el desarrollo de sus actividades, de manera consistente con los objetivos de la entidad y con las políticas y los procedimientos establecidos con carácter general. La cultura de riesgo de la entidad debería reflejarse en la forma en que las líneas de negocio realizan sus actividades.
- La segunda línea la ocupa la función de gestión de riesgos, responsable específicamente y de manera independiente de la anterior, de identificar, valorar, seguir e informar acerca de los riesgos que, en su totalidad, afronta el banco. Los tres elementos básicos de esta segunda línea son el marco de gobernanza del riesgo, el *chief risk officer* –CRO- y el comité de riesgos. La función de cumplimiento normativo se considera que forma parte también de la segunda línea.
- La función de auditoría interna asume la tercera línea de defensa, desarrollando de manera objetiva e independiente de la gestión, revisiones que proporcionen seguridad al Consejo acerca de la efectividad del marco de gobernanza de la entidad, incluyendo la gobernanza del riesgo, y de que las políticas y los procesos están adecuadamente establecidos y se aplican de manera consistente.

⁶⁸ Seguiremos por ello la versión contenida en la Guía sobre *Corporate governance principles for banks*, de julio de 2015 del Comité de Basilea a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior.

2. La función de gestión de riesgos

2.1. El marco de gobernanza del riesgo. El RAS

Ya hicimos referencia a que el Consejo es el responsable de definir y supervisar el marco de gobernanza del riesgo, mediante el cual el Consejo y la alta administración establecen su estrategia de riesgos, en coherencia con la estrategia de negocio, y los mecanismos para identificar, valorar, seguir y controlar los riesgos. Un sólido marco de gobernanza del riesgo debería incluir la cultura de riesgo de la entidad, su apetito al riesgo, la asignación de responsabilidades, el adecuado alineamiento con los planes estratégicos, financieros y de capital de la entidad y las políticas de remuneración, y los procedimientos de información y notificación al Consejo, así como las acciones a adoptar en caso de excesiva asunción de riesgos o quebrantamiento de los límites.

Un elemento central de este marco de gobernanza del riesgo es el llamado *risk appetite statement* (RAS) en el que se recoge por escrito la articulación del nivel agregado y de los tipos de riesgo que el banco está dispuesto a aceptar o a evitar, de cara a la consecución de sus objetivos de negocio, y su cuantificación en relación con los resultados, el capital, la liquidez y otros indicadores relevantes⁶⁹. El RAS debería incluir consideraciones tanto cuantitativas como cualitativas acerca de los riesgos; los niveles y tipos de riesgo que se está dispuesto a asumir en el desarrollo de las actividades dada una determinada capacidad (en términos de tamaño de balance, nivel de capital, límites regulatorios,...); los límites dentro de los que operar de acuerdo con la estrategia de negocio; y los modos de comunicación, tanto ascendente como descendente, entre los distintos niveles de la entidad.

2.2. La función de gestión de riesgos

El velar por el cumplimiento de lo recogido en el RAS corresponde a la función de gestión de riesgos, cuya responsabilidad se concreta en:

⁶⁹ FSB. Principles for an effective risk appetite framework. November 2013

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

- identificar los riesgos, individuales, agregados o emergentes, que resulten relevantes para la entidad⁷⁰;
- valorar y medir la exposición del banco a dichos riesgos;
- desarrollar y poner en práctica el marco de gobernanza del riesgo aprobado por el consejo, lo que incluye la cultura de riesgo y el apetito al riesgo de la entidad y la fijación de los límites a la asunción de riesgos;
- en línea con lo anterior, seguir las actividades de asunción de riesgos y las exposiciones y su relación con las necesidades de capital y liquidez;
- establecer mecanismos de aviso temprano y de alarma para el caso de incumplimiento de los límites;
- influenciar y en su caso cuestionar decisiones que den lugar a un incremento material del riesgo;
- informar a la alta administración, al consejo y al comité de riesgos de sus conclusiones y proponer las acciones para mitigar riesgos que resulten apropiadas; y
- promover la identificación y valoración crítica de los riesgos entre los gestores con distintos niveles de responsabilidad.

Se suele incluir en este apartado a la función financiera (*finance function*; el término intervención en más habitual en castellano) encargada de asegurar que los resultados y el rendimiento de las actividades son adecuadamente reflejados e informados al Consejo, a la administración y a las líneas de negocio, información que además constituye la base para las decisiones de negocio y de riesgo que estos adopten.⁷¹

⁷⁰ Sin ánimo de exhaustividad, los *Core Principles* de Basilea citan los riesgos de crédito y de concentración; riesgo país y riesgo de transferencia; riesgos de mercado, de liquidez, de tasa de interés en la cartera bancaria y operacional.

⁷¹ Véanse igualmente las recomendaciones contenidas en el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, de la CNMV, de febrero de 2015:

Recomendación 45

Que la política de control y gestión de riesgos identifique al menos:

a) Los distintos tipos de riesgo, financieros y no financieros (entre otros los operativos, tecnológicos, legales, sociales, medio ambientales, políticos y reputacionales) a los que se enfrenta la sociedad, incluyendo entre los financieros o económicos, los pasivos contingentes y otros riesgos fuera de balance

2.3. El CRO y el Comité de riesgos

El Comité de Basilea recomienda que las entidades de gran tamaño, complejas y activas internacionalmente dispongan de un CRO (*chief risk officer*) o de un gestor equivalente, que asuma íntegramente la responsabilidad de la función de gestión del riesgo, con un nivel de autoridad adecuado, que actúe con independencia y con funciones no ejecutivas (*no dual hatting*) y que apoye al Consejo en su involucración y supervisión del marco de gobernanza del riesgo.

En cuanto al comité de riesgos del Consejo, es el responsable de asesorar a éste sobre el apetito al riesgo actual y futuro de la entidad, supervisar la implantación del RAS por la alta administración, informar sobre el estado de la cultura de riesgo del banco e interactuar con y supervisar al CRO. Entre sus trabajos se incluiría la supervisión de las estrategias de gestión del capital, de la liquidez y de los principales riesgos: crédito, mercado, operacional, reputacional; y de que son consistentes con el apetito al riesgo establecido.

El Comité de Basilea requiere la constitución de un comité de riesgos en los bancos de importancia sistémica y lo recomienda en otros atendiendo a su tamaño, perfil de riesgos o complejidad; debería ser distinto del comité de auditoría, aunque se le pueden

b) La fijación del nivel de riesgo que la sociedad considere aceptable.

c) Las medidas previstas para mitigar el impacto de los riesgos identificados, en caso de que llegaran a materializarse.

d) Los sistemas de información y control interno que se utilizarán para controlar y gestionar los citados riesgos, incluidos los pasivos contingentes o riesgos fuera de balance.

Recomendación 46

Que bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de una comisión especializada del consejo de administración, exista una función interna de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno de la sociedad que tenga atribuidas expresamente las siguientes funciones:

a) Asegurar el buen funcionamiento de los sistemas de control y gestión de riesgos y, en particular, que se identifiquen, gestionan, y cuantifican adecuadamente todos los riesgos importantes que afecten a la sociedad.

b) Participar activamente en la elaboración de la estrategia de riesgos y en las decisiones importantes sobre su gestión.

c) Velar por que los sistemas de control y gestión de riesgos mitiguen los riesgos adecuadamente en el marco de la política definida por el consejo de administración.

encomendar otras funciones; su presidente y la mayoría de sus miembros deberían ser independiente; y entre sus funciones deberían estar discutir las estrategias y hacer recomendaciones al Consejo en materia de riesgos, revisar al menos anualmente las políticas de riesgo de la entidad, y supervisar que la alta administración promueve el cumplimiento de las políticas de riesgo establecidas.

2.4. La función de gestión de riesgos en la normativa española

La CRD IV recogió las recomendaciones de los organismos internacionales en materia de asignación de la responsabilidad en la gestión de riesgo e insta (artículo 76) a los Estados a velar *“por que el órgano de dirección apruebe y revise periódicamente las estrategias y políticas de asunción, gestión, supervisión y reducción de los riesgos a los que la entidad esté o pueda estar expuesta, incluidos los que presente la coyuntura macroeconómica en que opera en relación con la fase del ciclo económico. El órgano de dirección participará activamente en la gestión de todos los riesgos sustanciales, velará por que se asignen recursos adecuados para ello, y participará asimismo en la valoración de los activos, el uso de calificaciones crediticias externas y los modelos internos relativos a estos riesgos”*.

La legislación española que traspone la CRD IV⁷² ha establecido que las entidades de crédito deberán disponer de una unidad u órgano que asuma la función de gestión de riesgos proporcional a la naturaleza, escala y complejidad de sus actividades, independiente de las funciones operativas, que tenga autoridad, rango y recursos suficientes, así como el oportuno acceso al consejo de administración, y al que corresponderá:

- determinar, cuantificar y notificar adecuadamente todos los riesgos importantes;
- participar activamente en la elaboración de la estrategia de riesgo de la entidad y en todas las decisiones importantes de gestión de riesgos;
- presentar una imagen completa de toda la gama de riesgos a los que se encuentre expuesta la entidad; e

⁷² Que recordemos está compuesta por la Ley 10/2014 y sus desarrollos reglamentarios: el Real Decreto 84/2015 y la Circular del Banco de España x/2015.

- informar directamente al consejo de administración sobre evoluciones específicas de riesgos que afecten o puedan afectar a la entidad.

La Circular del Banco de España se encarga de reiterar que las entidades deben evaluar y controlar todos los riesgos que sean relevantes, y establecer por escrito políticas de asunción de riesgos y procedimientos adecuados de medición interna, pruebas de tensión, límites operativos, frecuencia de revisión, órgano o persona responsable y demás aspectos relevantes. En particular, deberán contar, de acuerdo con su nivel de actividad, con sistemas de medición e información de riesgos apropiados para su gestión, seguimiento y control. Asimismo, documentarán adecuadamente el funcionamiento de los sistemas de control interno establecidos.

El director de la unidad de gestión de riesgos será un alto directivo independiente, que no desempeñará funciones operativas y que asumirá específicamente la responsabilidad de la función de gestión de riesgos, tendrá acceso directo al consejo de administración y no podrá ser revocado de su cargo sin la aprobación previa de dicho consejo. No obstante, las entidades de crédito cuyo volumen total de activos a nivel individual sea inferior a 10.000 millones de euros a la fecha de cierre de los dos ejercicios inmediatamente anteriores, podrán solicitar a la autoridad competente que la función de gestión de riesgos, pueda desempeñarse por otro alto directivo, responsable de un área de control y no de un área de negocio, siempre que no exista conflicto de intereses.

Por lo que se refiere al comité de riesgos, las entidades deberán constituir un comité separado de riesgos cuando su volumen total de activos a nivel individual sea mayor o igual a 10.000 millones de euros a la fecha de cierre de alguno de los dos ejercicios inmediatamente anteriores, y cuando el supervisor lo considere necesario atendiendo a la organización interna, la naturaleza, la escala y la complejidad de las actividades de la entidad de crédito. Las entidades que a juicio del Banco de España no tengan que establecer un comité de riesgos separado, constituirán comisiones mixtas de auditoría que asumirán las funciones correspondientes del comité de riesgos y cuyos miembros

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

deberán tener los conocimientos, capacidad y experiencia necesarios para asumir ambas funciones⁷³.

El comité estará integrado por miembros del consejo de administración, en un número mínimo de tres, que no desempeñen funciones ejecutivas y que posean los oportunos conocimientos, capacidad y experiencia para entender plenamente y controlar la estrategia de riesgo y la propensión al riesgo de la entidad. Al menos un tercio de estos miembros, y en todo caso el presidente, deberán ser consejeros independientes.

Corresponderá al comité de riesgos:

- asesorar al consejo de administración sobre la propensión global al riesgo, actual y futura, de la entidad y su estrategia en este ámbito, y asistirle en la vigilancia de la aplicación de esa estrategia. no obstante lo anterior, el consejo de administración será el responsable de los riesgos que asuma la entidad;
- vigilar que la política de precios de los activos y los pasivos ofrecidos a los clientes tenga plenamente en cuenta el modelo empresarial y la estrategia de riesgo de la entidad. en caso contrario, el comité de riesgos presentará al consejo de administración un plan para subsanarla;
- determinar, junto con el consejo de administración, la naturaleza, la cantidad, el formato y la frecuencia de la información sobre riesgos que deba recibir el propio comité y el consejo de administración;
- colaborar para el establecimiento de políticas y prácticas de remuneración racionales; y
- examinar, sin perjuicio de las funciones del comité de remuneraciones, si la política de incentivos prevista en el sistema de remuneración tiene en consideración el riesgo, el capital, la liquidez y la probabilidad y la oportunidad de los beneficios.

⁷³ Se sigue aquí el criterio establecido en la CRD IV (artículo 76) de comités mixtos de auditoría y riesgos, en contra de la recomendación del Comité de Basilea que desaconseja esta práctica en su Guía.

CRD IV. Criterios técnicos relativos al tratamiento de los riesgos.

Riesgo de crédito y de contraparte (art. 79)

Las autoridades competentes velarán por que:

- a) la concesión de créditos se base en criterios sólidos y bien definidos y que el procedimiento de aprobación, modificación, renovación y refinanciación de créditos esté claramente establecido;
- b) las entidades dispongan de métodos internos que les permitan evaluar el riesgo de crédito de las exposiciones frente a deudores, valores o posiciones de titulización individuales, así como el riesgo de crédito del conjunto de la cartera. Los métodos internos no se sustentarán, en particular, única o mecánicamente en las calificaciones crediticias externas. El hecho de que los requisitos de fondos propios se basen en la calificación de una agencia de calificación crediticia externa (ECAI) o en la inexistencia de una calificación de la exposición no obstará para que las entidades tengan en cuenta además otra información pertinente para evaluar su asignación de capital interno;
- c) se utilicen métodos eficaces para administrar y supervisar de forma permanente las diversas carteras y exposiciones con riesgo de crédito de las entidades, así como para identificar y gestionar los créditos dudosos, y realizar los ajustes de valor y las dotaciones de provisiones adecuados;
- d) la diversificación de las carteras de créditos sea la adecuada en función de los mercados destinatarios y de la estrategia crediticia en general de la entidad.

Riesgo residual (art. 80)

Las autoridades competentes velarán por que se tenga en cuenta y se controle la posibilidad de que las técnicas reconocidas de reducción del riesgo de crédito aplicadas por las entidades resulten menos eficaces de lo esperado, entre otras cosas, mediante políticas y procedimientos escritos.

Riesgo de concentración (art. 81)

Las autoridades competentes velarán por que se tenga en cuenta y se controle, entre otras cosas, mediante políticas y procedimientos escritos, el riesgo de concentración derivado de las exposiciones frente a cada una de las contrapartes, incluidas las entidades de contrapartida central, los grupos de contrapartes vinculadas y las contrapartes del mismo sector económico, de la misma región geográfica o de la misma actividad o materia prima, o derivado de la aplicación de técnicas de reducción del riesgo de crédito, incluidos, en particular, los riesgos vinculados a grandes exposiciones crediticias indirectas, tales como un emisor de garantías reales.

Riesgo de titulización (art. 82)

1. Las autoridades competentes velarán por que los riesgos derivados de operaciones de titulización en las que las entidades de crédito actúen como inversoras, originadoras o patrocinadoras, incluidos los riesgos de reputación, como los que se producen en relación con estructuras o productos complejos, se valoren y controlen mediante las políticas y los procedimientos pertinentes, con vistas a asegurar que el contenido económico de la operación

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

quede plenamente reflejado en las decisiones de evaluación y gestión de riesgos.

2. Las autoridades competentes velarán por que las entidades originadoras de operaciones de titulización renovables que incluyan cláusulas de amortización anticipada cuenten con planes de liquidez para hacer frente a las implicaciones derivadas tanto de la amortización programada como de la anticipada.

Riesgo de mercado (art. 83)

1. Las autoridades competentes velarán por que se apliquen políticas y procedimientos para la determinación, valoración y gestión de todas las fuentes significativas de riesgos de mercado y de los efectos de tales riesgos que sean significativos.

2. Cuando la posición corta venza antes que la posición larga, las autoridades competentes velarán por que las entidades tomen asimismo medidas contra el riesgo de insuficiencia de liquidez.

3. El capital interno deberá ser adecuado para cubrir los riesgos de mercado significativos que no estén sujetos a un requisito de fondos propios.

Las entidades que, al calcular los requisitos de fondos propios por riesgo de posición de conformidad con la parte tercera, título IV, capítulo 2, del Reglamento (UE) nº 575/2013, hayan compensado sus posiciones en una o varias de las acciones que constituyan un índice bursátil con una o varias posiciones en el contrato de futuros u otro producto basado en el índice bursátil, dispondrán de capital interno adecuado para cubrir el riesgo de pérdida de base resultante de la diferencia entre la evolución del valor del contrato de futuros o del otro producto y la del valor de las acciones que lo componen. Las entidades dispondrán también del mencionado capital interno adecuado cuando mantengan posiciones opuestas en contratos de futuros basados en índices bursátiles cuyo vencimiento y/o composición no sean idénticos.

Cuando apliquen el régimen previsto en el artículo 345 del Reglamento (UE) nº 575/2013, las entidades se asegurarán de que poseen suficiente capital interno frente al riesgo de pérdida que existe entre el momento del compromiso inicial y el siguiente día laborable.

Riesgo de tipos de interés derivado de actividades ajenas a la cartera de negociación (art. 84)

Las autoridades competentes velarán por que las entidades apliquen sistemas para determinar, evaluar y gestionar el riesgo derivado de posibles variaciones de los tipos de interés que incidan en las actividades ajenas a la cartera de negociación de una entidad.

Riesgo operativo (art. 85)

1. Las autoridades competentes velarán por que las entidades apliquen políticas y procedimientos para evaluar y gestionar la exposición al riesgo operativo, que incluyan modelos que cubran el riesgo de eventos poco frecuentes generadores de pérdidas muy elevadas. Las entidades definirán lo que constituye un riesgo operativo a efectos de dichas políticas y procedimientos.

2. Las autoridades competentes velarán por que se establezcan planes de emergencia y de continuidad de la actividad que permitan a las entidades mantener su actividad y limitar las pérdidas en caso de interrupciones graves en el negocio.

Riesgo de liquidez (art. 86)

1. Las autoridades competentes velarán por que las entidades cuenten con estrategias, políticas, procedimientos y sistemas sólidos para la identificación, medición, gestión y seguimiento del riesgo de liquidez durante un conjunto adecuado de horizontes temporales, incluido el intradía, con objeto de garantizar que las entidades mantengan colchones de liquidez de nivel apropiado. Dichas estrategias, políticas, procedimientos y sistemas se adecuarán a las líneas de negocio, divisas, sucursales y entes jurídicos e incluirán mecanismos apropiados de asignación de los costes, los beneficios y los riesgos de liquidez.

2. Las estrategias, políticas, procedimientos y sistemas contemplados en el apartado 1 habrán de guardar proporción con la complejidad, el perfil de riesgo y el ámbito de actividad de las entidades y con el nivel de tolerancia al riesgo fijado por su órgano de dirección, y reflejar la importancia de la entidad en cada uno de los Estados miembros en los que ejerza su actividad. Las entidades comunicarán la tolerancia al riesgo a todas las líneas de negocio pertinentes.

3. Las autoridades competentes velarán por que las entidades, teniendo en cuenta la naturaleza, dimensión y complejidad de sus actividades, tengan perfiles de riesgo de liquidez coherentes con los necesarios para el buen funcionamiento y la solidez del sistema y por que no lo superen.

Las autoridades competentes controlarán la evolución de los perfiles de liquidez de riesgo, por ejemplo el diseño y los volúmenes de productos, la gestión del riesgo, las políticas de financiación y las concentraciones de financiación.

Las autoridades competentes tomarán medidas eficaces cuando la evolución de alguno de los aspectos mencionados en el párrafo segundo pueda dar lugar a inestabilidad en alguna entidad o a inestabilidad sistémica.

Las autoridades competentes informarán a la ABE de toda medida tomada con arreglo al párrafo tercero.

La ABE formulará, cuando proceda, recomendaciones con arreglo al Reglamento (UE) n° 1093/2010.

4. Las autoridades competentes velarán por que las entidades desarrollen métodos orientados a la identificación, medición, gestión y seguimiento de las posiciones de financiación. Estos métodos englobarán los flujos de tesorería significativos, actuales y previstos, de activos, pasivos y partidas fuera de balance, incluidos los pasivos contingentes y la posible incidencia del riesgo relativo a la reputación.

5. Las autoridades competentes velarán por que las entidades establezcan una distinción entre los activos pignorados y los activos libres de cargas de los que pueda disponerse en todo momento, especialmente en las situaciones de urgencia. Velarán asimismo por que las entidades tomen en consideración el ente jurídico en el que estén radicados los activos, el país en el que estén registrados legalmente los activos, ya sea en un registro o en una cuenta, así como su admisibilidad, y efectuarán un seguimiento de la forma en que los activos pueden movilizarse de manera oportuna.

6. Las autoridades competentes velarán por que las entidades tomen asimismo en consideración las limitaciones legales, reglamentarias u operativas a las posibles transferencias

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

de liquidez y de activos libres de cargas entre entes, tanto en el interior como fuera del Espacio Económico Europeo.

7. Las autoridades competentes velarán por que las entidades estudien distintas herramientas de reducción del riesgo de liquidez, en particular un sistema de límites y colchones de liquidez que permitan afrontar diversas situaciones de dificultad, y una estructura de financiación y un acceso a fuentes de financiación adecuadamente diversificados. Estas medidas se someterán a revisión periódicamente.

8. Las autoridades competentes velarán por que las entidades estudien escenarios alternativos en relación con las posiciones de liquidez y los factores reductores de riesgo y revisen los supuestos en los que se basen las decisiones relativas a la posición de financiación como mínimo una vez al año. A tal efecto, los escenarios alternativos contemplarán, en particular, las partidas fuera de balance y otros pasivos contingentes, incluidos los de vehículos especializados en titulaciones (SSPE) u otros entes de cometido especial, según se contemplan en el Reglamento (UE) nº 575/2013, en relación con los cuales la entidad actúe en calidad de patrocinadora o proporcione un apoyo significativo en términos de liquidez.

9. Las autoridades competentes velarán por que las entidades analicen los efectos potenciales de escenarios alternativos, circunscritos a la propia entidad, extensivos a todo el mercado y una combinación de ambos. Se tomarán en consideración diferentes lapsos de tiempo y condiciones con distintos grados de dificultad.

10. Las autoridades competentes velarán por que las entidades ajusten sus estrategias, políticas internas y límites en relación con el riesgo de liquidez y elaboren planes de emergencia efectivos, atendiendo a los resultados de los escenarios alternativos a que se refiere el apartado 8.

11. Las autoridades competentes velarán por que las entidades se doten de planes de recuperación de liquidez en los que se definan estrategias adecuadas, junto a las oportunas medidas de aplicación, con objeto de subsanar posibles déficits de liquidez, en su caso en relación con sucursales establecidas en otro Estado miembro. Las autoridades competentes velarán por que las entidades pongan a prueba estos planes como mínimo una vez al año, los actualicen en función de los resultados de los escenarios alternativos previstos en el apartado 8, los comuniquen a la alta dirección y los sometan a su aprobación, de modo que las políticas y procedimientos internos puedan adaptarse según corresponda. Las entidades tomarán por anticipado las medidas operativas necesarias para asegurar que los planes de recuperación de liquidez puedan aplicarse de forma inmediata. En lo que respecta a las entidades de crédito, entre dichas medidas operativas se incluirá la de mantener garantías reales inmediatamente disponibles con vistas a la financiación del banco central. Ello supondrá que, en caso de necesidad, la entidad de crédito mantenga garantías en la moneda de otro Estado miembro o en la moneda de un tercer país frente a la que esté expuesta, y, cuando resulte imprescindible por motivos operativos, dentro del territorio de un Estado miembro de acogida o de un tercer país frente a cuya moneda esté expuesta.

Riesgo de apalancamiento excesivo (art. 87)

1. Las autoridades competentes velarán por que las entidades establezcan políticas y procedimientos para la identificación, gestión y control del riesgo de apalancamiento excesivo.

Entre los indicadores de riesgo de apalancamiento excesivo figurarán el ratio de apalancamiento determinado de conformidad con el artículo 429 del Reglamento (UE) n° 575/2013 y los desfases entre activos y obligaciones.

2. Las autoridades competentes velarán por que las entidades aborden el riesgo de apalancamiento excesivo con carácter preventivo teniendo debidamente en cuenta los incrementos potenciales de dicho riesgo causados por reducciones de los fondos propios de la entidad que se deriven de pérdidas previstas o efectivas, en función de las normas contables aplicables. A esos efectos, las entidades deberán estar en condiciones de afrontar diversas situaciones de dificultad en lo que respecta al riesgo de apalancamiento excesivo.

3. La función de cumplimiento normativo

En 2005 el Comité de Basilea emitió el que hasta ahora se podría considerar el estándar internacional en materia de cumplimiento normativo referido a las entidades de crédito⁷⁴, y ha retomado la preocupación por esta área en su reciente Guía sobre principios de gobierno corporativo a la que nos estamos refiriendo en estos apartados.

Formando parte del *risk assesment statement* (RAS) que deben formular las entidades, se incluye igualmente el posicionamiento de la entidad en cuanto a los riesgos reputacionales, los originados por el incumplimiento de normas de obligada o de recomendable observancia, los derivados de la conducta o de prácticas poco éticas y los referidos al blanqueo de capitales, entre otros, riesgos cuyo seguimiento se encomienda a la función de cumplimiento normativo.

La función de cumplimiento normativo tiene por objeto el seguir, de manera recurrente, efectiva e independiente de la gestión, el cumplimiento con las leyes, los reglamentos y demás normas y códigos a los que está sometido el banco; valorar si las políticas en materia de cumplimiento normativo son seguidas por las distintas unidades; y valorar e informar a la administración y, en su caso, al Consejo, acerca del riesgo de cumplimiento (más propiamente, del riesgo de incumplimiento)⁷⁵.

⁷⁴ BCBS. Compliance and the compliance function in banks. April 2005.

⁷⁵ “*compliance risk*” : *the risk of legal or regulatory sanctions, material financial loss, or loss to reputation a bank may suffer as a result of its failure to comply with laws, regulations, rules, related self-regulatory organisation standards, and codes of conduct applicable to its banking activities*”. BCBS. Compliance and the compliance function in banks. April 2005.

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

La Guía del Comité de Basilea recomienda igualmente la creación de un comité de ética y cumplimiento, encargado de asegurar que el banco disponga de medios para promocionar un adecuado proceso de toma de decisiones, con la debida consideración al riesgo para la reputación del banco y el cumplimiento de la regulación y de las normas internas.

Por su parte, la Guía de la EBA (GL 44) recoge también esta idea de la necesidad de que las entidades creen una función de cumplimiento permanente y eficaz, encargada de velar por que se respete la política de cumplimiento e informa al órgano de administración de la gestión de riesgos de cumplimiento de la entidad; asesorar al órgano de administración sobre leyes, normas, normativas y criterios que la entidad deba cumplir; evaluar el posible impacto de cualquier cambio en el entorno jurídico o regulatorio sobre las actividades de la entidad, así como de cualquier modificación conocida inminente de la legislación, la normativa y los requisitos en materia de supervisión; y comprobar que los nuevos productos y procedimientos cumplen el marco jurídico vigente.

La CRD IV, sin embargo, no contiene ninguna referencia expresa a la función de cumplimiento normativo, más allá de asignar al órgano de dirección la responsabilidad de *garantizar la integridad de los sistemas de información contable y financiera, incluidos el control financiero y operativo y el cumplimiento de la legislación y las normas pertinentes*; párrafo que reproduce en idénticos términos la Ley 10/2014 de ordenación supervisión y solvencia.

El Real Decreto 84/2015 y la Circular del Banco de España que desarrollan esta última Ley son los encargados de precisar que las entidades deben contar con procedimientos sólidos y adecuados, establecidos por escrito, para el ejercicio de la función de cumplimiento normativo y con una unidad que desempeñe esta función, bajo el principio de independencia respecto a las áreas, unidades o funciones sobre las que

“El riesgo de cumplimiento (definido como el riesgo actual o futuro para las ganancias y el capital derivado de infracciones o el incumplimiento de leyes, normas, normativas, convenios, prácticas prescritas o criterios éticos) puede dar lugar a sanciones, indemnizaciones por daños y perjuicios o la invalidación de contratos, y puede menoscabar la reputación de la entidad”. ABE. Guía de la ABE sobre gobierno interno (GL 44). EBA BS 2011 116 final. 27 de septiembre de 2011.

gire su verificación, informado periódicamente al consejo de administración de los resultados de las labores verificativas llevadas a cabo. Esta función deberá tener carácter integral, comprendiendo, entre otras, las obligaciones que al respecto resulten de la prestación de servicios de inversión, así como las establecidas por la normativa de prevención del blanqueo de capitales.⁷⁶

4. La auditoría interna

• **Principio 26⁷⁷ – Control y auditoría internos:** El supervisor determina que los bancos cuentan con marcos adecuados de control interno para establecer y mantener un entorno operativo correctamente controlado que facilite la gestión de su negocio, teniendo en cuenta su perfil de riesgo. Dichos controles incluyen procedimientos claros sobre delegación de autoridad y atribuciones; separación de las funciones que implican compromisos del banco, desembolso de sus fondos y contabilidad de sus activos y pasivos; conciliación de estos procesos; protección de los activos del banco; y funciones independientes de auditoría interna y de cumplimiento para comprobar la observancia de estos controles, así como de la legislación y regulación aplicables.

4.1. La función de auditoría interna

La tercera línea de defensa estaría constituida por la función de auditoría interna que proporcione una revisión independiente y objetiva sobre la calidad y efectividad de los sistemas de control del banco, la adecuación de las otras dos líneas de defensa y el

⁷⁶ Véase igualmente el artículo 70.ter de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, sobre normas de gobierno corporativo y requisitos de organización interna, que exige a las empresas de servicios de inversión y las restantes entidades que presten servicios de inversión:

b) Disponer de una unidad que garantice el desarrollo de la función de cumplimiento normativo bajo el principio de independencia con respecto a aquellas áreas o unidades que desarrollen las actividades de prestación de servicios de inversión sobre las que gire el ejercicio de aquella función. Deberá asegurarse la existencia de procedimientos y controles para garantizar que el personal cumple las decisiones adoptadas y las funciones encomendadas.

La función de cumplimiento normativo deberá controlar y evaluar regularmente la adecuación y eficacia de los procedimientos establecidos para la detección de riesgos, y las medidas adoptadas para hacer frente a posibles deficiencias así como asistir y asesorar a las personas competentes responsables de la realización de los servicios de inversión para el cumplimiento de las funciones.

⁷⁷ BCBS. Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz. Septiembre de 2012.

marco de gobernanza del riesgo en su conjunto. Se asignan igualmente a esta función el valorar la adecuación de la gobernanza del riesgo con la cultura de la organización, con la planificación estratégica y de los negocios y con los procesos de toma de decisiones y de remuneración. Se exige para ello, que los auditores internos dispongan de la capacitación y formación adecuadas y no estén involucrados en desarrollar, poner en práctica o administrar la gestión riesgos u otras funciones que corresponden a las otras dos líneas de defensa

La auditoría interna cuenta con un conjunto de normas profesionales que regulan internacionalmente el ejercicio de la actividad, los *International Standards for the Professional Practice of Internal Auditing*, emitidos por *The Institute of Internal Auditors*⁷⁸, y en el caso de las entidades de crédito con su propio estándar regulatorio internacional⁷⁹ emitido por el Comité de Basilea en 2012, que recoge los 20 principios que a su juicio deben guiar la función de auditoría interna de las organizaciones bancarias, las relaciones del supervisor con la función de auditoría interna de las entidades y la valoración por aquél de esta función. Estos principios se recogen, de manera condesada, en la Guía sobre gobierno corporativo a la que nos estamos refiriendo.

La EBA asigna a la función de auditoría interna la tarea de evaluar la calidad, eficacia y eficiencia del marco de control interno de la entidad; evaluar la adecuación y el cumplimiento por las distintas unidades del banco de las políticas y procedimientos establecidos y si estos cumplen los requisitos legales y regulatorios; verificar la integridad de los procesos que garantizan la fiabilidad de los métodos y técnicas de la entidad, los supuestos y las fuentes de información utilizadas en sus modelos internos; evaluar la calidad y la utilización de herramientas cualitativas de identificación y evaluación de riesgos.

La labor de auditoría interna, sin intervenir directamente en el diseño ni en la selección de modelos u otras herramientas de gestión de riesgos, se llevará a cabo con

⁷⁸ <https://na.theiia.org/Pages/IIAHome.aspx>

⁷⁹ BCBS. The internal audit function in Banks. June 2012.

arreglo a un plan de auditoría, aprobado por el comité de auditoría, por el órgano de administración, o por ambos, y a programas de auditoría detallados que sigan un método “basado en el riesgo”; y siguiendo las normas profesionales nacionales e internacionales en la materia.

El Real Decreto 84/2015 que desarrolla la Ley 10/2014 de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito ha recogido la obligación de las entidades de crédito de disponer de una función de auditoría interna que vele por el buen funcionamiento de los sistemas de información y control interno; exigencia que la Circula x/2015 del Banco de España amplía con el requisito de contar con procedimientos sólidos y adecuados, establecidos por escrito, para que en el ejercicio de la función de auditoría interna se garantice que las políticas, procedimientos y sistemas establecidos para la evaluación, gestión e información de los riesgos se cumplen y resultan coherentes y apropiados.⁸⁰

El Reglamento CRR, aunque de forma poco sistemática, establece específicamente una serie de obligaciones a cargo de la auditoría interna, referidas a:

- el cumplimiento de las políticas y procedimientos para determinar las posiciones que se incluirán en la cartera de negociación para fines de cálculo de los requisitos de capital (artículo 104);
- las coberturas internas (artículo 106);
- el cumplimiento de las políticas y procedimientos internos y de todas las fases críticas del programa de adquisición de derechos de cobro de la entidad (artículo 184);

⁸⁰ Véanse igualmente el artículo 70.ter de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, sobre normas de gobierno corporativo y requisitos de organización interna, que exige a las empresas de servicios de inversión y las restantes entidades que presten servicios de inversión:

“La organización deberá contar con un órgano de verificación que desempeñe la función de auditoría interna bajo el principio de independencia con respecto a aquellas áreas o unidades que desarrollen las actividades de prestación de servicios de inversión sobre las que gire el ejercicio de aquella función.

La función de auditoría interna deberá elaborar y mantener un plan de auditoría dirigido a examinar y evaluar la adecuación y eficacia de los sistemas, mecanismos de control interno y disposiciones de la empresa de servicios de inversión, formular recomendaciones a partir de los trabajos realizados en ejecución del mismo y verificar su cumplimiento.”

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

- el examen de los sistemas de calificación del riesgo de crédito conforme a modelos IRB⁸¹ de la entidad y su funcionamiento, incluido el de la unidad de créditos y las estimaciones de PD, LGD, EL⁸² y de los factores de conversión (artículo 191);
- la revisión del sistema de medición de riesgo, que incluya tanto las actividades de las unidades de negociación como las actividades de la unidad de control de riesgos en caso de utilización del método de modelos internos en los acuerdos marco de compensación (artículo 221);
- el examen del sistema de estimación de los ajustes de volatilidad y de integración de dichos ajustes en el procedimiento de gestión del riesgo de la entidad en caso de utilización del método amplio para las garantías reales de naturaleza financiera (artículo 225);
- estudios regulares (en caso de no hacerlo los auditores externos, una ECAI⁸³, o las funciones internas de estudio del crédito o gestión de riesgos de la entidad) del proceso de evaluación interna y de la calidad de las evaluaciones internas de la calidad crediticia de las exposiciones de la entidad a un programa ABCP⁸⁴ (artículo 259);
- la revisión del sistema de gestión del riesgo de contraparte (artículo 288)
- la auditoría formal y periódica de las base de datos con las condiciones y especificaciones de las operaciones, que permitan garantizar la integridad del proceso de modelización por las entidades que utilicen modelos internos y la

⁸¹ IRB, *Internal Rating- Based approach*: modelos internos para la medición del riesgo de crédito.

⁸² PD, *Probability of Default*: probabilidad de incumplimiento;

LGD, *Loss Given Default*: pérdida en caso de incumplimiento;

EL, *Expected Losses*: pérdidas esperadas.

⁸³ ECAI, *external credit assessment institution*; Agencia externa de calificación crediticia; una agencia de calificación crediticia registrada o certificada de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia, o un banco central que emita calificaciones crediticias que estén exentos de lo dispuesto en dicho Reglamento.

⁸⁴ ABCP, *Asset Backed Commercial Paper*; Programa ABCP: Programa de pagarés de titulización; un programa de titulizaciones en el que los valores emitidos adoptan predominantemente la forma de pagarés con un vencimiento original de un año o menos.

transmisión al modelo EPE⁸⁵ de los datos relativos a las condiciones y especificaciones de las operaciones (artículo 292);

- la revisión periódica del sistema de medición del riesgo de contraparte, referido tanto a las actividades de las unidades de negociación como a las de la unidad independiente de control del riesgo, y a intervalos regulares (y, al menos, una vez al año) del proceso global de gestión del riesgo (artículo 293); y
- la revisión de los requisitos cualitativos de los modelos internos utilizados para el cálculo de los requisitos de fondos propios (artículo 368).

La Circular x/2015 del Banco de España añade además la obligación de someter el contenido del documento “Información con relevancia prudencial”, previsto en el Reglamento 575/2013 CRR, a verificación por la auditoría interna o por las unidades de control de riesgos de las entidades que estén obligadas a publicarlo.

4.2. El Comité de auditoría

En cuanto al comité de auditoría, cuya constitución la Guía de la EBA no exige, deberá, entre otras funciones, hacer un seguimiento de la eficacia de los sistemas de control interno, de auditoría interna y de gestión de riesgos de la entidad; supervisar a los auditores externos de la entidad; recomendar para su aprobación por el órgano de administración el nombramiento, la retribución y el cese de los auditores externos; revisar y aprobar el alcance y la frecuencia de las auditorías; revisar los informes de auditoría; y comprobar que el órgano de administración en su función de dirección adopte, a su debido tiempo, las medidas correctoras necesarias para solucionar las deficiencias de control interno, el incumplimiento de las leyes, normativas y políticas y otros problemas identificados por los auditores. Asimismo, el comité de auditoría vigilará el establecimiento de políticas contables por parte de la entidad. En caso de constituirse, el presidente del comité deberá ser independiente y deberá poseer conocimientos especializados y experiencia en la aplicación de principios contables y en *procesos de control interno*.

⁸⁵ EPE, Exposición positiva esperada: referido a la medición del riesgo de contraparte, la media ponderada a lo largo del tiempo de las exposiciones esperadas, siendo las ponderaciones la proporción del período total de tiempo que representa cada exposición esperada.

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

Pasando al plano legislativo, en la Unión Europea la existencia del comité de auditoría se encuentra regulada con carácter general en la Directiva 2006/43 de auditoría de cuentas⁸⁶ que exige que cada entidad de interés público⁸⁷, y las entidades de crédito lo son, disponga de un comité de auditoría integrado por miembros no ejecutivos del órgano de administración, cuyo presidente y la mayoría de sus miembros serán independientes y al menos uno de ellos tendrá conocimientos técnicos en materia de contabilidad y/o auditoría.

La Directiva prevé, no obstante, que los Estados miembros puedan eximir de esta obligación a determinados tipos de entidades (filiales, empresas no cotizadas, con reducida presencia en los mercados de valores,...).

Sin perjuicio de la responsabilidad que incumbe a los miembros del órgano de administración, el comité de auditoría tendrá, entre otras, las siguientes funciones:

- informar al órgano de administración de la entidad auditada del resultado de la auditoría legal;
- supervisar el proceso de información financiera y presentar recomendaciones o propuestas dirigidas a salvaguardar su integridad;
- supervisar la eficacia de los sistemas internos de control de calidad y de gestión de riesgos de la empresa y, en su caso, de los sistemas de auditoría interna, relativos a la información financiera en la entidad auditada, sin quebrantar su independencia;

⁸⁶ Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006 relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo (DO de 9.6.2006), modificada por la Directiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas (DO de 27.5.2014).

⁸⁷ «entidades de interés público»: entidades sometidas a la legislación de un Estado miembro y cuyos valores sean negociables en un mercado regulado de cualquier Estado miembro en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 14, de la Directiva 2004/39/CE, entidades de crédito tal como se definen en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, y empresas de seguros en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 91/674/CEE. Los Estados miembros podrán designar a otras entidades como entidades de interés público, por ejemplo, aquellas que sean de importancia pública significativa por la naturaleza de su actividad empresarial, su tamaño o su número de empleados;

- supervisar la auditoría legal de los estados financieros anuales y consolidados, en particular su rendimiento, teniendo en cuenta los resultados y conclusiones de la autoridad competente;
- revisar y supervisar la independencia de los auditores legales, y en particular el carácter adecuado de la prestación de servicios que no sean de auditoría a la entidad auditada; y
- responsabilizarse del proceso de selección de los auditores legales, y recomendar su designación.

En España, la legislación mercantil⁸⁸ recoge la obligación de que las sociedades cotizadas sean administradas por un consejo de administración, que podrá constituir en su seno comisiones especializadas, determinando su composición, designando a sus miembros y estableciendo las funciones que asume cada una de ellas, y deberá constituir, al menos, una comisión de auditoría y una comisión, o dos comisiones separadas, de nombramientos y retribuciones. Además, la Ley de Auditoría indica que las entidades de interés público, cuya normativa no lo exija, deberán tener una Comisión de Auditoría, con las excepciones previstas en la Directiva.

El artículo 529 quaterdecies⁸⁹ establece que la comisión de auditoría estará compuesta exclusivamente por consejeros no ejecutivos, la mayoría de los cuales y el presidente deberán ser consejeros independientes y uno de ellos será designado teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o en ambas.

De manera resumida, la Ley asigna a la comisión de auditoría, al menos, las siguientes funciones:

⁸⁸ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE de 3), reiteradamente modificado.

⁸⁹ En la redacción dada por la Disposición final cuarta de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (BOE de 21), que traspone al ordenamiento jurídico español las modificaciones derivadas del Reglamento (UE) n° 537/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público y por el que se deroga la Decisión 2005/909/CE de la Comisión, y de la Directiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas (DO de 27.5.2014 ambos).

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

- informar a la junta general de accionistas sobre las cuestiones de su competencia y, en particular, sobre el resultado de la auditoría;
- supervisar la eficacia del control interno de la sociedad, la auditoría interna y los sistemas de gestión de riesgos;
- supervisar el proceso de elaboración y presentación de la información financiera;
- proponer al consejo de administración el nombramiento, reelección y sustitución del auditor de cuentas, y recabar regularmente de él información sobre el plan de auditoría y su ejecución;
- establecer las oportunas relaciones con el auditor externo para recibir información relacionada con el desarrollo de la auditoría de cuentas, y, cuando proceda, la autorización de los servicios distintos de los prohibidos;
- emitir anualmente un informe con su opinión sobre si la independencia de los auditores de cuentas resulta comprometida; e
- informar al consejo de administración sobre la información financiera que la sociedad deba hacer pública periódicamente; a creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales; y las operaciones con partes vinculadas, salvo que estas funciones estén estatutariamente atribuidas a otras comisión.

Más allá de este requerimiento general de la legislación mercantil y sobre auditoría de cuentas, la regulación bancaria de solvencia no contiene más que una indirecta referencia al comité de auditoría, cuando la CRD IV habilita los Estados miembros para permitir que entidades no consideradas importantes establezcan comités mixtos de auditoría y riesgos, en lugar de exigir la constitución separada de un comité de riesgos.

Posibilidad que ha quedado reflejada en la Circular x/2015 del Banco de España en la que se requiere a las entidades de crédito para que constituyan una comisión mixta de riesgos y auditoría, cuyos miembros deberán tener los conocimientos, capacidad y experiencia necesarios para asumir ambas funciones y, *“en lugar de la obligación*

anterior”⁹⁰, un comité separado de riesgos cuando su volumen total de activos a nivel individual sea mayor o igual a 10.000 millones de euros a la fecha de cierre de alguno de los dos ejercicios inmediatamente anteriores, o cuando el supervisor lo considere necesario a la luz de la organización interna, la naturaleza, la escala y la complejidad de las actividades de la entidad de crédito.⁹¹

⁹⁰ El artículo 38.3 de la Ley aclara este párrafo: “Las entidades que a juicio del Banco de España no tengan que establecer un comité de riesgos, constituirán comisiones mixtas de auditoría que asumirán las funciones correspondientes del comité de riesgos.”

⁹¹ En relación con la comisión de auditoría, véanse las recomendaciones contenidas en el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, de la CNMV, de febrero de 2015:

Recomendación 39

Que los miembros de la comisión de auditoría, y de forma especial su presidente, se designen teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o gestión de riesgos, y que la mayoría de dichos miembros sean consejeros independientes.

Recomendación 40

Que bajo la supervisión de la comisión de auditoría, se disponga de una unidad que asuma la función de auditoría interna que vele por el buen funcionamiento de los sistemas de información y control interno y que funcionalmente dependa del presidente no ejecutivo del consejo o del de la comisión de auditoría.

Recomendación 41

Que el responsable de la unidad que asuma la función de auditoría interna presente a la comisión de auditoría su plan anual de trabajo, informe directamente de las incidencias que se presenten en su desarrollo y someta al final de cada ejercicio un informe de actividades.

Recomendación 42

Que, además de las previstas en la ley, correspondan a la comisión de auditoría las siguientes funciones:

1. En relación con los sistemas de información y control interno:

a) Supervisar el proceso de elaboración y la integridad de la información financiera relativa a la sociedad y, en su caso, al grupo, revisando el cumplimiento de los requisitos normativos, la adecuada delimitación del perímetro de consolidación y la correcta aplicación de los criterios contables.

b) Velar por la independencia de la unidad que asume la función de auditoría interna; proponer la selección, nombramiento, reelección y cese del responsable del servicio de auditoría interna; proponer el presupuesto de ese servicio; aprobar la orientación y sus planes de trabajo, asegurándose de que su actividad esté enfocada principalmente hacia los riesgos relevantes de la sociedad; recibir información periódica sobre sus actividades; y verificar que la alta dirección tenga en cuenta las conclusiones y recomendaciones de sus informes.

c) Establecer y supervisar un mecanismo que permita a los empleados comunicar, de forma confidencial y, si resulta posible y se considera apropiado, anónima, las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente financieras y contables, que adviertan en el seno de la empresa.

2. En relación con el auditor externo:

a) En caso de renuncia del auditor externo, examinar las circunstancias que la hubieran motivado.

b) Velar que la retribución del auditor externo por su trabajo no comprometa su calidad ni su independencia.

V. LOS MECANISMOS DE CONTROL EXTERNO

1. La auditoría legal de cuentas

1.1. La auditoría de cuentas

El sometimiento de las cuentas de las sociedades mercantiles a la revisión periódica por parte de un auditor externo forma parte de los principios de general aceptación en el ámbito empresarial en prácticamente todo el mundo, y así se recoge expresamente en los Principios de gobierno corporativo de la OCDE:

“Un auditor independiente, competente y cualificado deberá llevar a cabo una auditoría anual, con el fin de ofrecer a los miembros del Consejo y a los accionistas una garantía externa y objetiva de que los estados financieros reflejan fielmente la situación financiera y los resultados de la empresa en todos sus aspectos materiales. Los auditores externos deberán responder ante los accionistas, y asumen frente a la sociedad el compromiso de aplicar la diligencia profesional debida en la realización de la auditoría.”

c) Supervisar que la sociedad comunique como hecho relevante a la CNMV el cambio de auditor y lo acompañe de una declaración sobre la eventual existencia de desacuerdos con el auditor saliente y, si hubieran existido, de su contenido.

d) Asegurar que el auditor externo mantenga anualmente una reunión con el pleno del consejo de administración para informarle sobre el trabajo realizado y sobre la evolución de la situación contable y de riesgos de la sociedad.

e) Asegurar que la sociedad y el auditor externo respetan las normas vigentes sobre prestación de servicios distintos a los de auditoría, los límites a la concentración del negocio del auditor y, en general, las demás normas sobre independencia de los auditores.

Recomendación 43

Que la comisión de auditoría pueda convocar a cualquier empleado o directivo de la sociedad, e incluso disponer que comparezcan sin presencia de ningún otro directivo.

Recomendación 44

Que la comisión de auditoría sea informada sobre las operaciones de modificaciones estructurales y corporativas que proyecte realizar la sociedad para su análisis e informe previo al consejo de administración sobre sus condiciones económicas y su impacto contable y, en especial, en su caso, sobre la ecuación de canje propuesta.

La legislación de la Unión exige que los estados financieros, tanto individuales como consolidados, de determinados tipos de empresas⁹² sean objeto de una auditoría realizada por personas facultadas para ello con arreglo al Derecho de la Unión. Los auditores legales y las sociedades de auditoría tienen encomendada por ley la realización de las auditorías legales de las entidades de interés público⁹³, con la finalidad de mejorar el nivel de confianza del público en sus estados financieros. La buena calidad de las auditorías contribuye al correcto funcionamiento de los mercados, al mejorar la integridad y la eficiencia de los estados financieros, de ahí que los auditores legales desempeñen una función de interés público especialmente importante⁹⁴.

La obligación de someter a auditoría las cuentas de las sociedades mercantiles ya se encontraba recogida en la Cuarta Directiva⁹⁵; en el caso concreto de los bancos, en el artículo 1 de la Directiva 86/635/⁹⁶; y en la actualidad en el artículo 34 de la Directiva contable 2013/34⁹⁷:

“Los Estados miembros se asegurarán de que los estados financieros de las

⁹² Entidades de crédito, empresas de seguros, emisores de valores admitidos a negociación en un mercado regulado, entidades de pago, organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), entidades de dinero electrónico y fondos de inversión alternativos.

⁹³ La Directiva 2006/43, relativa a la auditoría legal de cuentas, considera «entidades de interés público»: las entidades sometidas a la legislación de un Estado miembro cuyos valores se admitan a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro; las entidades de crédito; las empresas de seguros; y las entidades designadas por los Estados miembros como entidades de interés público, como por ejemplo empresas que revistan una importancia pública significativa debido a la naturaleza de su actividad, su tamaño o su número de empleados.

⁹⁴ Considerando 1 del Reglamento 537/2014, sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público.

⁹⁵ Cuarta Directiva del Consejo de 25 de julio de 1978 basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (78/660/CEE) (DO de 14.08.1978).

⁹⁶ Directiva del Consejo de 8 de diciembre de 1986 relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de los bancos y otras entidades financieras (86/635/CEE) (DO de 31.12.1986).

⁹⁷ Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo (DO de 29.06.2013).

entidades de interés público y de las empresas medianas y grandes sean auditados por uno o varios auditores legales o entidades de auditoría autorizados por los Estados miembros para realizar auditorías legales con arreglo a la Directiva 2006/43/CE.”

La auditoría de cuentas se encuentra sometida a un extenso régimen regulatorio, tanto a nivel internacional como comunitario y español, que, además, ha sido objeto de recientes y amplias reformas, y que se concreta en las normas que se explican en los apartados siguientes.

1.2. La Directiva 2006/43 de auditoría de cuentas

La Directiva 2006/43⁹⁸ relativa a la auditoría legal de cuentas, establece las condiciones para la autorización de las personas responsables de realizar la auditoría legal y los requisitos mínimos para la realización de la misma. Se regulan en la Directiva el régimen de autorización de los auditores legales y sociedades de auditoría (personas físicas o jurídicas, respectivamente; auditores en lo sucesivo), la competencia profesional de las personas que habrán de desarrollar los trabajos de auditoría, los aspectos referidos a la ética profesional, independencia, objetividad, confidencialidad y secreto profesional de los auditores y el régimen de registro, de supervisión y sancionador.

En la Unión Europea, las auditorías legales serán realizadas únicamente por auditores autorizados, por una autoridad pública competente para ello, para la realización de dichas auditorías en el Estado miembro que las exija.

Las auditorías legales en la Unión habrán de efectuarse de acuerdo con las normas internacionales de auditoría adoptadas por la Comisión, si bien, en tanto no se produzca dicha adopción, los Estados miembros podrán aplicar normas, procedimientos o

⁹⁸ Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo (DO de 9.6.2006); modificada recientemente por la Directiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas (DO de 27.5.2014).

requisitos nacionales de auditoría. Se entenderán por «normas internacionales de auditoría» las Normas Internacionales de Auditoría (NIA), la Norma Internacional de Control de Calidad (ISQC 1) y otras normas relacionadas emitidas por la Federación Internacional de Contables (IFAC⁹⁹) a través del Consejo de Normas Internacionales de Auditoría y Aseguramiento (IAASB¹⁰⁰), siempre que sean pertinentes para la auditoría legal¹⁰¹.

1.3. El Reglamento 537/2014 sobre la auditoría legal de las entidades de interés público

El Reglamento 537/2014¹⁰² establece los requisitos para la ejecución de las auditorías legales de los estados financieros anuales y estados financieros consolidados de las entidades de interés público, las normas de organización y selección de los auditores legales y las sociedades de auditoría que deberán aplicar las entidades de interés público con el fin de reforzar su independencia y evitar conflictos de interés, y las normas relativas a la supervisión del cumplimiento de estos requisitos por los auditores legales y las sociedades de auditoría.

Para el conjunto de la Unión, se establece una duración mínima del encargo de auditoría, una duración máxima, ampliable bajo ciertas condiciones, un mecanismo de

⁹⁹ *IFAC is the global organization for the accountancy profession dedicated to serving the public interest by strengthening the profession and contributing to the development of strong international economies. IFAC is comprised of over 175 members and associates in 130 countries and jurisdictions, representing approximately 2.84 million accountants in public practice, education, government service, industry, and commerce.* <http://www.ifac.org/about-ifac>

¹⁰⁰ *The International Auditing and Assurance Standards Board (IAASB) is an independent standard-setting body that serves the public interest by setting high-quality International Standards for auditing, assurance, and other related Standards, and by facilitating the convergence of international and national auditing and assurance Standards. In doing so, the IAASB enhances the quality and consistency of practice throughout the world and strengthens public confidence in the global auditing and assurance profession.* <http://www.iaasb.org/>

¹⁰¹ En el caso de España, la adopción de las NIA se ha llevado a cabo mediante la Resolución de 15 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publican las nuevas Normas Técnicas de Auditoría, resultado de la adaptación de las Normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España. (BOE de 13 de noviembre).

¹⁰² Reglamento (UE) n° 537/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público y por el que se deroga la Decisión 2005/909/CE de la Comisión (DO de 27.5.2014).

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

rotación gradual de los principales socios de la firma que llevan a cabo la auditoría legal, y un plazo durante el cual el auditor no pueda efectuar nuevamente la auditoría legal de la misma entidad.

Durante la realización de la auditoría legal, y en algún caso en el ejercicio inmediatamente anterior, al objeto de no comprometer su independencia, los auditores legales no podrán prestar a la entidad auditada una serie de servicios, llamados servicios prohibidos ajenos a la auditoría legal:

- los servicios fiscales;
- los servicios que supongan cualquier tipo de intervención en la gestión o la toma de decisiones de la entidad auditada;
- los servicios de contabilidad y preparación de los registros contables y los estados financieros;
- los servicios relacionados con las nóminas;
- la concepción e implantación de procedimientos de control interno o de gestión de riesgos relacionados con la elaboración y/o el control de la información financiera o del diseño o aplicación de los sistemas informáticos de información financiera;
- los servicios de valoración;
- los servicios jurídicos relacionados con la prestación de asesoramiento general, la negociación por cuenta de la entidad auditada, y la defensa de sus intereses en la resolución de litigios;
- los servicios relacionados con la función de auditoría interna de la entidad auditada;
- los servicios vinculados a la financiación, la estructura y distribución del capital, y la estrategia de inversión de la entidad auditada, con alguna excepción (p.e. la emisión de cartas de conformidad en relación con folletos emitidos por la entidad auditada);
- la promoción, negociación o suscripción de acciones de la entidad auditada; y
- los servicios de recursos humanos relacionados con cargos directivos que puedan ejercer una influencia significativa en la preparación de los registros contables o los estados financieros objeto de la auditoría legal.

No obstante, los Estados miembros podrán autorizar la prestación de estos servicios siempre que no comprometan la independencia del auditor y no tengan un efecto directo o tengan un efecto de poca importancia relativa en los estados financieros auditados.

El Reglamento reserva un papel central al comité de auditoría, que es el encargado de presentar al órgano de gobierno de la entidad auditada una recomendación motivada y libre de influencia de terceros relativa a la designación de auditores legales; dos alternativas para dicho encargo, y su preferencia por una de ellas, justificándola debidamente.

Anualmente, y con el fin de evitar conflictos de intereses, el auditor debe confirmar al comité de auditoría de la entidad auditada su independencia, discutir las posibles amenazas para la misma y las medidas de salvaguardia aplicadas para mitigarlas. Antes de aceptar o continuar un encargo de auditoría correspondiente a una entidad de interés público, los auditores legales deben comprobar si se cumplen los requisitos de independencia y si existe alguna amenaza para la independencia derivada de su relación con dicha entidad.

Los resultados de la auditoría legal de una entidad de interés público se presentan a los interesados en el informe de auditoría, bien fundamentado y sólidamente motivado. Además, los auditores legales de una entidad de interés público deben presentar un informe adicional, más detallado, sobre los resultados de la auditoría legal al comité de auditoría de la entidad auditada o al órgano que desempeñe funciones equivalentes dentro de la misma y, si el Estado miembro lo requiere, al órgano de administración de la entidad.

Por lo que se refiere a las relaciones con los supervisores, el auditor legal de una entidad de interés público (o de una empresa que tenga vínculos estrechos con ella) estará obligado a comunicar sin demora a las autoridades competentes encargadas de la supervisión de la entidad¹⁰³ toda la información de la que haya tenido conocimiento durante la realización de la auditoría legal y que pueda dar lugar a cualquiera de las consecuencias siguientes:

¹⁰³ Obligación que, como veremos, reitera la CRD IV respecto de las entidades de crédito.

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

- una infracción grave de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que establecen, en su caso, las condiciones de autorización, o que regulan de manera específica el ejercicio de las actividades de la entidad de interés público;
- una amenaza o duda de importancia relativa en relación con la continuidad de las actividades de la entidad de interés público;
- la negativa a emitir un dictamen de auditoría sobre los estados financieros, o la emisión de un dictamen desfavorable o con reservas.

1.4. La Ley 22/2015 de auditoría de cuentas

La trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva se a realizado mediante la Ley 22/2015 de auditoría de cuentas¹⁰⁴, que una vez entre en vigor sustituirá a la vigente Ley de auditoría de cuentas (Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio).

La Ley define auditor de cuentas y sociedad de auditoría, respectivamente, como la persona física y la persona jurídica, independientemente de la forma societaria mercantil adoptada, autorizadas para realizar auditorías de cuentas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, o por las autoridades competentes de un Estado miembro de la Unión Europea o de un tercer país.

Se distinguen dos modalidades de auditoría de cuentas:

- La auditoría de las cuentas anuales, que consistirá en verificar dichas cuentas a efectos de dictaminar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco

¹⁰⁴ Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (BOE de 21).

Está pendiente el desarrollo reglamentario de la Ley, por lo que, en lo que no se oponga a ella, continúa vigente el Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio.

Téngase en cuenta además que la Ley entrará en vigor el día 17 de junio de 2016, salvo determinados aspectos (régimen de incompatibilidades fundamentalmente) que lo harán el 1 de enero de 2016.

normativo de información financiera¹⁰⁵ que resulte de aplicación, incluyendo la verificación del informe de gestión que, en su caso, acompañe a las cuentas anuales, a fin de dictaminar sobre su concordancia con dichas cuentas anuales y si su contenido es conforme con lo establecido en la normativa de aplicación.

- La auditoría de otros estados financieros o documentos contables, que consistirá en verificar y dictaminar si dichos estados financieros o documentos contables expresan la imagen fiel o han sido preparados de conformidad con el marco normativo de información financiera expresamente establecido para su elaboración.

Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones, deberán someterse en todo caso a la auditoría de cuentas, entre otras, las entidades, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que se dediquen de forma habitual a la intermediación financiera, y, en todo caso, las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión y las demás entidades financieras, incluidas las instituciones de inversión colectiva, fondos de titulización y sus gestoras, inscritas en los correspondientes registros del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; y las que tengan por objeto social cualquier actividad sujeta a la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, dentro de los límites que reglamentariamente se establezcan, así como los fondos de pensiones y sus entidades gestoras.

En relación con la duración del contrato de auditoría de cuentas en entidades de interés público, la duración mínima del período inicial de contratación de auditores no podrá ser inferior a tres años, periodo durante el cual no podrá rescindirse el contrato sin que medie justa causa, no pudiendo ser consideradas como tales las divergencias de

¹⁰⁵ Marco normativo de información financiera: el conjunto de normas, principios y criterios establecido en:

a) La normativa de la Unión Europea relativa a las cuentas consolidadas, en los supuestos previstos para su aplicación.

b) El Código de Comercio y la restante legislación mercantil.

c) El Plan General de Contabilidad y sus adaptaciones sectoriales.

d) Las normas de obligado cumplimiento que apruebe el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en desarrollo del Plan General de Contabilidad y sus normas complementarias.

e) El resto de la normativa contable española que resulte de aplicación

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

opiniones sobre tratamientos contables o procedimientos de auditoría; el período total de contratación no podrá exceder la duración máxima de diez años prevista en el Reglamento, periodo que podrá prorrogarse adicionalmente hasta un máximo de cuatro años, siempre que se haya contratado de forma simultánea a otro u otros auditores para actuar conjuntamente en este período adicional; y una vez transcurridos cinco años desde el contrato inicial, será obligatoria la rotación de los auditores principales responsables del trabajo de auditoría, debiendo transcurrir en todo caso un plazo de tres años para que dichas personas puedan volver a participar en la auditoría de la entidad auditada.

1.5. Informe de auditoría de las cuentas anuales.

El informe de auditoría es la pieza que culmina el proceso de la auditoría de cuentas, el documento escrito (documento mercantil, en palabras de la Ley), donde el auditor presenta los resultados de la auditoría legal, elaborado de conformidad con los requisitos de las normas de auditoría adoptadas por la Unión o por España que deberá incluir, como mínimo, el siguiente contenido:

- a) Identificación de la entidad auditada, de las cuentas anuales que son objeto de la auditoría, del marco normativo de información financiera que se aplicó en su elaboración, de las personas físicas o jurídicas que encargaron el trabajo y, en su caso, de las personas a quienes vaya destinado; así como la referencia a que las cuentas anuales han sido formuladas por el órgano de administración de la entidad auditada.*
- b) Una descripción general del alcance de la auditoría realizada, con referencia a las normas de auditoría conforme a las cuales ésta se ha llevado a cabo y, en su caso, de los procedimientos previstos en ellas que no haya sido posible aplicar como consecuencia de cualquier limitación puesta de manifiesto en el desarrollo de la auditoría. Asimismo, se informará sobre la responsabilidad del auditor de cuentas o sociedad de auditoría de expresar una opinión sobre las citadas cuentas en su conjunto.*

c) *Explicación de que la auditoría se ha planificado y ejecutado con el fin de obtener una seguridad razonable de que las cuentas anuales están libres de incorrecciones materiales, incluidas las derivadas del fraude.*

Asimismo, se describirán los riesgos considerados más significativos de la existencia de incorrecciones materiales, incluidas las debidas a fraude, un resumen de las respuestas del auditor a dichos riesgos y, en su caso, de las observaciones esenciales derivadas de los mencionados riesgos.

d) *Declaración de que no se han prestado servicios distintos a los de la auditoría de las cuentas anuales o concurrido situaciones o circunstancias que hayan afectado a la necesaria independencia del auditor o sociedad de auditoría,*

e) *Una opinión técnica en la que se manifestará, de forma clara y precisa, si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación y, en particular, con los principios y criterios contables contenidos en el mismo.*

La opinión podrá revestir cuatro modalidades: favorable, con salvedades, desfavorable o denegada.

Cuando no existan salvedades la opinión será favorable.

En el caso de que existan tales salvedades, deberán reflejarse todas ellas en el informe y la opinión técnica será con salvedades, desfavorable o denegada.

Asimismo, se indicarán, en su caso, las posibles incertidumbres significativas o materiales relacionadas con hechos o condiciones que pudieran suscitar dudas significativas sobre la capacidad de la entidad auditada para continuar como empresa en funcionamiento.

También se hará referencia a las cuestiones que, no constituyendo una salvedad, el auditor de cuentas deba o considere necesario destacar a fin de enfatizarlas.

f) *Una opinión sobre la concordancia o no del informe de gestión con las cuentas correspondientes al mismo ejercicio¹⁰⁶, en el caso de que el citado informe de*

¹⁰⁶ Dictamen requerido en el artículo 34, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva contable 2013/34/UE

El auditor o auditores legales o la entidad o entidades de auditoría deberán además:

a) emitir un dictamen que indique si, a su juicio:

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

gestión acompañe a las cuentas anuales. Asimismo, se incluirá una opinión sobre si el contenido y presentación de dicho informe de gestión es conforme con lo requerido por la normativa que resulte de aplicación, y se indicarán, en su caso, las incorrecciones materiales que se hubiesen detectado a este respecto.

g) Fecha y firma de quien o quienes lo hubieran realizado. La fecha del informe de auditoría será aquella en que el auditor de cuentas y la sociedad de auditoría han completado los procedimientos de auditoría necesarios para formarse una opinión sobre las cuentas anuales.

Conviene precisar que, de acuerdo con lo previsto en la Directiva, sin perjuicio de los requisitos de información al supervisor en determinados supuestos a los que nos referido en un apartado anterior, el alcance de la auditoría legal no incluirá garantía alguna respecto a la viabilidad futura de la entidad auditada ni a la eficiencia o eficacia con que la dirección o el órgano administrativo de la entidad haya dirigido o vaya a dirigir los negocios de la misma

Por lo que se refiere al informe de auditoría de las entidades de interés público sometidas al régimen de supervisión y control atribuido al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, los auditores tendrán la obligación de comunicar rápidamente por escrito, a las citadas instituciones toda información relativa a la entidad auditada de la que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones en los supuestos contemplados en el Reglamento a los que hicimos referencia.

1.6. La auditoría externa de los bancos. Principios del Comité de Basilea

<p>• Principio 27 — Información financiera y auditoría externa: El supervisor determina que los bancos y grupos bancarios mantienen registros adecuados y fiables, elaboran estados financieros conforme a las políticas y prácticas contables ampliamente</p>

i) el informe de gestión concuerda con los estados financieros correspondientes al mismo ejercicio, y

ii) el informe de gestión se ha elaborado de conformidad con los requisitos jurídicos aplicables;

b) precisar si, a la vista del conocimiento y la comprensión de la empresa y su entorno obtenidos durante la auditoría, se han detectado incorrecciones materiales en el informe de gestión, y ofrecer indicaciones de la naturaleza de tales incorrecciones.

aceptadas a escala internacional y publican anualmente información que refleja razonablemente su situación financiera y resultados y está sujeta a la opinión de un auditor externo independiente. El supervisor también determina que los bancos y las sociedades matrices de los grupos bancarios cuentan con adecuados sistemas de buen gobierno y vigilancia de la función de auditoría externa.

En marzo de 2014 el Comité de Basilea publicó su documento sobre la auditoría externa de los bancos¹⁰⁷, que desarrolla parcialmente el principio 27 de los *Core Principles*.

Para el Comité de Basilea, los auditores externos desempeñan un papel fundamental para el mantenimiento de la confianza de los mercados en los estados financieros de las empresas. En el caso del sector bancario, esta función pública es especialmente relevante para la estabilidad financiera, teniendo en cuenta el papel que, en cuanto que intermediarios financieros, desempeñan los bancos en el conjunto de la economía. La calidad de la auditoría es por tanto un elemento clave para lograr la eficacia de esta función pública.

“Un auditor externo lleva a cabo la auditoría de los estados financieros de un banco a fin de obtener una seguridad razonable de que en su conjunto están libres de incorrección material, debida a fraude o error, que permita al auditor expresar una opinión sobre si los estados financieros están preparados, en todos los aspectos materiales, de conformidad con el marco de información financiera aplicable, y la emisión de un informe sobre los estados financieros y el cumplimiento de los requerimientos de comunicación contenidos en las normas de auditoría aceptadas a escala internacional, a la luz de los hallazgos del auditor”.

El documento enfatiza el papel fundamental del comité de auditoría de un banco a la hora de potenciar la calidad de la auditoría de su entidad mediante el desempeño eficaz de sus responsabilidades con respecto al auditor externo y a la auditoría legal. Se pretende favorecer el establecimiento de un diálogo bidireccional eficaz entre el comité

¹⁰⁷ BCBS. Auditoría externa de bancos. Marzo de 2014
http://www.bis.org/publ/bcbs280_es.pdf

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

de auditoría y el auditor externo que permita al comité de auditoría desempeñar sus responsabilidades de vigilancia y contribuir a la eficacia del proceso de auditoría.

Adicionalmente, el mantenimiento de una relación eficaz con los auditores externos puede mejorar la supervisión bancaria, en la medida en que la auditoría de los estados financieros de un banco puede contribuir a identificar debilidades en los controles internos relacionados con la información financiera y proporcionar información al supervisor, contribuyendo con ello a mejorar la seguridad del sistema bancario.

El documento del Comité de Basilea se estructura en dos partes: una primera en la que se ofrecen una serie de directrices (nueve Principios) sobre la función y las responsabilidades de los comités de auditoría de los bancos con respecto a las auditorías externas, así como sobre la relación de los supervisores con los auditores; y una segunda parte en la que se establecen las expectativas y recomendaciones (seis Expectativas) del Comité de cara a mejorar la calidad de las auditorías externas de los bancos.

- *Principio 1: El comité de auditoría deberá contar con un sólido proceso para aprobar —o bien para recomendar que se apruebe— la designación, reelección, destitución y remuneración del auditor externo.*
- *Principio 2: El comité de auditoría deberá evaluar y efectuar un seguimiento de la independencia del auditor externo.*
- *Principio 3: El comité de auditoría deberá evaluar y efectuar un seguimiento de la eficacia de la auditoría externa.*
- *Principio 4: El comité de auditoría deberá establecer una comunicación eficaz con el auditor externo que permita a dicho comité desempeñar sus responsabilidades de vigilancia y mejorar la calidad de la auditoría.*
- *Principio 5: El comité de auditoría deberá exigir al auditor externo que le informe sobre todos los asuntos pertinentes para que dicho comité pueda desempeñar sus responsabilidades de vigilancia.*
- *Principio 6: El supervisor y el auditor externo deberán mantener una relación eficaz que incluya el establecimiento de vías de comunicación adecuadas que permitan el intercambio de información pertinente para desempeñar sus respectivas responsabilidades legales.*

- *Principio 7: El supervisor deberá exigir al auditor externo que le informe directamente¹⁵ sobre los asuntos que surjan de la auditoría y que probablemente sean relevantes¹⁶ de cara a las funciones del supervisor.*
- *Principio 8: Deberá establecerse una comunicación sincera, frecuente y en el momento oportuno entre la autoridad de supervisión bancaria, las sociedades auditoras y el conjunto de la profesión contable con respecto a los principales riesgos y cuestiones sistémicas, así como un intercambio periódico de impresiones con respecto a cuestiones de auditoría y técnicas contables apropiadas.*
- *Principio 9: Deberá existir un diálogo frecuente y eficaz entre la autoridad de supervisión bancaria y el correspondiente órgano de vigilancia auditora.*
- *Expectativa 1: El auditor externo de un banco debe poseer un conocimiento del sector bancario y una competencia suficientes para responder de manera idónea a los riesgos de incorrecciones materiales en los estados financieros del banco y para cumplir adecuadamente cualesquiera requisitos reguladores adicionales que pueda comportar la auditoría legal.*
- *Expectativa 2: El auditor externo de un banco debe ser objetivo e independiente del banco, tanto de hecho como en apariencia.*
- *Expectativa 3: El auditor externo debe ejercitar escepticismo profesional al planificar y ejecutar la auditoría de un banco, valorando debidamente los retos específicos de auditar un banco.*
- *Expectativa 4: Las sociedades de auditoría que realicen auditorías bancarias deben cumplir las normas aplicables en materia de control de calidad.*
- *Expectativa 5: El auditor externo de un banco debe identificar y valorar el riesgo de incorrección material en sus estados financieros, teniendo en cuenta la complejidad de las actividades del banco y la eficacia de su entorno de control interno.*
- *Expectativa 6: El auditor externo de un banco debe responder de manera apropiada a los riesgos significativos de incorrecciones materiales en los estados financieros del banco.*

1.7. Otros aspectos referidos a la auditoría de cuentas de los bancos

En lo relativo a las relaciones de los supervisores con los encargados de la auditoría legal de las entidades de crédito, la CRD IV (artículo 63) reitera la obligación de estos últimos, contenida en el Reglamento 536/2014 de auditoría, de señalar rápidamente a las autoridades competentes y, salvo que haya razones imperiosas que se opongan a ello, también y de forma simultánea al órgano de dirección de la entidad, sobre cualquier hecho o decisión referido a la entidad auditada, o a una empresa que tenga un vínculo estrecho resultante de una relación de control con la entidad, del que haya tenido conocimiento en el ejercicio de dicha función y que pueda:

- constituir una infracción grave de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que fijan las condiciones de la autorización o que regulan de manera específica el ejercicio de las actividades de las entidades;
- perjudicar la continuidad de la actividad comercial de la entidad;
- implicar la denegación de la certificación de cuentas o la emisión de reservas.

La divulgación de buena fe de los hechos o decisiones mencionados a las autoridades competentes no constituirá violación de las restricciones sobre la divulgación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa ni implicará para los auditores ningún tipo de responsabilidad.

Finalmente, la Ley 10/2014 de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito tipifica en su artículo 92 como infracción muy grave: *Incumplir la obligación de someter sus cuentas anuales a auditoría de cuentas conforme a la legislación vigente en la materia.*

2. Disciplina de mercado. El Pilar 3 de Basilea

2.1. La transparencia de las sociedades mercantiles

La transparencia de las sociedades mercantiles se considera un elemento esencial para el correcto funcionamiento de la economía y así se reconoce de manera expresa en

los estándares internacionales en la materia que instan a la divulgación de toda aquella información empresarial que resulte relevante para terceros.

Uno de los Principios de gobierno corporativo de la OCDE se refiere precisamente a la divulgación de datos y la transparencia:

El marco para el gobierno corporativo deberá garantizar la revelación oportuna y precisa de todas las cuestiones materiales relativas a la sociedad, incluida la situación financiera, los resultados, la titularidad y el gobierno de la empresa.

Información que debe ser elaborada y divulgada con arreglo a normas de información financiera de alta calidad e incluir, al menos, la relativa a los resultados de la sociedad; sus objetivos empresariales; la titularidad del capital y los derechos de voto; la política de remuneraciones de consejeros y directivos y el proceso de selección de los mismos; las operaciones con partes vinculadas; los factores de riesgo previsible; los empleados; y las estructuras y políticas de gobierno corporativo.

La transparencia bancaria ya fue objeto de tratamiento por el Comité de Basilea en 1998¹⁰⁸, en relación con la supervisión bancaria y la disciplina de mercado. El documento partía del reconocimiento de que el mercado contiene mecanismos de disciplina que pueden reforzar los esfuerzos de los supervisores, recompensando a los bancos que gestionan de manera efectiva sus riesgos y penalizando a aquellos cuya gestión es inadecuada o imprudente. Disciplina que solo puede funcionar si los participantes en el mercado tienen acceso a información fiable y a tiempo que les permita valorar las actividades del banco y los riesgos inherentes a tales actividades; de forma que las posibilidades de que los participantes en el mercado fomenten las prácticas bancarias seguras queda fortalecida si se mejora la divulgación pública de información por parte de las entidades.

Los Principios de gobierno corporativo para bancos, de 2015, del Comité de Basilea abordan igualmente la transparencia y la revelación por parte de las entidades de crédito de información, que debe ser precisa, clara, oportuna y fácilmente accesible a accionistas, depositantes, otras partes interesadas y participantes en el mercado. La

¹⁰⁸ BCBS. Enhancing bank transparency. September 1998.

información revelada por los bancos debería incluir, al menos, la relevante en relación con sus objetivos; su organización y estructuras de gobernanza; sus políticas respecto de los derechos de los accionistas, derechos de voto y remuneraciones; y sus exposiciones y estrategias de gestión del riesgo.

2.2. El Pilar 3 de Basilea

Aunque en otro capítulo desarrollaremos de manera más extensa el contenido de los acuerdos del Comité de Basilea, conviene anticipar aquí, siquiera de manera resumida, que el marco de capitales de 2004, conocido como Basilea II¹⁰⁹, se estructura en torno a tres Pilares: el Pilar 1 contiene los requerimientos mínimos de capital exigibles a las entidades de crédito internacionalmente activas; el Pilar 2 se refiere a la autoevaluación por parte de las propias entidades de sus necesidades de capital en función de los riesgos asumidos y al proceso de revisión supervisora; y el Pilar 3, sobre disciplina de mercado, complementa los dos anteriores, *“mediante el desarrollo de una serie de requisitos de divulgación que permitirá a los agentes del mercado evaluar información esencial referida al ámbito de aplicación, el capital, las exposiciones al riesgo, los procesos de evaluación del riesgo y, con todo ello, a la suficiencia del capital de la institución”*.

Siendo consciente de que las entidades ya está sometidas a requerimientos de información pública derivados de la normativa mercantil y contable y de su participación en mercados de valores, el Comité de Basilea considera que los bancos deben ofrecer información adicional, acorde con la forma en que evalúan y gestionan los riesgos, en especial, teniendo en cuenta la posibilidad de utilización de modelos internos de valoración, de forma que los participantes en el mercado puedan acceder a información clave sobre la suficiencia de capital y las exposiciones al riesgo de los bancos, contribuyendo con ello a incrementar la transparencia y la confianza. Información que en todo caso debe ser pertinente¹¹⁰, oportuna, con la frecuencia adecuada al tamaño y complejidad de la entidad, y que no entre en conflicto con la

¹⁰⁹ BCBS. Convergencia internacional de medidas y normas de capital. Marco revisado. Junio 2004.

¹¹⁰ *La información se considera pertinente cuando su omisión o aseveración errónea pudieran modificar o influenciar la evaluación o decisión de un usuario que dependa de dicha información para tomar sus decisiones económicas*

información en propiedad o confidencial¹¹¹. En principio Basilea II no exige que esta información adicional sea auditada¹¹².

Aun cuando el Pilar 3 se planteaba como meramente indicativo, lo cierto es que el documento del Comité de Basilea recogía en 14 cuadros¹¹³, de manera muy detallada, el contenido de la información, tanto en sus aspectos cualitativos como cuantitativos, que se espera que las entidades den a conocer al mercado.

La crisis financiera iniciada en 2007 puso de manifiesto, a juicio del Comité de Basilea, que, tal como estaba diseñado, el Pilar 3 *“no promovió la identificación de los riesgos significativos de los bancos, ni proporcionó suficiente información comparable para que los participantes del mercado puedan evaluar la suficiencia de capital de*

¹¹¹ *La información en propiedad incluye toda aquella información (por ejemplo, sobre productos o sistemas) que, compartida con competidores, reduciría el valor de la inversión del banco en dichos productos y sistemas, socavando así su posición competitiva. La información sobre clientes a menudo es confidencial, ya que se facilita mediante un acuerdo jurídico o una relación con la contraparte.*

¹¹² *Así pues, no será obligatorio que la divulgación de información del Tercer Pilar sea auditada externamente, a menos que determinen lo contrario los órganos normativos contables, los reguladores de los mercados de valores u otras autoridades.*

BCBS. Convergencia internacional de medidas y normas de capital. Marco revisado. Versión integral. Junio 2006. Párrafo 816.

¹¹³ Con el siguiente contenido:

- Ámbito de aplicación
- Estructura del capital
- Suficiencia de capital
- Riesgo de crédito: divulgaciones generales para todos los bancos
- Riesgo de crédito: divulgaciones para carteras sometidas al método estándar y a ponderaciones supervisoras en los métodos IRB
- Riesgo de crédito: divulgaciones para las carteras sometidas a los métodos IRB
- Cobertura del riesgo de crédito: divulgaciones para los métodos estándar e IRB
- Divulgaciones generales para posiciones relacionadas con el riesgo de crédito de contraparte
- Titulización: divulgaciones para los métodos estándar e IRB
- Riesgo de mercado: divulgaciones para bancos que utilicen el método estándar
- Riesgo de mercado: divulgaciones para bancos que utilicen el método de modelos internos (IMA) en las carteras de negociación
- Riesgo operacional
- Posiciones accionariales: divulgaciones para posiciones en la cartera de inversión
- Riesgo de tipo de interés en la cartera de inversión (IRRBB)

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

cada banco y entre bancos”, lo que motivó su revisión y la publicación en enero de 2015 de un nuevo documento sobre el Pilar 3¹¹⁴, con el objetivo de mejorar la comparabilidad y la coherencia de la información.

El régimen de divulgación (*disclosure*) revisado, que se espera sea aplicado por las entidades al cierre de 2016, ofrece cinco principios orientadores (la información divulgada debe ser clara, integral, significativa para los lectores, coherente en el tiempo y comparable entre bancos) e introduce una «jerarquía» entre elementos de divulgación, con formularios fijos prescriptivos, para la información que se considera esencial para el análisis de los requerimientos de capital regulador del banco, y formularios más flexibles, para la información que se considera significativa para el mercado, pero no esencial; formularios que en todo caso pueden ser acompañados con comentarios cualitativos sobre las circunstancias particulares del banco y su perfil de riesgo. Las tablas y formularios, con su correspondiente periodicidad se muestran en los cuadros adjuntos.

¹¹⁴ BCBS. Requisitos de divulgación revisados para el Tercer Pilar. Enero de 2015.

LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN Y GESTIÓN DE CRISIS

	Tablas y formularios
Sección 2 – Presentación de gestión de riesgos y RWA	OVA – Método del banco para la gestión de riesgos OV1 – Presunción de los RWA
Sección 3 – Vinculo entre estados financieros y exposiciones reguladoras	U1 – Diferencias entre los ámbitos de consolidación contable y regulatorio y concordancia entre estados financieros de riesgo regulados U2 – Principales fuentes de discrepancia entre la cuantía de las exposiciones en términos de los reguladores y los valores comables en los estados financieros UA – Elucidación de las discrepancias entre la cuantía comable y la cuantía de exposición con fines regulatorios
Sección 4 – Riesgo de crédito	CRA – Información cualitativa general sobre el riesgo de crédito CR1 – Calidad crediticia de los activos CR2 – Cambios en el stock de préstamos y títulos de deuda en situación de cumplimiento CRB – Información adicional sobre la calidad crediticia de los activos CR3 – Requisitos de divulgación cuantitativa relacionados con técnicas de mitigación de riesgo de crédito CR3 – Técnicas de mitigación del riesgo de crédito – presentación general CR0 – Información cualitativa sobre el uso de calificaciones crediticias externas por los bancos con método estándar para el riesgo de crédito CR4 – Método estándar: exposición al riesgo de crédito y efectos de técnicas para su mitigación (CRM) CR5 – Método estándar: exposiciones por clases de activos y ponderaciones por riesgo CR6 – Información cualitativa relacionada con métodos IRB CR6 – IRB – Exposiciones al riesgo de crédito por cartera e intervalo de PO CR7 – IRB – Electa sobre los RWA de los derivados de crédito utilizados como técnica CRM CR8 – Estados de flujo de los RWA de exposiciones al riesgo de crédito con el CR3 CR9 – IRB – Comprobación de la probabilidad de incumplimiento (PO) por cartera CR10 – IRB (préstamo especializado y acciones con el método de ponderación por riesgo simple)
Sección 5 – Riesgo de crédito de contraparte	CCRA – Información cualitativa sobre el riesgo de crédito de contraparte CCR1 – Análisis de la exposición al riesgo de crédito de contraparte (CCR) por método
Sección 5 – Riesgo de crédito de contraparte	CCR2 – Requerimiento de capital por ajuste de valoración del crédito (CVAl) CCR3 – Método estándar para las exposiciones CCR por cartera reguladora y ponderaciones por riesgo CCR4 – IRB – Exposiciones al CCR por cartera e intervalo de PO CCR5 – Composición del colateral para exposiciones al CCR CCR6 – Exposiciones crediticias con derivados CCR7 – Estados de flujo de los RWA de las exposiciones al CCR con el método de los riesgos de crédito CCR8 – Exposiciones frente a entidades de contraparte central
Sección 6 – Titulización	SECA – Requisitos de información cualitativa para exposiciones de titulización SEC1 – Exposiciones de titulización en la cartera de inversión SEC2 – Exposiciones de titulización en la cartera de negociación SEC3 – Exposiciones de titulización en la cartera bancaria y requerimientos de capital regulador asociados (banco que actúa como emisor o co-emisor) SEC4 – Exposiciones de titulización en la cartera bancaria y requerimientos de capital regulador asociados (banco que actúa como inversor)
Sección 7 – Riesgo de mercado	MIRA – Requisitos de información cualitativa para el riesgo de mercado MRB – Información cualitativa para bancos que utilizan el método de modelos internos GMAJ MRI – Riesgo de mercado con el método estándar MR2 – Estados de flujo de RWA para exposiciones al riesgo de mercado según el método MR3 – Valores IMA para carteras de negociación MR4 – Comparación de estimaciones VaR con pérdidas/ganancias

2.3. El informe de la Enhanced Disclosure Task Force.

El Financial Stability Board impulsó en 2012 la creación de la *Enhanced Disclosure Task Force* (EDTF) con la finalidad de establecer una serie de principios, recomendaciones y buenas prácticas orientadas a mejorar la divulgación de información de los bancos sobre sus riesgos. Las motivaciones que guiaron al FSB fueron las mismas que al Comité de Basilea: la necesidad de mejorar la transparencia y la comunicación sobre los negocios y los riesgos de las entidades de crédito, como elemento clave para restaurar la confianza. En concreto, para el FSB la crisis financiera global puso de manifiesto que sería deseable que las entidades divulgasen públicamente sus exposiciones a ciertos tipos de instrumentos que ahora el mercado considera de alto riesgo o que comportan mayor riesgo del que anteriormente se pensaba -*collateralized debt obligations (CDOs), residential mortgage-backed securities (RMBS), commercial mortgage-backed securities (CMBS), other special purpose entities (SPEs), and leveraged finance-*, y considera que la divulgación de información de alta calidad sobre los riesgos contribuye a la estabilidad financiera proporcionando a los inversores y a otros participantes en el mercado un mejor entendimiento de las exposiciones y las prácticas de gestión del riesgo de las entidades.

En la EDTF participan empresas líderes mundiales en gestión de activos, bancos globales¹¹⁵, agencias de calificación crediticia y firmas de auditoría, analistas e inversores. A diferencia del carácter de estándar internacional de Basilea II (y de los documentos emitidos por el Comité de Basilea en general), las recomendaciones del EDTF surgen de la cooperación entre representantes del sector privado, se espera que sean adoptadas voluntariamente por los bancos participantes (aunque el FSB recomienda su empleo al resto de grandes bancos internacionales) y se confía en que sean recogidas por los reguladores, el Comité de Basilea en especial, en el diseño de los que requerimientos de *reporting* y *disclosure*.

¹¹⁵ 41 bancos, 20 de ellos europeos, entre los que se encuentran Santander y BBVA.

En octubre de 2012, la EDTF emitió un primer informe¹¹⁶ en el que se establecían siete principios fundamentales relativos a la divulgación de información sobre los riesgos de los bancos; la información divulgada debería: 1) ser clara, equilibrada y entendible; 2) comprensiva e incluir todos los riesgos y actividades clave del banco; 3) presentar información relevante; 4) reflejar cómo el banco gestiona sus riesgos; 5) ser consistente a través del tiempo; 6) comparable entre bancos; y 7) oportuna.

Adicionalmente, el informe identificaba 32 recomendaciones para mejorar la divulgación de los riesgos: de carácter general (4); referidas a la gobernanza del riesgo y el modelo de negocio y estrategias de gestión del riesgo (4); la adecuación del capital y los activos ponderados por riesgo (9); la liquidez (1); la financiación (*funding*) (3); el riesgo de mercado (4); el riesgo de crédito (5); y otros riesgos (2).

Al margen de otras aportaciones, es innegable la influencia del informe del EDTF en la revisión del Pilar 3 llevada a cabo por el Comité de Basilea que acabamos de reseñar en el apartado anterior.

La EDTF publica anualmente su informe sobre el progreso en la puesta en práctica de sus recomendaciones por parte de los bancos, el último en 2014¹¹⁷ en el que se constata el progresivo incremento del seguimiento de las recomendaciones por un lado y, por otro, la persistencia de las diferencias de criterio en este punto entre los bancos participantes y los usuarios de la información (*User Group*; inversores, analistas y agencias de calificación).

2.4. El Pilar 3 en la regulación bancaria de solvencia

La Directiva 2006/48 CRD traspuso al ordenamiento jurídico comunitario los acuerdos de Basilea II, incluyendo lógicamente el Pilar 3. La CRD estableció que las entidades de crédito debían adoptar una política formal con vistas a cumplir los

¹¹⁶ EDTF. Enhancing the risk disclosures of Banks. Report of the Enhanced Disclosure Task Force. 20 October 2012.

http://www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/r_121029.pdf?page_moved=1

¹¹⁷ EDTF. 2014 Progress Report, 5 September 2014

http://www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/r_140930a.pdf

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

requisitos sobre divulgación y disponer de políticas que permitan evaluar la adecuación de su divulgación de datos, incluidas su verificación y frecuencia, y si los datos por ellas divulgados transmiten a los participantes en el mercado una imagen completa de su perfil de riesgo. No obstante, únicamente tendrán la obligación de divulgar información que resulte significativa¹¹⁸ y que no sea reservada¹¹⁹ ni confidencial¹²⁰. Los criterios técnicos sobre la transparencia y divulgación de información se recogieron por extenso en un anexo (anexo XII) de la Directiva.

La trasposición de la CRD al ordenamiento jurídico español se llevó a cabo mediante una modificación de la Ley 13/1985, el Real Decreto 216/2008, y con mayor detalle en lo que al Pilar 3 se refiere en la Circular 3/2008 del Banco de España.

Las entidades españolas quedaban obligadas a publicar con carácter general, las informaciones exigidas por la Circular, al menos con periodicidad anual, al tiempo de la publicación de las cuentas anuales una vez aprobadas, debidamente integradas en un solo documento denominado "Información con relevancia prudencial", o con una frecuencia mayor si las entidades lo consideran oportuno a la vista de las características de su negocio o si el Banco de España se lo requiere. La información que no se encuentre cubierta por la auditoría de cuentas anuales deberá ser verificada, con carácter previo a su publicación, al menos por el Comité de Auditoría u otro órgano equivalente de la entidad.

La Circular exigía la inclusión en el citado informe de: información sobre una serie de requerimientos generales; sobre los recursos propios computables; los requerimientos de recursos propios; los riesgos de crédito y de dilución; el riesgo de mercado de la cartera de negociación; el riesgo operacional; las participaciones e instrumentos de

¹¹⁸ *La publicación de informaciones se considerará material cuando su omisión o presentación errónea pudieran modificar o influir en la evaluación o decisión de un usuario que dependa de dicha información para tomar sus decisiones económicas*

¹¹⁹ *Se considerará la información como reservada de una entidad de crédito si el hecho de compartir esa información con el público socavaría su competitividad. Puede incluir información sobre los productos o sistemas que, de ser compartida con los competidores, harían que las inversiones de una entidad de crédito fueran menos valiosas.*

¹²⁰ *La información se considerará confidencial si existen obligaciones con respecto a los adquirentes u otras relaciones de contrapartes que obliguen a una entidad de crédito a la confidencialidad.*

capital no incluidos en la cartera de negociación; el riesgo de tipo de interés en posiciones no incluidas en la cartera de negociación; y sobre remuneraciones.

Los cambios acontecidos en la regulación de solvencia de las entidades de crédito en la UE han hecho que el Pilar 3 pase a estar regulado, no ya en una Directiva, sino en el Reglamento 575/2013 CRR, directamente aplicable sin necesidad de trasposición a los ordenamientos jurídicos nacionales.

El Reglamento recoge básicamente los mismos criterios que los contenidos en la CRD ya expuestos, en cuanto a políticas, frecuencia y características de la información¹²¹, sin más modificaciones, en cuanto al contenido de la información a divulgar, que las derivadas de los nuevos y los mayores requerimientos establecidos por la incorporación al derecho de la Unión de los acuerdos de Basilea III. En concreto, los aspectos sobre los que las entidades habrán de informar para cumplir con sus obligaciones de divulgación al mercado son los siguientes:

- Políticas y objetivos en materia de gestión de riesgos
- Ámbito de aplicación
- Fondos propios
- Requisitos de capital
- Exposición al riesgo de crédito de contraparte
- Colchones de capital
- Indicadores de importancia sistémica global
- Ajustes por riesgo de crédito
- Activos libre de cargas (*unencumbered assets*)
- Utilización de las agencias de calificación crediticia
- Exposición al riesgo de mercado
- Riesgo operativo
- Exposiciones de renta variable que no figuren en la cartera de negociación

¹²¹ Véase además la Guía de la EBA: Directrices sobre materialidad, información propia y confidencialidad y sobre la frecuencia de divulgación de la información según el artículo 432, apartados 1 y 2 y el artículo 433 del Reglamento (UE) n° 575/2013. EBA/GL/2014/14. 23 de diciembre de 2014.

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

- Exposición al riesgo de tipo de interés sobre las posiciones no incluidas en la cartera de negociación
- Exposición a posiciones de titulización
- Política de remuneraciones
- Apalancamiento
- Aplicación del método IRB al riesgo de crédito
- Aplicación de técnicas de reducción del riesgo de crédito
- Aplicación de los métodos avanzados de cálculo al riesgo operativo
- Aplicación de modelos internos al riesgo de mercado

2.5. El documento “Información con relevancia prudencial”

Con una dudosa técnica legislativa, tanto la Ley 10/2014 (artículo 85) como el Real Decreto 84/2015 (artículo 93) reiteran el contenido del Reglamento CRR, en cuanto a la obligación de las entidades y grupos de publicar, *“tan pronto como sea viable, al menos con periodicidad anual y debidamente integrada en un solo documento denominado Información con relevancia prudencial, información concreta sobre aquellos datos de su situación financiera y actividad en los que el mercado y otras partes interesadas puedan tener interés con el fin de evaluar los riesgos a los que se enfrentan dichos grupos y entidades, su estrategia de mercado, su control de riesgos, su organización interna y su situación al objeto de dar cumplimiento a las exigencias mínimas de recursos propios previstas en la normativa de solvencia”*.

La norma española hace extensiva esta obligación, en base individual o subconsolidada, a las filiales de entidades de crédito españolas, en los casos que el Banco de España así lo considere en atención a su actividad o importancia relativa dentro del grupo y, adicionalmente, prevé la posibilidad de que el Banco de España pueda exigir la verificación por auditores de cuentas o expertos independientes, o por otros medios satisfactorios a su juicio, de las informaciones contenidas en el documento citado que no estén cubiertas por la auditoría de cuentas; posibilidad que se ha concretado en la Circular x/2015 del Banco España en la obligación de someter el contenido del mencionado documento a verificación por la auditoría interna de la entidad o por las unidades de control de riesgos.

2.6. El “Informe bancario anual”

Por último, en cuanto a las obligaciones de información de la entidades, la CRD IV (artículo 89) requiere que las entidades publiquen anualmente como anexo a sus estados financieros, determinada información en base consolidada, detallada por países donde estén establecidas (volumen de negocio; empleados; resultados; impuestos sobre beneficios; subvenciones recibidas) y que tal información sea objeto de auditoría de conformidad con la Directiva 2006/43/CE

La Ley española (artículo 87 de la LOSS), sin embargo, no exige de manera explícita tal auditoría, sino que dicha información sea publicada como un informe anexo de sus estados financieros auditados de acuerdo con la normativa reguladora de auditoría de cuentas y denominado informe bancario anual, que las entidades habrán de remitir al Banco de España y publicar anualmente incluyendo un conjunto de informaciones en base consolidada, especificando por países en donde estén establecidas:

- Denominación, naturaleza y ubicación geográfica de la actividad.
- Volumen de negocio.
- Número de empleados a tiempo completo.
- Resultado bruto antes de impuestos.
- Impuestos sobre el resultado.
- Subvenciones o ayudas públicas recibidas.

Adicionalmente, la LOSS también exige que las entidades hagan pública la participación de otras entidades de crédito, nacionales o extranjeras, en su capital, y su participación en el capital de otras entidades de crédito.

En resumen, al margen de las exigencias generales de información, derivadas de su condición de sociedades mercantiles por un lado y emisores de valores en mercados organizados por otro, a las que nos referiremos en el apartado siguiente, las entidades de crédito están sometidas a unos requerimientos específicos de información al mercado, referida fundamentalmente a su solvencia y la exposición a, y la gestión de, los distintos riesgos bancarios; información que debe ser presentada de manera regular, de forma

sistemática, atendiendo a criterios de relevancia y oportunidad, conforme unas minuciosas especificaciones dadas por el regulador y accesible públicamente, con la finalidad de aportar transparencia al mercado, contribuir a la estabilidad financiera y mejorar la confianza en los intermediarios.

3. Información financiera

3.1. El marco normativo de las obligaciones de información de los bancos

Bajo el término información financiera nos vamos a referir a continuación al extenso y complejo conjunto de información, normalmente en forma de estados financieros, que las entidades de crédito, en tanto que sociedades mercantiles, emisores de valores negociables, integrantes del sistema de pagos y empresas supervisadas y sometidas a específicos requerimientos de solvencia, están obligadas a suministrar, tanto de manera reservada, no pública, a los supervisores (estados reservados), como, de forma pública, a un heterogéneo conjunto de usuarios: accionistas, inversores, analistas, interesados,... (estados públicos)¹²².

Información que, además de su carácter público o reservado, se puede agrupar en dos grandes bloques: la información financiera propiamente dicha, es decir, aquella que, con algunas particularidades debidas a la naturaleza de la actividad bancaria, es común al conjunto de empresas y cuya elaboración se rige por normas nacionales o comunitarias (normas de información financiera o normas contables) que, de manera más o menos rigurosa, es acorde a una serie de principios de general aplicación, los llamados GAAP (*Generally Accepted Accounting Principles*)¹²³; y la información de

¹²² Conviene precisar que el destinatario de la información financiera pública no es el público en general, sino que, como se recoge en el marco conceptual del IASB: “*Los informes financieros se preparan para usuarios que tienen un conocimiento razonable de las actividades económicas y del mundo de los negocios y que revisan y analizan la información con diligencia. A veces, incluso usuarios diligentes y bien informados pueden necesitar recabar la ayuda de un asesor para comprender información sobre fenómenos económicos complejos.*”

IASB. El Marco Conceptual para la Información Financiera. Septiembre 2010

¹²³ Se podrían distinguir dos posiciones opuestas en materia de información financiera: los que consideran que la información financiera que suministran las empresas debe basarse meramente en principios generales (*principles based*) y los que entienden preferibles las normas prescriptivas (*rules based*). La

solvencia o prudencial, específicamente bancaria, de carácter reservado¹²⁴, dirigida al supervisor con la concreta finalidad de reflejar el cumplimiento de los requerimientos de solvencia por parte de las entidades supervisadas.

A estas dos clasificaciones de la información (pública/reservada; financiera/prudencial) hay que añadir una tercera, derivada del distinto tratamiento regulatorio de la información en base consolidada y en base individual, debido, como veremos, a la mayor armonización alcanzada en la primera de ellas en el ámbito de la Unión Europea.

Un elemento más contribuye a incrementar la complejidad de la regulación bancaria en materia de información financiera y es el referido a los concretos estados financieros que las entidades deben elaborar (formatos, frecuencias, plazos de presentación, especificaciones técnicas), motivado en esta ocasión por el hecho de que algunas normas no prescriben modelos de estados financieros, como es el caso de las Normas Internacionales del IASB, lo que se acepta en unos Estados miembros y en otros mueve a los reguladores nacionales a diseñarlos, haciéndolos obligatorios; y por la razón de que las normas nacionales que sí prescriben modelos de estados, financieros y prudenciales, eran todas ellas distintas, lo que obligó a su armonización a nivel comunitario (trabajo que inició el CEBS y ha continuado la EBA) dando lugar, respectivamente, a los modelos FINREP y COREP, de general aplicación en el conjunto de la Unión para determinados estados.

Dos aspectos adicionales aportan mayores requisitos de información para las entidades bancarias. Por un lado, la entrada en funcionamiento del SSM ha dado lugar a que el BCE, que dispone de potestad normativa, haya pasado a establecer, mediante un Reglamento, sus propios requerimientos en materia de información financiera que deben suministrar los bancos supervisados de los Estados miembros participantes; y por

realidad es que ninguna de estas posibilidades se da en estado puro y, normalmente, ambas conviven en el ordenamiento jurídico-contable.

¹²⁴ Ya hicimos referencia a la información que las entidades están obligadas a publicar en materia de solvencia, capital y riesgos, al hablar de la “Información con relevancia prudencial” en un apartado anterior

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

otro, en algunos Estados miembros coinciden en una sola institución el banco central y el supervisor prudencial (el Banco de España o, ahora, el propio Banco Central Europeo), situación que les permite, dentro del bloque de estados exigidos, requerir de las entidades información adicional para atender sus funciones de carácter económico, monetario, estadístico, supervisor, etc.

De forma esquemática, la regulación de la información financiera y prudencial aplicable a las entidades de crédito españolas, que desarrollaremos en los siguientes apartados, se muestra en este cuadro:

<u>Normas aplicables</u>	Información financiera		Información de solvencia
Información individual	CBE 4/2004		Reglamento CRR
Información consolidada	NIC - UE		
<u>Estados</u>	Estados públicos	Estados reservados	
Información individual	CBE 4/2004	Reglamento BCE	COREP
Información consolidada		FINREP	

3.2. Requisitos generales de formulación y publicación de cuentas

Los bancos que, como vimos, deben adoptar la forma mercantil de sociedad anónima y que, salvo raras excepciones, son emisores de valores admitidos a negociación en mercados regulados, están sujetos, como con carácter general las empresas que reúnan estas características, a las obligaciones de formular y publicar información financiera recogidas en nuestro ordenamiento. En concreto:

- el artículo 34, de las cuentas anuales, del Código de Comercio¹²⁵

1. Al cierre del ejercicio, el empresario deberá formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la Memoria. Estos documentos forman una unidad. ...

2. Las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica.

- los artículos 253 y 254, sobre formulación y contenido de las cuentas anuales, de la Ley de Sociedades de Capital¹²⁶

1. Los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo..., las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidado¹²⁷. ...

1. Las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria.

¹²⁵ Real decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (BOE de 16 de octubre), obviamente con múltiples modificaciones desde entonces.

¹²⁶ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE de 3).

¹²⁷ El artículo 279 exige además el depósito de las cuentas en el Registro Mercantil:

1. Dentro del mes siguiente a la aprobación de las cuentas anuales, los administradores de la sociedad presentarán, para su depósito en el Registro Mercantil del domicilio social, certificación de los acuerdos de la junta de socios de aprobación de dichas cuentas, debidamente firmadas, y de aplicación del resultado, así como, en su caso, de las cuentas consolidadas, a la que se adjuntará un ejemplar de cada una de ellas. Los administradores presentarán también, si fuera obligatorio, el informe de gestión y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría.

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

2. Estos documentos, que forman una unidad, deberán ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de conformidad con esta ley y con lo previsto en el Código de Comercio.

3. La estructura y contenido de los documentos que integran las cuentas anuales se ajustará a los modelos aprobados reglamentariamente.

- y el artículo 35, sobre obligaciones de información periódica de los emisores, de la Ley del Mercado de Valores¹²⁸

1. Cuando España sea Estado miembro de origen, los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, harán público y difundirán su informe financiero anual en el plazo... Asimismo, someterán sus cuentas anuales a auditoría de cuentas. El informe de auditoría se hará público junto con el informe financiero anual.

*El informe financiero anual comprenderá las cuentas anuales y el informe de gestión revisados por el auditor...*¹²⁹

La concreción de los criterios de reconocimiento, valoración y presentación para la formulación de las cuentas anuales exigida por el Código de Comercio y la Ley de Sociedades de Capital se recoge en el Plan General de Contabilidad (PGC)¹³⁰ español, para las cuentas individuales, y en las Normas para la formulación de las cuentas

¹²⁸ Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE de 29).

¹²⁹ Sobre las obligaciones de transparencia de los emisores de valores véase igualmente la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2004 sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE (DO de 31.12.2004); y el Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea (BOE de 20).

¹³⁰ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (BOE de 20).

anuales consolidadas (NFCAC)¹³¹, junto a las adaptaciones sectoriales en su caso. Para las entidades de crédito, la Circular 4/2004 del Banco de España¹³² (CBE 4/2004 en lo sucesivo) constituye “*el desarrollo y la adaptación de las normas contables al sector de entidades de crédito*” y resulta por tanto de general aplicación, con las matizaciones a las que nos referiremos en el siguiente apartado, para la formulación de la información financiera de las entidades bancarias.

Por lo que se refiere a los requerimientos de información de los emisores de valores, los estados financieros, formulados con las normas contables que resulten de aplicación en cada caso, habrán de ajustarse a los modelos aprobados por la CNMV mediante su Circular 1/2008¹³³, modelos que, para las entidades de crédito, son básicamente coincidentes con los correspondientes del Banco de España.

3.3. La información financiera de los bancos

3.3.1. Normas contables aplicables

Bajo la denominación genérica de normas contables se hace referencia al conjunto de normas que establecen los criterios de reconocimiento, valoración y presentación de la información financiera¹³⁴ que, en el ámbito mercantil, deben seguir las empresas en la

¹³¹ Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre (BOE de 24).

¹³² BANCO DE ESPAÑA. Circular nº 4/2004, de 22 de diciembre. Entidades de crédito. Normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros (BOE de 30).

¹³³ Circular 1/2008, de 30 de enero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre información periódica de los emisores con valores admitidos a negociación en mercados regulados relativa a los informes financieros semestrales, las declaraciones de gestión intermedias y, en su caso, los informes financieros trimestrales (BOE de 15 de febrero).

¹³⁴ Los criterios de reconocimiento hacen referencia a qué elementos contables deben reconocerse y cuáles no en los estados financieros, cuándo deben reconocerse y cuándo darse de baja (*derecognition*); los criterios de valoración determinan el valor por el que se reflejan los elementos contables y los cambios que se producen en el mismo, y el cómo, cuándo y dónde debe reconocerse contablemente su deterioro; y los criterios de presentación indican qué información, cómo, cuándo y dónde debe suministrarse a los usuarios de la información financiera.

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

elaboración de sus cuentas anuales (y, en general, de cualquier otra información financiera con trascendencia jurídica).

El Reglamento 1606/2002¹³⁵ estableció la obligatoriedad a partir del 1 de enero de 2005 para las sociedades que se rigen por la ley de un Estado miembro de elaborar sus cuentas consolidadas¹³⁶ de conformidad con las normas internacionales de contabilidad¹³⁷ adoptadas por la Unión Europea si, en la fecha de cierre de su balance, sus valores han sido admitidos a cotización en un mercado regulado de cualquier Estado miembro.

Tras su adopción por la Unión Europea, las normas, recogidas en Reglamentos de la Comisión, se incorporan al ordenamiento jurídico comunitario (el término habitualmente utilizado para referirse a las normas internacionales una vez adoptadas es el de NIC-UE).

Adicionalmente, el Reglamento 1606/2002, otorgó a los Estados miembros la opción de permitir o exigir la utilización de las normas NIC-UE para la información financiera distinta de las cuentas consolidadas o por las sociedades que no resulten obligadas a ello por el Reglamento, tanto en su información financiera individual como consolidada.

En España, tras las conclusiones alcanzadas por una comisión de expertos nombrados a este propósito y plasmadas en el Libro blanco para la reforma de la contabilidad¹³⁸ se optó por permitir la utilización voluntaria de las NIC-UE en la

¹³⁵ Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad (DO de 11.9.2002).

¹³⁶ Básicamente, la consolidación de cuentas de un grupo de empresas relacionadas por una relación de control (matriz/filiales) es el proceso contable de homogeneización, agregación, eliminación de transacciones intragrupo y eliminación inversión-patrimonio neto, que permite presentar la información financiera de un grupo como si de una única empresa se tratara.

¹³⁷ Por normas internacionales de contabilidad el Reglamento se refiere a las aprobadas por el International Accounting Standards Board (IASB) bajo el nombre de Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) y, anteriormente, de Normas Internacionales de Contabilidad (NIC), o sus correspondientes en inglés, International Financial Reporting Standards (IFRS) e International Accounting Standards (IAS), respectivamente.

¹³⁸ ICAC. Informe sobre la situación actual de la contabilidad en España y líneas básicas para abordar su reforma. (Libro Blanco para la reforma de la contabilidad en España). Junio 2002.

elaboración de los estados consolidados por parte de las empresas no obligadas a ello y, simultáneamente, mantener la regulación contable nacional, que traspone las correspondientes Directivas contables¹³⁹, para la información financiera individual, si bien, tras un proceso de reforma que aproximó nuestra regulación contable a los estándares internacionales y que culminó con la Ley 16/2007¹⁴⁰ y el PGC de 2007 y las NFCAC de 2010 a los que nos hemos referido en un párrafo anterior.

Por lo que se refiere a las entidades de crédito, la reforma contable se abordó por el Banco de España, que dispone de potestad reglamentaria en materia de contabilidad bancaria¹⁴¹, mediante la Circular 4/2004, a la que también hemos hecho referencia, aplicable a la totalidad de entidades de crédito (con títulos emitidos o no), con la particularidad de que, según se recoge en su exposición de motivos: *“En su elaboración se ha respetado el contenido de las normas internacionales de información financiera aprobadas por los Reglamentos de la Unión Europea y se ha atendido al marco conceptual en que se basan. Por tanto, en opinión del Banco de España, las entidades obligadas a formular cuentas anuales consolidadas que se ajusten en su elaboración a las normas establecidas en la presente Circular, cumplirán, en lo que se refiere a lo regulado en ella, la obligación que, en su caso, les corresponda de formular las cuentas anuales consolidadas de acuerdo con las normas internacionales de información financiera aprobadas por los Reglamentos de la Unión Europea”*.

¹³⁹ En aquel momento la Cuarta y la Séptima Directivas:

Cuarta Directiva del Consejo de 25 de julio de 1978 basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (78/660/CEE) (DO de 14.08.1978); y Séptima Directiva del Consejo de 13 de junio de 1983 basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, relativa a las cuentas consolidadas (83/349/CEE) (DO de 18.7.1983).

Actualmente derogadas y sustituidas por la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo (DO de 29.06.2013).

¹⁴⁰ Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (BOE de 5).

¹⁴¹ Orden de 31 de marzo de 1989 por la que se faculta al Banco de España para establecer y modificar las normas contables de las Entidades de Crédito (BOE de 22 de abril).

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

Es decir, se pretendió recoger en esta Circular un único conjunto de normas que diese cumplimiento, simultáneamente, a los requisitos nacionales (que también trasponen una Directiva europea¹⁴²) para la información individual y a los específicamente comunitarios de información consolidada, si bien el Banco de España mantuvo en su redacción algunos criterios, habituales en el ordenamiento contable español anterior (como el régimen de provisiones para insolvencias contenido en el Anejo IX de la Circular), de difícil encaje en el nuevo marco contable europeo; alternativa que, no obstante, se entendió preferible a la utilización de dos cuerpos normativos, de los que habría que tomar uno para según qué información se pretendiese reflejar en cada caso

En conclusión, los criterios de reconocimiento, valoración y presentación de la información financiera individual de la totalidad de las entidades de crédito españolas son los recogidos en la Circular 4/2004 en tanto que norma contable específica. En la elaboración de la información consolidada, la norma aplicable son las NIC-UE recogidas en los correspondientes Reglamentos de la Comisión, si bien, atendiendo a la opinión del Banco de España, el cumplimiento de la Circular comporta el de los Reglamentos comunitarios; obviamente, en caso de discrepancia, los Reglamentos comunitarios son una norma de rango superior.

3.3.2. Estados financieros públicos

Como se apuntaba en un párrafo anterior, las normas internacionales de contabilidad no prescriben unos concretos modelos de estados financieros; sí regulan su contenido, pero dejan libertad a las empresas en cuanto a la forma de presentación. En la mayoría de los países, el formato de presentación de la información financiera ha obedecido a la práctica habitualmente seguida en el sector empresarial correspondiente, y en algunos Estados miembros, esta práctica se ha recogido además en normas jurídicas que establecen unos determinados modelos (estados) de obligatoria aplicación, con un cierto margen de discrecionalidad para las empresas en cuanto a la información que pueden añadir (no reducir). Atendiendo a las diferentes tradiciones y particularidades

¹⁴² Directiva del Consejo de 8 de diciembre de 1986 relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de los bancos y otras entidades financieras (86/635/CEE) (DO de 31.12.1986).

nacionales, la Unión Europea no ha abordado un proceso de armonización de los formatos de presentación de la información financiera pública, que continúan siendo competencia de los Estados miembros.

En nuestro caso, los formatos de los estados financieros públicos, tanto individuales como consolidados, de los bancos españoles, y su frecuencia y plazo de presentación, son los establecidos por el Banco de España en la Circular 4/2004 y, conforme a lo exigido en el Código de Comercio y la Ley de Sociedades de Capital, comprenden: el Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, el Estado de ingresos y gastos, el Estado de cambios en el patrimonio y el Estado de flujos de efectivo; estados que forman una unidad y habrán de mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, de los resultados y de los flujos de efectivo de la entidad o del grupo.

Además de los estados financieros, las cuentas anuales incluyen la Memoria, cuyo contenido mínimo se encuentra igualmente regulado en la Circular del Banco de España, y en la cual las entidades habrán de completar, ampliar y comentar la información contenida en los estados e incluir cualquier información que el Código de Comercio, la Ley de Sociedades de Capital y cualquier otra normativa española que les sea aplicable exijan incluir en este documento. Puesta en relación con las normas internacionales, el contenido de la Memoria da cumplimiento al extenso conjunto de exigencias de presentación de cada una de las NIC que resultan de aplicación.

3.3.3. *Estados reservados consolidados*

Bajo la denominación de estados reservados se conoce el conjunto de estados conteniendo información financiera que las entidades están obligadas a remitir a su supervisor prudencial, elaborados con criterios similares (aunque no exactamente iguales)¹⁴³ que los estados públicos, pero con un contenido mucho más extenso.

¹⁴³ Como quiera que el nivel de detalle es distinto en unos y otros, los criterios de desagregación y de neteo entre partidas también es, en ocasiones, diferente ((periodificaciones, provisiones, titulizaciones, ...). Para darse una idea de la magnitud de la diferencia, baste recordar que, frente a los cinco estados financieros consolidados públicos, las entidades tienen que remitir al supervisor entre 64 y 71 estados reservados consolidados (y otros tantos individuales).

CAPÍTULO QUINTO.
MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

Cada Estado miembro establecía en el pasado sus propios estados reservados, y así lo hizo el Banco de España en la Circular 4/2004. Tras la aprobación del Reglamento 1606/2002, el CEBS acometió la tarea de armonizar los estados financieros reservados adaptándolos a normas NIC-UE, referidos, de manera coherente con el Reglamento, a los estados consolidados exclusivamente; trabajo que, tras la publicación del Reglamento CRR, culminó la EBA en un *technical standard* de julio de 2013, finalmente aprobado por la Comisión y publicado como Reglamento¹⁴⁴ en junio de 2014, dando lugar a los llamados estados FINREP (de *FINancial REporting*)¹⁴⁵, de obligada remisión a su supervisor por parte de las entidades de crédito de la Unión, tanto por las entidades europeas sometidas a normas NIC-UE, como para las que utilizan sus marcos contables nacionales, en virtud de lo previsto en el artículo 99 del Reglamento CRR.

3.3.4. Estados reservados individuales

En ausencia de armonización comunitaria, tanto en lo relativo a las normas contables aplicables como en los formatos de los estados, respecto de la información financiera distinta de la consolidada, la regulación de los estados financieros individuales reservados de los bancos españoles se encuentra recogida en la Circular 4/2004 del

¹⁴⁴ Reglamento de Ejecución (UE) n.º 680/2014 de la Comisión, de 16 de abril de 2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por parte de las entidades, de conformidad con el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO de 28.6.2014), modificado por el Reglamento de Ejecución 2015/79 de la Comisión de 18 de diciembre de 2014 (DO de 21.01.2015); el Reglamento de Ejecución 2015/227 de la Comisión de 9 de enero de 2015 (DO de 20.02.2015); y, especialmente, por el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1278 de la Comisión, de 9 de julio de 2015, que modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 680/2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por parte de las entidades, en lo que respecta a las instrucciones, plantillas y definiciones (DO de 31.07.2015).

¹⁴⁵ La norma técnica sobre los estados FINREP forma parte de un bloque conocido como *Implementing Technical Standards on Supervisory Reporting* elaborado por la EBA que comprende, además de la información financiera, los requerimientos uniformes de información derivados del Reglamento CRR, referidos a fondos propios y requerimientos de capital (COREP), grandes riesgos, pérdidas en crédito inmobiliario, apalancamiento, liquidez, afectación de activos (*asset encumbrance*), refinanciaciones (*forbearance*) y activos deteriorados (*non-performing exposures*).

Banco de España, recientemente modificada por la Circular 5/2014¹⁴⁶ con la finalidad de aproximar su contenido y formato a los de los estados FINREP, hasta hacerlos prácticamente equivalentes, si bien, como ya apuntamos, el Banco de España exige cierta información adicional, precisa para el cumplimiento de sus funciones (estadísticas, monetarias, supervisoras, etc).

Esta situación, sin embargo, se ha visto alterada por la entrada en funcionamiento del SSM, y la decisión del BCE de establecer las obligaciones de presentación de información financiera con fines de supervisión de las entidades de crédito de los Estados miembros participantes mediante un Reglamento¹⁴⁷, en el que se establecen el formato, la frecuencia, las fechas de referencia y los plazos de presentación de la información, también en base individual.

Hay que señalar al respecto que, durante el periodo de consulta pública del borrador del Reglamento, algunos agentes económicos, como la European Banking Federation (EBF), se mostraron especialmente críticos respecto de las competencias del BCE para imponer obligaciones de información en base individual no previstas en el Reglamento CRR y sobre el procedimiento elegido¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Circular 5/2014, de 28 de noviembre, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, la Circular 1/2010, de 27 de enero, a entidades de crédito, sobre estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos (BOE de 23 de diciembre).

¹⁴⁷ Reglamento (UE) 2015/534 del Banco Central Europeo de 17 de marzo de 2015 sobre la presentación de información financiera con fines de supervisión (BCE/2015/13) (DO de 31.3.2015)

¹⁴⁸ *The draft Regulation imposes a number of requirements on banks for which no legal basis can be found in the CRR or in EU Regulation 680/2014. The ECB's explanation for the extension of existing obligations is that it wishes to address 'data gaps' in supervisory reporting. However, the ECB does not have the legal authority to close data gaps on its own initiative in the area of supervisory reporting which have not been recognised in the CRR. Extension of obligations included in the CRR can only be based on a proper legal mandate i.e. by amending the CRR. ...*

The draft Regulation also aims at extending the regular reporting of supervisory financial information to reports at the solo level. This information is not covered by the Commission Implementing Regulation N° 680/2014 of 16 April 2014 laying down ITS with regard to supervisory reporting of institutions.

Our understanding is that, when a competent authority – such as the ECB – considers information not covered by the ITS with regard to supervisory reporting of institutions to be necessary to obtain a

3.4. La información prudencial o de solvencia

Como ya comentamos en un párrafo anterior, a diferencia de los requerimientos mercantiles de información financiera, la información prudencial que las entidades de crédito deben remitir a su supervisor es una información específicamente bancaria, de carácter reservado, referida a su situación de capital y riesgos, y con la finalidad de que el supervisor pueda comprobar el cumplimiento de los requerimientos y el nivel de solvencia de las entidades.

La obligación de remitir esta información se encuentra actualmente recogida en el artículo 99 del Reglamento CRR (ex artículo 74 de la CRD¹⁴⁹) y la concreción de su contenido, formatos, plazos y fechas de referencia fue objeto de elaboración por la EBA en un *technical standard*, dando lugar a los llamados estados COREP¹⁵⁰ (de Common Reporting), aprobados por la Comisión y publicados mediante el antes citado Reglamento de Ejecución 680/2014.

Los 28 estados COREP contienen detallada información sobre los fondos propios, los requerimientos de capital y el nivel de solvencia, el riesgo de crédito y contraparte,

comprehensive view on the systemic risks posed by institutions to the financial sector or the real economy, it is required to notify EBA and the ESRB about the additional information it deems necessary to include in the ITS (see Article 99, Paragraph 7, of Regulation n° 575/2013). This means that a competent authority cannot impose on its own initiative supervisory financial information requirements at the solo level

The draft ECB Regulation makes no mention of EBA or the ESRB having been consulted on the information that the ECB seeks to impose on the basis of Article 99, Paragraph 7, of Regulation n° 575/2013. Moreover, no mention whatsoever is being made in the draft ECB Regulation of compelling reasons that might justify extending the supervisory FINREP framework to solo reporting. Our impression is, therefore, that the proposed extension to financial information to be reported at the solo level has not observed a legally required process and, therefore, lacks a legal basis.

Los comentarios recibidos por el BCE durante el periodo de consulta se encuentran en su página web; en concreto, los correspondientes a la EBF, en la siguiente dirección:

https://www.bankingsupervision.europa.eu/legalframework/publiccons/pdf/finrep/finrep_comment_6.pdf

¹⁴⁹ Tras su trasposición al ordenamiento jurídico español, el detalle de la información prudencial a remitir al Banco de España por las entidades se especificó en la Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos (BOE de 10 de junio).

¹⁵⁰ Véase nota al pie **¡Error! Marcador no definido.**

las exposiciones y pérdidas en financiación hipotecaria, titulizaciones, riesgo de mercado, riesgo operacional y grandes exposiciones.

CAPÍTULO SEXTO.

LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

I. LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL.

What makes financial sector supervision different?

Supervision is not unique to the financial industry. What makes it different is the nature of the relationship between supervisors and industry, particularly in the context of prudential supervision. There is near-continuous involvement of supervisors in the birth, life, and death of the institutions they supervise. They license them; make sure that the people who own and run them are up to the task; lay out the rules that they must follow; guide them on how they should manage and disclose risks in their activities; continuously monitor their actions; impose penalties for bad behaviour; and then take a leading role in the resolution of these institutions when they fail—be it finding new owners or leading creditors through bankruptcy. In other industries, these functions are divided across a host of agencies. On top of all of this, supervisors' successes are unknown and unheralded, while their failures are dramatic and headline-grabbing, and as we have seen, may have serious consequences for the global

*economy. The varied expectations that this range of roles places on supervisors makes supervision an extremely challenging, and often underappreciated, task.*¹

1. Definición

El primer escollo al abordar el tratamiento de la supervisión de las entidades de crédito es la dificultad para establecer una definición precisa del concepto de supervisión prudencial.

Apenas si es posible encontrar algunas mínimas referencias en la legislación a la definición de supervisión en el ordenamiento de la Unión. Así, en el artículo 29.1 de la Directiva 2009/138 (Solvencia II)² sobre el sector asegurador: *“La supervisión se basará en un planteamiento prospectivo y orientado al riesgo. Comprenderá la verificación continua del correcto ejercicio de la actividad de seguro o de reaseguro y del cumplimiento de las disposiciones de supervisión por parte de las empresas de seguros y de reaseguros”*; y en los Reglamentos de las Autoridades Europeas de Supervisión³ (artículo 2), referido en este caso a que el principal objetivo del Sistema Europeo de Supervisión Financiera *“será garantizar la correcta aplicación de la normativa correspondiente al sector financiero, a fin de preservar la estabilidad financiera y garantizar la confianza en el sistema financiero en su conjunto y una protección suficiente para los consumidores de los servicios financieros”*.

¹ J. VIÑALS and J. FIECHTER, “The Making of Good Supervision: Learning to Say “No”. *IMF Staff Position Note*. SPN/10/08. May 18, 2010.

² Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (DO de 17.12.2009).

³ Reglamento (UE) nº 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), se modifica la Decisión nº 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión (DO de 15.12.2010).

Reglamento (UE) nº 1094/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación), se modifica la Decisión nº 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/79/CE de la Comisión (DO de 15.12.2010).

Reglamento (UE) nº 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), se modifica la Decisión nº 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/77/CE de la Comisión (DO de 15.12.2010).

CAPÍTULO SEXTO
LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

La Ley de Autonomía del Banco de España (art. 7) atribuye a éste la función de *“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”*.

En el ejercicio de esta función, el Banco de España⁴ considera que el modelo de supervisión aplicado debe velar *“por que las entidades de crédito estén adecuadamente capitalizadas, cumplan la normativa vigente y sean prudentes en la gestión y control de su negocio y sus riesgos”*; y enfatiza el papel preventivo de la supervisión: *“El objetivo fundamental del proceso supervisor es determinar y mantener actualizado el perfil de riesgo supervisor de cada entidad y tomar las medidas necesarias para corregirlo, si se considera necesario. Este perfil de riesgo resume en una única variable la posibilidad de que una entidad de crédito tenga problemas de solvencia, rentabilidad y liquidez en el futuro”*.

La jurisprudencia tampoco ayuda a precisar una definición de supervisión y las referencias son muy escasas; la STC 96/1996 se limitó a señalar (FJ 26º) en referencia a las competencias de las autoridades estatales para controlar e inspeccionar a las entidades de crédito, contenidas en el artículo 43 bis de la Ley 26/1988, de Disciplina e intervención de las entidades de crédito, que las funciones de vigilancia, inspección y control no pueden separarse de las competencias sustantivas de ordenación del crédito a las que sirven, pero sin llegar a definir dichas funciones.

Por lo que se refiere a la doctrina, las opiniones están muy divididas. Para R.M. LASTRA⁵ la supervisión se refiere a la vigilancia del comportamiento de las instituciones financieras, en especial a la vigilancia y el control de los riesgos; la supervisión puede entenderse como un proceso en cuatro etapas: la autorización para el acceso a la actividad, la supervisión en sentido estricto, el régimen sancionador para el caso de incumplimiento, fraude o mala gestión, y la gestión de crisis.

⁴ BANCO DE ESPAÑA. Supervisión. La función supervisora del Banco de España. El modelo de supervisión.

http://www.bde.es/bde/es/areas/supervision/funcion/modelo/El_modelo_de_supervision.html

⁵ R. LASTRA, *Central Banking and Banking Regulation*. LSE, 1996.

El Informe elaborado por el Grupo de Larosière⁶, sobre la organización de la supervisión financiera en la UE, consideró que la *“regulación es el conjunto de normas y reglamentos que rigen las instituciones financieras; su principal objetivo es fomentar la estabilidad financiera y proteger a los clientes que recurren a los servicios financieros. La regulación puede adoptar diferentes formas, desde el establecimiento de requisitos de información hasta la adopción de medidas estrictas, como requisitos de capital. La supervisión, por su parte, es el proceso diseñado para vigilar a las instituciones financieras a fin de garantizar el cumplimiento de dichas normas y reglamentos”*.

El Informe de la Cámara de los Lores británica de 2009⁷ señalaba que la supervisión debería asegurar que las entidades financieras sujetas a regulación cumplen correcta y uniformemente las leyes, gestionan adecuadamente sus riesgos y observan unos estándares mínimos. La supervisión debería examinar también el sistema bancario y financiero como un todo para detectar los riesgos que afecten al sistema en su conjunto. Los supervisores deben poder emitir decisiones vinculantes e imponer sanciones a aquellas entidades que no cumplan las normas.

El Informe diferencia entre la supervisión macroprudencial y microprudencial. La supervisión macroprudencial consiste en el análisis de las tendencias y desajustes en el sistema financiero y la detección de los riesgos sistémicos que tales tendencias pueden ocasionar en las entidades financieras y la economía. El foco de la supervisión macroprudencial se sitúa en la seguridad del sistema financiero y económico en su conjunto y en la prevención del riesgo sistémico.

La supervisión microprudencial consiste en la supervisión en el día a día de las entidades financieras individualmente consideradas. El foco se sitúa en la seguridad y solidez de las entidades individuales y en la protección de los consumidores

⁶ The High Level Group on Financial Supervision on the EU (Chaired by Jacques de Larosière). Report. Brussels, 25 February 2009

⁷ HOUSE OF LORDS. The future of EU financial regulation and supervision. Volume I: Report. European Union Committee. 14th Report of Session 2008–09. June 2009.

El trabajo de los supervisores (cabe entender que microprudenciales) habitualmente consiste en cuatro funciones separadas:

- autorización (*licensing*).- concesión del permiso para que una entidad opere en su jurisdicción;
- supervisión (*oversight*).- vigilancia de la calidad de los activos, la adecuación del capital, la liquidez, los controles internos y los resultados;
- cumplimiento (*enforcement*).- aplicación de multas u otras sanciones a aquellas entidades que no cumplan con el régimen regulatorio; y
- gestión de crisis (*crisis management*).- incluyendo el sistema de garantía de depósitos, el prestamista de última instancia y los procedimientos de insolvencia.

Referido a la supervisión administrativa en general, lo que define la supervisión, a juicio de M. MAJIDE, es la conjunción de su objeto (la garantía del correcto cumplimiento de las normas y actos administrativos que fijan con cierta unidad de sentido la organización y funcionamiento de una determinada parcela de la vida de la comunidad, esto es, de su ordenación) y su forma (se trata de una actividad limitadora de la esfera jurídica de los particulares). Esa garantía suele basarse en un control previo, a través del ejercicio de potestades de autorización, en un seguimiento de la actividad, mediante el ejercicio de facultades de vigilancia e inspección, en la posibilidad correctora de imponer mandatos imperativos, y en un control represivo, mediante el ejercicio de la potestad sancionadora⁸.

Junto a esta noción amplia, M. IZQUIERDO contempla una noción estricta⁹ en la que la supervisión bancaria se puede definir como el conjunto de instrumentos de intervención administrativa en la actividad de las entidades de crédito con la finalidad mediata o inmediata de verificar o controlar que dicha actividad y sus sujetos se ajustan a los deberes, prohibiciones o requisitos establecidos con la finalidad de garantizar su

⁸ M. MAJIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000, pág. 324.

⁹ M. IZQUIERDO CARRASCO, “La supervisión pública sobre las entidades bancarias”, en *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas de IX Congreso Hispano Luso de Derecho Administrativo*, M. Rebollo Puig (dir.), Iustel-Universidad de Córdoba, Madrid, 2012, pág. 176.

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.

Y diferencia como uno de los instrumentos de la actividad de supervisión a la que denomina inspección administrativa, que consiste fundamentalmente en el desarrollo de una serie de actuaciones de investigación y de contraste o examen directo e inmediato por parte del personal inspector acerca del grado de conformidad de la entidad de crédito con los deberes que le son aplicables, destacando ese factor de directo e inmediato que la caracteriza y la distingue de otros medios de control administrativo¹⁰.

Enrique LINDE¹¹ considera que, al menos en el lenguaje jurídico comunitario, el concepto de supervisión tiene un contenido y contorno difusos, incluso confusos; y, respecto de las Autoridades Europeas de Supervisión, destaca el hecho de que éstas serían administraciones especializadas en razón de la materia a las que se habrían atribuido un conjunto de potestades. Es decir, la supervisión no sería propiamente una potestad, sino un conjunto de potestades (macropotestad)¹² que incluye, entre otras, potestades normativas, ejecutivas, inspectoras, coordinadoras, verificadoras, sancionadoras y un largo etcétera; la supervisión llevaría implícita la atribución al supervisor de un conjunto complejo de potestades. Además, lo que caracteriza a dichas autoridades es la atribución a las mismas de ciertas potestades de carácter discrecional y de naturaleza preventiva, entre las que sobresalen las de poder prohibir o restringir determinadas actividades financieras por la circunstancia de que la autoridad de supervisión considere que dichas actividades financieras *«amenacen el funcionamiento correcto y la integridad de los mercados financieros o la estabilidad de la totalidad o parte del sistema financiero de la Unión en casos especificados»* (art. 9.5 del Reglamento 1093/2010). La atribución de potestades discrecionales de naturaleza pre-

¹⁰ M. IZQUIERDO CARRASCO, “La inspección del Banco de España sobre las entidades de crédito”, en *Derecho de la regulación económica. X. Sistema bancario*, S. Muñoz Machado y J.M. Vega Serrano (dirs.), Madrid, Iustel, 2013.

¹¹ E. LINDE PANIAGUA, “La supervisión como conjunto variable de potestades: una nueva frontera del derecho administrativo”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27 y 28, 2014-2015.

¹² E. LINDE PANIAGUA, *Fundamentos de Derecho administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*. UNED-Colex, Madrid, 2010, pág. 269.

ventiva, y en particular las dificultades para controlar los hechos determinantes de la actuación de dichas potestades, son difícilmente compatibles con la concepción del principio de legalidad, al no proporcionar el ordenamiento jurídico de la Unión parámetros efectivos de control de los mismos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Estas características señaladas respecto de las Autoridades Europeas de Supervisión en cuanto que investidas de un conjunto complejo y variable de potestades administrativas, entre las que destacan las de carácter discrecional y naturaleza preventiva, de difícil control jurisdiccional¹³, entendemos que son predicables, en general, de las autoridades encargadas de la supervisión prudencial de las entidades de crédito en la Unión Europea.

2. Planteamiento general

E. LINDE destaca asimismo la interrelación entre los fines perseguidos por la supervisión y las competencias atribuidas a los supervisores: *“los fines de la intervención pública en el sistema financiero se deben constatar analizando las competencias que se atribuyen a los organismos de supervisión, competencias cuyo ejercicio estará determinado positiva y negativamente por los fines que se persiguen”*.

Este va a ser el enfoque que vamos a seguir en los próximos apartados referidos a la supervisión prudencial de las entidades de crédito, en los que pasaremos a analizar los fines perseguidos por la supervisión y el conjunto de funciones y competencias que la regulación de la Unión Europea atribuye a las autoridades encargadas de la supervisión

¹³ En el mismo sentido: *“El supervisor bancario es, sobre todo, alguien cuyo trabajo consiste en prever. Sus actos administrativos, en consecuencia, no son fiscalizables con los parámetros tradicionales del control judicial”*. A. JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, “La supervisión de las entidades de crédito”. VIII Congreso de AEPDA, 2012, pág. 14 de la ponencia.

De la misma opinión acerca de las dificultades de un control judicial efectivo, aunque basándose en la existencia de conceptos jurídicos indeterminados que el supervisor debe integrar, la atribución de facultades discrecionales y los mecanismos informales de control de aceptación voluntaria por las entidades: M. IZQUIERDO CARRASCO, “La supervisión pública sobre las entidades bancarias”, en *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas de IX Congreso Hispano Luso de Derecho Administrativo*, M. Rebollo Puig (dir.), Iustel-Universidad de Córdoba, Madrid, 2012, pág. 206.

de las entidades de crédito. No obstante, antes de entrar a analizar las funciones y competencias de la supervisión prudencial, es conveniente anticipar los criterios que vamos a seguir en la exposición.

Aunque a los fines de la supervisión está dedicado el siguiente apartado, ya anticipamos en este punto que entendemos que la finalidad última de la intervención pública en el sistema financiero en general y bancario en particular es la preservación de la estabilidad financiera y el mantenimiento de la confianza en el correcto funcionamiento de las entidades y del sistema en su conjunto.

Más concretamente, en este capítulo nos referiremos a la supervisión prudencial¹⁴, es decir, la específicamente referida a la solvencia, la estabilidad, la solidez y la rentabilidad de las entidades de crédito (y no a otras funciones atribuidas al supervisor respecto de distintas materias¹⁵), por cuanto es la supervisión prudencial la orientada a la prevención de crisis.

Nos referiremos a la supervisión en sentido estricto (*oversight*), concepto de difícil precisión, incluso después de dejar al margen el régimen de autorización, que ha sido desarrollado en un capítulo anterior, y la gestión de crisis, que será tratada más adelante. Interesa no obstante señalar la especial dificultad para diferenciar entre la potestad supervisora (o las potestades supervisoras) y la potestad reglamentaria otorgada al supervisor, como tendremos ocasión de comprobar al hablar de las atribuciones que el Reglamento CRR otorga al supervisor, por lo que las referencias a la potestad

¹⁴ “La política pública en esta materia consiste precisamente en hacer todo lo posible para que, por muy mal que vengan dadas las cosas un día, esos riesgos [en que incurren las entidades de crédito] no degeneren en siniestros, de ahí que se hable de supervisión “prudencial” para referirse a la de cada entidad o, en expresión más moderna, “macroprudencial” para el conjunto”. A. JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, *Ibidem*, pág. 3 de la ponencia.

¹⁵ Por ejemplo, el Banco de España tiene atribuida la supervisión del mercado hipotecario o de las sociedades de tasación; sin negar su relación con el sistema financiero, no son propiamente parte de la supervisión prudencial de las entidades de crédito.

reglamentaria como, al menos, concurrente con la supervisora, serán constantes a lo largo del trabajo¹⁶.

Idéntica dificultad se plantea respecto de la, en ocasiones, llamada potestad de dirección, que permite al supervisor orientar o modificar las actividades del supervisado, distinta de la potestad supervisora entendida como la verificación del cumplimiento de las normas. No compartimos esta distinción, por entender que la posibilidad de requerir al supervisado la adopción o la suspensión de determinadas actuaciones (*la posibilidad correctora de imponer mandatos imperativos*)¹⁷ forma parte intrínseca de la potestad supervisora, sin la cual la mera constatación del incumplimiento normativo carecería por completo de sentido. Por razones de sistemática en la exposición, dedicaremos un apartado específico a las medidas de intervención temprana que, básicamente, responden a esta idea de potestad de requerir la adopción de medidas concretas por parte de la entidad supervisada.

Sí compartimos, por el contrario, la idea de que la potestad sancionadora no necesariamente forma parte de las potestades supervisoras¹⁸ y, en beneficio de una cierta imparcialidad e independencia de criterio, lo lógico probablemente sería que esta potestad recayese en una autoridad o en un órgano distintos del supervisor¹⁹. Pero lo cierto es que el ordenamiento insiste en atribuir al supervisor la potestad de sancionar las actuaciones de las entidades contrarias al ordenamiento y, en este sentido, resulta inequívoca la exigencia incorporada al Memorando de entendimiento (*Memorandum of*

¹⁶ Sobre la distinción y complementariedad entre supervisión y regulación, véase MAJIDE HERRERO, M. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000, pág. 341 y ss.

¹⁷ M. MAJIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000, pág. 324.

¹⁸ M. IZQUIERDO CARRASCO, “La supervisión pública sobre las entidades bancarias”, en *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas de IX Congreso Hispano Luso de Derecho Administrativo*, M. Rebollo Puig (dir.), Iustel-Universidad de Córdoba, Madrid, 2012, pág. 176.

¹⁹ En contra de esta opinión, atendiendo a la consideración de esta potestad como un instrumento de la supervisión, M. MAJIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000, pág. 410.

Understanding, MoU)²⁰ suscrito por el Gobierno español en el marco del programa de ayudas europeas para la reestructuración del sistema financiero²¹:

24. Se reforzará el marco de supervisión. Las autoridades españolas adoptarán medidas en los ámbitos siguientes.

Es preciso un ulterior refuerzo de la independencia operativa del Banco de España. Antes del 31 de diciembre de 2012, las autoridades españolas transferirán las competencias sancionadoras del Ministerio de Economía al Banco de España. ...

En todo caso, nos referiremos al régimen sancionador por cuanto, como veremos, la sancionadora, además de ser una de las potestades atribuidas al supervisor, está directamente relacionada con el ejercicio de la supervisión “ordinaria” y tiene un marcado carácter preventivo²².

A falta de una caracterización precisa, interesa aproximarse a la definición también por lo que no es la supervisión prudencial:

- Excepción hecha de los supuestos de intervención expresamente previstos en la ley, la supervisión prudencial no es un mecanismo de intervención en las decisiones de las empresas bancarias privadas por parte de la Administración pública²³, al menos no lo es en los sistemas financieros desarrollados, en el marco del paradigma regulatorio vigente (en cierta medida, sí lo fue en el pasado). Y así lo entiende también el Banco de España²⁴: *la actual supervisión*

²⁰ Memorando de entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera. 20 de julio de 2012. http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/ficheros/noticias/2012/120720_MOU_espanyol_2_rubrica_MECC_VVV.pdf

²¹ Que motivó la correspondiente modificación del artículo 18 de la Ley 26/1988 de disciplina e intervención de las entidades de crédito, llevada a cabo mediante la disposición final cuarta de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE de 15).

²² “Aunque a primera vista el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, como en general toda imposición de sanciones o penas, aparece como una actividad represiva, no puede negársele también una finalidad preventiva apoyada en el efecto disuasorio de las sanciones en relación con la comisión de futuras infracciones”. M. MAJIDE HERRERO, *Ibidem*, pág. 410

²³ Entendida aquí la intervención como la necesidad de que la Administración consienta (o la posibilidad de que disienta) para la validez (o la nulidad) de las decisiones empresariales.

²⁴ Banco de España. Supervisión. La función supervisora del Banco de España. Objetivos básicos. http://www.bde.es/bde/es/areas/supervision/funcion/objetivos_basico/Objetivos_basicos.html

CAPÍTULO SEXTO
LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

bancaria no pueda ser de signo intervencionista, sino respetuosa con los mecanismos del mercado y con el margen de autonomía que en materia empresarial corresponde a los administradores y los gestores.

- Tampoco es un mero mecanismo de vigilancia o comprobación del cumplimiento de las normas por parte de aquellas: “*Supervision is not only about the task of implementation, monitoring, and enforcement of the regulations*”²⁵. No compartimos, por tanto, el criterio de considerar que la supervisión prudencial consista en el mero *vigilar a las instituciones financieras a fin de garantizar el cumplimiento de [las] normas*. La supervisión va más allá, e incluye, entre otros aspectos, analizar y valorar los riesgos a los que la entidad supervisada está expuesta y los mecanismos de gestión y control interno dispuestos por la entidad para administrarlos²⁶, su solidez, su rentabilidad, su eficiencia, su gobernanza,..., así como requerir del supervisado medidas correctoras en caso necesario. El papel de la supervisión no es limitarse a comprobar si los agentes económicos cumplen o no las normas, sino el de verificar si la actuación de las entidades, estando dentro de los límites que la regulación impone, es la adecuada para alcanzar los fines que la regulación persigue.
- Aun siendo conscientes de las reiteradas referencias contenidas de manera expresa en la legislación, entendemos que, salvo que se interprete en sentido muy laxo, la protección de los derechos de los usuarios de los servicios financieros no constituye una finalidad inmediata de la supervisión prudencial. Sí es un fin mediato, en tanto que la preservación de la estabilidad financiera y el mantenimiento de la confianza (los fines de la supervisión prudencial) constituyen la primera línea de defensa de los derechos de los usuarios. La

²⁵ J. VIÑALS and J. FIECHTER,. “The Making of Good Supervision: Learning to Say “No”. *IMF Staff Position Note*. SPN/10/08. May 18, 2010.

²⁶ Por citar algún ejemplo: la norma puede decir que las entidades deben estar prudentemente gestionadas, pero el valorar la prudencia en la gestión en cada caso concreto obedece a un juicio del supervisor y no a una mera comprobación del cumplimiento normativo; otro tanto se podría decir de la rentabilidad, la solvencia, la solidez financiera; el cumplimiento de las normas es una condición necesaria, pero en modo alguno suficiente.

protección de los derechos de los usuarios de los servicios financieros es una función propia de la llamada supervisión de conducta, a la que nos referiremos al hablar de la organización de la supervisión, que no será objeto de estudio en este trabajo por entender que no guarda una relación directa con los mecanismos de prevención de crisis bancarias²⁷. La protección de los usuarios, más concretamente, se manifiesta en dos aspectos: la elaboración de normas reguladoras de las obligaciones de transparencia e información a los usuarios, sobre condiciones de contratación, derechos de los consumidores y, en ocasiones, precios máximos²⁸; y el establecimiento de sistemas de recogida y atención de quejas y reclamaciones de los consumidores, con distinto alcance en cuanto a las posibilidades de actuación del supervisor²⁹.

- La supervisión prudencial, en fin, no tiene como objetivo el evitar la inviabilidad o la quiebra de entidades concretas³⁰, sino, en palabras del Banco de España, el minimizar sus efectos; o, tal como se recoge en los *Core Principles* de Basilea a los que nos referiremos a continuación: *“Evitar quiebras bancarias no debería ser un objetivo de la supervisión bancaria. Debería serlo, en cambio, reducir la probabilidad de quiebra de un banco y su impacto; entre otros medios, colaborando con las autoridades de resolución, de modo que la eventual quiebra se produjera de forma ordenada”*.

En resumen, con los matices expuestos, nuestro enfoque de la supervisión prudencial se corresponde, básicamente con el contenido en el Principio 1 de los *Core Principles* del Basilea:

²⁷ Esta idea no contradice el hecho de que el riesgo reputacional, en el que incurren las entidades de crédito en sus relaciones con los usuarios de sus servicios, forma parte, como un riesgo más, del ámbito objetivo de la supervisión prudencial, en la medida en que puede afectar a la liquidez, la solvencia y la viabilidad de las entidades.

²⁸ Por ejemplo, en España, las comisiones y el tipo de interés aplicables a descubiertos en cuenta de consumidores no puede dar lugar a una T.A.E. superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

²⁹ En el caso del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, por ejemplo, sus dictámenes no tienen carácter vinculante para las entidades reclamadas y carece por completo de potestad sancionadora de conductas contrarias al ordenamiento.

³⁰ *“Regulation and supervision can never reduce the probability of failures to zero”*. BCBS. Report on the impact and accountability of banking supervision. July 2015, pág. 3.

Todo sistema eficaz de supervisión bancaria cuenta con atribuciones y objetivos claros para cada autoridad que participe en la supervisión de bancos y grupos bancarios. Existe asimismo un marco jurídico apropiado que confiere a cada autoridad responsable las potestades legales necesarias para autorizar bancos, realizar una supervisión continua, asegurar el cumplimiento de la ley y adoptar las oportunas medidas correctivas en materia de seguridad y solvencia bancaria.

3. La organización de la supervisión

3.1. Modelos de organización de la supervisión

La organización de la supervisión del sistema financiero presenta una enorme variedad de estructuras e instituciones en los distintos países, diferencias que, en términos generales, tienen su origen en la distinta evolución histórica y grado de desarrollo de los intermediarios, los instrumentos y los mercados financieros.

Dejando al margen a los Estados Unidos que, además de ser el principal mercado financiero del mundo, cuenta con una estructura institucional enormemente compleja, con múltiples organismos reguladores y supervisores, tanto a nivel estatal como federal, la estructura de la supervisión del sistema financiero obedece fundamentalmente a tres modelos básicos.

Un primer modelo, que podríamos llamar de distribución sectorial, obedece a la clásica diferenciación del sistema financiero en tres sectores: banca, valores y seguros. A cada uno de estos sectores se asigna una autoridad supervisora. El banco central suele ser el supervisor de los bancos, aunque hay excepciones (Canadá por ejemplo)³¹; una (y en ocasiones varias, dependiendo de la estructura territorial de los Estados) comisión independiente asume la supervisión de los mercados de valores y de las empresas que

³¹ En relación con los argumentos a favor y en contra de la asignación de la supervisión de las entidades de crédito al banco central, véanse: C.A.E.GOODHART, “The Organisational Structure of Banking Supervision”. *FSI Occasional Papers* Nº 1, November 2000; y R.M. LASTRA, “Modelos de regulación financiera en el derecho comparado: organización de la supervisión por funciones twin peaks y organización por sectores supervisados; reunión o separación de funciones en el Banco Central”, en *Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario*, S. Muñoz Machado y J.M. Vega Serrano (dirs.), Iustel, Madrid, 2013.

operan en ellos; y la supervisión de la actividad aseguradora (incluyendo pensiones) se atribuye a una autoridad independiente o (como en el caso español) a un departamento ministerial. Hasta la entrada en funcionamiento del MUS, este era, básicamente, el modelo seguido en España: el Banco de España tiene asignada la supervisión del sector bancario, la CNMV el de valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, dependiente del Ministerio de Economía y Competitividad, la de la actividad aseguradora; con algunas matizaciones: como que la CNMV supervisa, en el ámbito de sus competencias, a la totalidad de emisores de valores, con independencia de su sector; o que corresponde al Banco de España las facultades de supervisión e inspección sobre los miembros del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones,.

Una variante de este modelo se organiza, atendiendo igualmente a criterios sectoriales, en torno a dos, en lugar de tres, autoridades, con múltiples variantes, en los que la supervisión del tercer sector se asigna a una de esas dos autoridades. Obedece básicamente a razones históricas (por ejemplo, no tendría mucho sentido crear una autoridad de valores en países con un incipiente mercado de valores; parece más lógico asignar su supervisión a las autoridades, ya sea de banca ya de seguros, preexistentes, al menos temporalmente).

El segundo de los modelos es el llamado de “*twin peaks*” o de doble vértice, en el que la distribución de competencias supervisoras se realiza atendiendo a un criterio funcional. Una autoridad se encarga de la supervisión prudencial, es decir de la solvencia, de la totalidad de intermediarios financieros, con independencia del sector en el que operen; y otra autoridad se encarga de la supervisión de conducta, tanto en su actividad en el mercado como en sus relaciones con los usuarios de los servicios financieros, también de todos los intermediarios de los tres sectores. No hay una pauta común respecto del papel del banco central en este modelo: en el caso holandés, el banco central es el supervisor prudencial, pero en el caso australiano no, y no hay muchos más países organizados bajo este esquema. Es el modelo que se sugirió para España durante la etapa de Pedro Solbes al frente del Ministerio de Economía, y quedó aparcado con la crisis.

El tercero de los modelos es el de supervisor único, tanto prudencial como de conducta y para todas las entidades y mercados financieros, integrado o no dentro del banco central. Es el modelo de la *Financial Services Authority* (FSA) británica hasta su desaparición con la última crisis (la supervisión bancaria retornó a la órbita del *Bank of England*) y de la alemana *BaFin*, si bien, en este caso comparte con el *Bundesbank* la supervisión bancaria.

En la Unión Europea, la coexistencia de diferentes modelos supervisores nacionales se ha visto matizada, en primer lugar, por la creación en 2010 de las tres Autoridades Europeas de Supervisión, una para cada uno de los sectores financieros (modelo sectorial por tanto) y su integración junto a los supervisores nacionales y la también recientemente creada Junta Europea de Riesgo Sistémico (*European Systemic Risk Board*, ESRB) en el *European System of Financial Supervision*. En segundo lugar, y referido exclusivamente a la zona euro, por la creación de la Unión Bancaria, uno de cuyos pilares es el llamado Mecanismo Único de Supervisión (MUS) (*Single Supervisory Mechanism*, SSM), que ha supuesto la atribución de las competencias en materia de supervisión prudencial de las entidades de crédito al Banco Central Europeo.

3.2. La supervisión de conducta. La protección de los consumidores

En un punto anterior ya hicimos referencia a que, en relación con la supervisión, nuestra atención se centra en la supervisión prudencial de las entidades de crédito, por entender que es la directamente relacionada con la prevención de crisis bancarias, y que la protección de los consumidores no es, a nuestro entender, un objetivo inmediato del supervisor de solvencia, sino que entraría dentro del ámbito de actuación del supervisor de conducta. En cierta forma, la organización de la supervisión apoya esta idea por cuanto la protección de los consumidores se encomienda, o bien a autoridades distintas del supervisor prudencial, como en el caso de los Estados Unidos o del Reino Unido que veremos a continuación, o bien se encuentra orgánica y funcionalmente diferenciada cuando la supervisión prudencial y de conducta recaen en la misma autoridad, como es el caso del Banco de España.

En el Reino Unido se creó en 1997 la *Financial Services Authority* (FSA) que asumió las responsabilidades de la supervisión bancaria (hasta entonces en el *Bank of England*) y del mercado de valores y la regulación de los servicios de inversión, ampliadas posteriormente a la financiación hipotecaria, las entidades aseguradoras y la prevención del abuso de mercado.

Como consecuencia de la crisis financiera, que golpeó con especial intensidad a la banca británica, se cuestionó la actuación de la FSA y en 2012 la *Financial Services Act*³² estableció un nuevo esquema de regulación y supervisión de los servicios financieros, con la creación de dos nuevas autoridades:

- la *Prudential Regulation Authority* (PRA), subsidiaria del *Bank of England*, con la responsabilidad de promover la seguridad y solidez de las entidades y encargada de la regulación y la supervisión prudencial de bancos, *building societies*, *credit unions*, de las compañías aseguradoras y de aquellas entidades de inversión de importancia sistémica; y
- la *Financial Conduct Authority* (FCA), encargada de la protección de los consumidores de servicios financieros y responsable de asegurar el correcto funcionamiento de los mercados, de la supervisión de conducta de las empresas de servicios financieros y de la supervisión prudencial de las entidades no supervisadas por la PRA.

En Estados Unidos, el Título X de la *Dodd-Frank Act*³³ creó el *Bureau of Consumer Financial Protection* (*Consumer Financial Protection Act of 2010*), formando parte del *Federal Reserve System*, pero como oficina independiente, con un Director al frente designado por el Presidente de los Estados Unidos y confirmado por el Senado.

El *Bureau* tiene como misión la regulación federal de los productos y servicios financieros dirigidos a consumidores y la supervisión de su cumplimiento por las entidades de depósito; se le otorga un amplio conjunto de potestades y se le asignan las

³² <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/21/contents/enacted>

³³ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (2010).
<https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/4173>

funciones hasta entonces repartidas en varias agencias federales³⁴ referidas a la protección de los consumidores financieros.

En España, como dijimos, la organización de la supervisión responde a un modelo sectorial, pero la Ley 44/2002 de reforma del sistema financiero³⁵ diseñó un sistema uniforme de protección de los clientes de servicios financieros, organizado mediante la combinación de órganos diferenciados: unos de carácter privado, el servicio de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras; y otros de carácter público, los servicios de reclamaciones de los organismos reguladores y los (previstos) Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios, del Inversor, y del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones, adscritos, respectivamente, al Banco de España, la CNMV y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

El caso es que el nombramiento de los Comisionados nunca llegó a producirse y, finalmente, Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, derogó los artículos correspondientes, haciendo desaparecer la figura y encomendando las funciones de aquellos a los correspondientes servicios de reclamaciones.

Por lo que se refiere al Servicio de Reclamaciones del Banco de España está integrado en el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones, dentro de la Secretaría General del Banco, mientras que la supervisión prudencial de las entidades de crédito corre a cargo de la Dirección General de Supervisión, manteniéndose de esta forma la separación orgánica a la que hicimos referencia

4. Los *Core Principles* de Basilea

Los *Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz*³⁶, designados habitualmente como *Core Principles* por su nombre en inglés, fueron publicados por el

³⁴ Sec. 1061) Transfers from the following entities to the Director certain consumer financial protection functions: (1) the Federal Reserve Board; (2) the Comptroller of the Currency; (3) the OTS Director; (4) the FDIC; (5) the Federal Trade Commission (FTC); (6) NCUA; (7) the HUD Secretary (relating to the Real Estate Settlement Procedures Act of 1974 and the Secure and Fair Enforcement for Mortgage Licensing Act of 2008); and (8) the Prudential Regulators.

³⁵ la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de reforma del sistema financiero (BOE de 24).

³⁶ BCBS. Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz. Septiembre 2012.

Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS) por vez primera en 1997 y constituyen un marco voluntario de normas, consideradas como mínimas por la comunidad internacional, sobre las mejores prácticas de supervisión y para la correcta regulación y supervisión prudencial de bancos y sistemas bancarios; sirven a los países como referencia para evaluar la calidad de sus sistemas supervisores e identificar las medidas necesarias para alcanzar niveles de calidad equiparables internacionalmente en las prácticas supervisoras; y, a juicio del Comité de Basilea, ofrecen “*un estándar integral sobre el que sentar las bases de la regulación, supervisión, buen gobierno y gestión de riesgos del sector bancario*”.

Revisados en un par de ocasiones, en su versión actual, de septiembre de 2012, forman un conjunto de 29 Principios Básicos, agrupados en dos bloques, uno sobre las potestades, atribuciones y funciones del supervisor, y otro referido a la regulación y los requerimientos prudenciales, enfatizando la importancia de un adecuado gobierno corporativo y gestión de riesgos, así como el cumplimiento de las normas supervisoras.

Los Principios se recogen de manera detallada en el apartado siguiente, pero interesa destacar las ideas fundamentales que expresan y que, como veremos, inspiran y en mayor o menor medida están siendo incorporadas a la regulación bancaria de la Unión Europea. Algunas de estas ideas, surgidas de las enseñanzas de la crisis e incorporadas en la última revisión de los Principios, son las referidas a:

- la necesidad de elevar el nivel de supervisión, respecto de la situación anterior, yendo más allá de la evaluación pasiva del cumplimiento de la normativa, con la finalidad de mejorar la supervisión bancaria;
- la conveniencia de centrarse más en una supervisión basada en el riesgo; los supervisores deberán evaluar el perfil de riesgo de los bancos atendiendo a los riesgos soportados, a la eficacia de su gestión del riesgo y a los riesgos que entrañan para el sistema bancario y financiero en general;
- la necesidad de disponer de medidas para una intervención temprana y de actuaciones de supervisión oportunas; adoptar un enfoque prospectivo en

supervisión, con una intervención temprana, puede evitar que una debilidad detectada llegue a amenazar la seguridad y solvencia

- la aplicación del principio de proporcionalidad tanto en lo referido a los requerimientos impuestos a cada entidad, como en lo relativo a la evaluación supervisora de la gestión del riesgo, con expectativas de supervisión en consonancia con el perfil de riesgo y la importancia sistémica de cada banco.

Aunque no están recogidos como principios, trascienden igualmente como preocupaciones del Comité, la supervisión macroprudencial, o más específicamente, la interacción y complementariedad entre los elementos macroprudencial y microprudencial de la supervisión, los bancos de importancia sistémica (*systemically important banks*, SIB) o la llamada banca paralela o banca en la sombra (*shadow banking*).

Atendiendo a los objetivos perseguidos con su ejercicio, los Principios Básicos adoptan una visión restrictiva y establecen que el objetivo primordial de la supervisión bancaria consiste en promover la seguridad y solvencia de los bancos y del sistema bancario (“*reducir la probabilidad de quiebra de un banco y su impacto*”). Para el Comité de Basilea no deben entrar en conflicto con este objetivo principal otras competencias que, según las jurisdicciones, puedan encomendarse al supervisor bancario, entre las que cita expresamente: la protección de los depositantes, la estabilidad financiera, la defensa de los consumidores o la inclusión financiera³⁷.

Comité de Supervisión Bancaria de Basilea

Septiembre de 2012

Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz

Potestades, atribuciones y funciones de los supervisores

• **Principio 1 – Atribuciones, objetivos y potestades:** Todo sistema eficaz de supervisión bancaria cuenta con atribuciones y objetivos claros para cada autoridad que participe en la supervisión de bancos y grupos bancarios. Existe asimismo un marco jurídico apropiado que confiere a cada autoridad responsable las potestades legales necesarias para autorizar bancos,

³⁷ BCBS. Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz. Septiembre 2012, pág.5.

realizar una supervisión continua, asegurar el cumplimiento de la ley y adoptar las oportunas medidas correctivas en materia de seguridad y solvencia bancaria.

• **Principio 2 – Independencia, rendición de cuentas, recursos y protección legal de los supervisores:** El supervisor cuenta con independencia operativa, procesos transparentes, una sólida gobernanza, procesos presupuestarios que no merman su autonomía y recursos adecuados, y rinde cuentas del desempeño de sus funciones y del uso de sus recursos. El marco jurídico para la supervisión bancaria ampara legalmente al supervisor.

• **Principio 3 – Cooperación y colaboración:** Las leyes, regulaciones y otros mecanismos proporcionan un marco de cooperación y colaboración con las autoridades locales y supervisores extranjeros pertinentes. Estos mecanismos reflejan la necesidad de proteger la información confidencial.

• **Principio 4 – Actividades permitidas:** Las actividades que pueden desarrollar las entidades autorizadas a operar como bancos y sujetas a supervisión están claramente definidas y se controla el uso de la palabra «banco» como razón social.

• **Principio 5 – Criterios de autorización:** La autoridad encargada de conceder las licencias tiene potestad para establecer criterios y rechazar las solicitudes de establecimientos que no cumplan esos criterios. Como mínimo, el proceso de autorización incluye evaluar la estructura de propiedad y buen gobierno del banco y del grupo al que pertenece (incluida la adecuación e idoneidad de los consejeros y altos directivos), así como su plan estratégico y operativo, controles internos, gestión del riesgo y evolución prevista de su situación financiera (incluida la base de capital). Cuando el propietario u organismo matriz del banco propuesto sea extranjero, se recaba el consentimiento previo del supervisor del país de origen.

• **Principio 6 – Cambio de titularidad de participaciones significativas:** El supervisor tiene potestad para examinar, rechazar y establecer condiciones prudenciales respecto de propuestas de cambio de titularidad de participaciones significativas o de control, tanto si se poseen de modo directo o indirecto, en bancos preexistentes.

• **Principio 7 – Adquisiciones sustanciales:** El supervisor tiene potestad para aprobar o rechazar (o recomendar a la autoridad responsable la aprobación o el rechazo) y establecer condiciones prudenciales respecto de las adquisiciones o inversiones sustanciales que realice un banco, en función de criterios prescritos, incluida la realización de operaciones transfronterizas, así como para determinar que la estructura del grupo o de la entidad no expone al banco a riesgos innecesarios ni obstaculiza la supervisión eficaz.

• **Principio 8 – Enfoque de supervisión:** Un sistema eficaz de supervisión bancaria exige que el supervisor desarrolle y mantenga una evaluación prospectiva del perfil de riesgo de bancos individuales y grupos bancarios, proporcionada a su importancia sistémica; identifique, evalúe y ataje riesgos procedentes de los bancos y del sistema bancario en su conjunto; cuente con un marco de intervención temprana; y disponga de planes, en combinación con otras autoridades pertinentes, para adoptar medidas de liquidación ordenada de bancos si éstos dejan de ser viables.

• **Principio 9 – Técnicas y herramientas de supervisión:** El supervisor utiliza una adecuada gama de técnicas y herramientas para aplicar el enfoque de supervisión y emplea los

recursos supervisores de manera proporcionada, teniendo en cuenta el perfil de riesgo y la importancia sistémica de los bancos.

- **Principio 10 – Informes de supervisión:** El supervisor recaba, revisa y analiza los informes prudenciales y estadísticos de los bancos, tanto a título individual como en base consolidada, y los verifica independientemente, ya sea a través de inspecciones in situ o con la ayuda de expertos externos.

- **Principio 11 – Potestades correctivas y sancionadoras del supervisor:** El supervisor actúa con prontitud para atajar prácticas contrarias a la seguridad y solidez o actividades que pudieran plantear riesgos para los bancos o el sistema bancario. El supervisor cuenta con una adecuada gama de herramientas de supervisión que le permite aplicar oportunas medidas correctivas. Esto incluye la capacidad de revocar licencias bancarias o de recomendar su revocación.

- **Principio 12 – Supervisión consolidada:** Para la supervisión bancaria resulta esencial que el supervisor lleve a cabo su labor en base consolidada para todo el grupo bancario, realizando un adecuado seguimiento y, cuando corresponda, aplicando normas prudenciales a todos los aspectos de las actividades que el grupo realiza a escala mundial.

- **Principio 13 – Relación entre el supervisor de origen y el de acogida:** Los supervisores de origen y de acogida de los grupos bancarios transfronterizos intercambian información y cooperan en aras de una supervisión eficaz del grupo y de las entidades del grupo, así como de una gestión eficaz de situaciones de crisis. Los supervisores exigen que las operaciones locales de los bancos extranjeros se lleven a cabo en virtud de las mismas normas que se aplican a las entidades locales.

Regulaciones y requisitos prudenciales

- **Principio 14 – Gobierno corporativo:** El supervisor determina que los bancos y grupos bancarios cuentan con sólidas políticas y procesos en materia de gobierno corporativo que abarcan, por ejemplo, la dirección estratégica, la estructura de grupo y organizativa, el entorno de control, las atribuciones del Consejo y la alta dirección, así como las retribuciones. Estas políticas y procesos están en consonancia con el perfil de riesgo y la importancia sistémica del banco.

- **Principio 15 – Proceso de gestión del riesgo:** El supervisor determina que los bancos cuentan con un proceso integral de gestión del riesgo (que incluye una eficaz vigilancia por parte del Consejo y la alta dirección) para identificar, cuantificar, evaluar, vigilar, informar y controlar o mitigar oportunamente todos los riesgos significativos y para evaluar la suficiencia de su capital y liquidez en relación con su perfil de riesgo y la situación macroeconómica y de los mercados. Esto abarca el desarrollo y examen de mecanismos de contingencia (incluidos planes de recuperación robustos y creíbles cuando proceda) que tengan en cuenta las circunstancias específicas del banco. El proceso de gestión del riesgo está en consonancia con el perfil de riesgo y la importancia sistémica del banco.

- **Principio 16 – Suficiencia de capital:** El supervisor exige a los bancos unos requerimientos de capital prudentes y adecuados que reflejen los riesgos asumidos y afrontados

por un banco en el contexto de la situación macroeconómica y de los mercados donde opera. El supervisor define los componentes del capital, teniendo en cuenta su capacidad para absorber pérdidas. Al menos en el caso de bancos con actividad internacional, los requerimientos de capital no son inferiores a los que establecen las normas de Basilea.

- **Principio 17 – Riesgo de crédito:** El supervisor determina que los bancos disponen de un adecuado proceso de gestión del riesgo de crédito que tiene en cuenta su apetito por el riesgo, su perfil de riesgo y la situación macroeconómica y de los mercados. Esto incluye políticas y procesos prudentes para identificar, cuantificar, evaluar, vigilar, informar y controlar o mitigar el riesgo de crédito (incluido el riesgo de crédito de contraparte) en el momento oportuno. El ciclo de vida completo del crédito queda contemplado, incluida la concesión del crédito, la evaluación del crédito y la gestión continua de las carteras de préstamos e inversiones.

- **Principio 18 – Activos dudosos, provisiones y reservas:** El supervisor determina que los bancos cuentan con adecuadas políticas y procesos para una pronta identificación y gestión de los activos dudosos y para el mantenimiento de suficientes provisiones y reservas.

- **Principio 19 – Riesgo de concentración y límites de exposición a grandes riesgos:** El supervisor determina que los bancos cuentan con políticas y procesos adecuados para identificar, cuantificar, evaluar, vigilar, informar y controlar o mitigar concentraciones de riesgo en el momento oportuno. Los supervisores establecen límites prudenciales que acotan las posiciones del banco frente a una misma contraparte o grupos de contrapartes vinculadas.

- **Principio 20 – Transacciones con partes vinculadas:** A fin de evitar abusos en las transacciones con partes vinculadas y reducir el riesgo de un conflicto de intereses, el supervisor exige a los bancos realizar con total imparcialidad cualquier transacción con partes vinculadas; vigilar estas transacciones; adoptar medidas adecuadas para controlar o mitigar los riesgos; y reconocer contablemente las pérdidas en las exposiciones frente a partes vinculadas con arreglo a las políticas y procesos habituales.

- **Principio 21 – Riesgo país y riesgo de transferencia:** El supervisor determina que los bancos cuentan con políticas y procesos adecuados para identificar, cuantificar, evaluar, informar y controlar o mitigar el riesgo país y el riesgo de transferencia en sus préstamos e inversiones internacionales en el momento oportuno.

- **Principio 22 – Riesgo de mercado:** El supervisor determina que los bancos cuentan con un adecuado proceso de gestión del riesgo de mercado que tiene en cuenta su apetito por el riesgo, su perfil de riesgo, la situación macroeconómica y de los mercados y el riesgo de un deterioro sustancial de la liquidez de mercado. Esto incluye políticas y procesos prudentes para identificar, cuantificar, evaluar, vigilar, informar y controlar o mitigar los riesgos de mercado en el momento oportuno.

- **Principio 23 – Riesgo de tasa de interés en la cartera bancaria:** El supervisor determina que los bancos cuentan con sistemas adecuados para identificar, cuantificar, evaluar, vigilar, informar y controlar o mitigar el riesgo de tasa de interés en la cartera de inversión en el momento oportuno. Estos sistemas tienen en cuenta el apetito por el riesgo y el perfil de riesgo del banco, así como la situación macroeconómica y de los mercados.

- **Principio 24 – Riesgo de liquidez:** El supervisor exige a los bancos unos requerimientos de liquidez prudentes y adecuados (de tipo cuantitativo, cualitativo o de ambos tipos) que

CAPÍTULO SEXTO
LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

reflejen las necesidades de liquidez del banco. El supervisor determina que los bancos disponen de una estrategia que les permite la gestión prudente del riesgo de liquidez y el cumplimiento de los requerimientos de liquidez. La estrategia tiene en cuenta el perfil de riesgo del banco, así como la situación macroeconómica y de los mercados, e incluye políticas y procesos prudentes, acordes con el apetito por el riesgo de la entidad, para identificar, cuantificar, evaluar, vigilar, informar y controlar o mitigar el riesgo de liquidez a lo largo de un conjunto relevante de horizontes temporales. Al menos en el caso de bancos con actividad internacional, los requerimientos de liquidez no son inferiores a los que establecen las normas de Basilea.

• **Principio 25 – Riesgo operacional:** El supervisor determina que los bancos cuentan con un marco adecuado de gestión del riesgo operacional que tiene en cuenta su apetito por el riesgo, su perfil de riesgo y la situación macroeconómica y de los mercados. Esto incluye políticas y procesos prudentes para identificar, cuantificar, evaluar, vigilar, informar y controlar o mitigar el riesgo operacional en el momento oportuno.

• **Principio 26 – Control y auditoría internos:** El supervisor determina que los bancos cuentan con marcos adecuados de control interno para establecer y mantener un entorno operativo correctamente controlado que facilite la gestión de su negocio, teniendo en cuenta su perfil de riesgo. Dichos controles incluyen procedimientos claros sobre delegación de autoridad y atribuciones; separación de las funciones que implican compromisos del banco, desembolso de sus fondos y contabilidad de sus activos y pasivos; conciliación de estos procesos; protección de los activos del banco; y funciones independientes de auditoría interna y de cumplimiento para comprobar la observancia de estos controles, así como de la legislación y regulación aplicables

• **Principio 27 — Información financiera y auditoría externa:** El supervisor determina que los bancos y grupos bancarios mantienen registros adecuados y fiables, elaboran estados financieros conforme a las políticas y prácticas contables ampliamente aceptadas a escala internacional y publican anualmente información que refleja razonablemente su situación financiera y resultados y está sujeta a la opinión de un auditor externo independiente. El supervisor también determina que los bancos y las sociedades matrices de los grupos bancarios cuentan con adecuados sistemas de buen gobierno y vigilancia de la función de auditoría externa.

• **Principio 28 — Divulgación y transparencia:** El supervisor determina que los bancos y grupos bancarios publican regularmente información en base consolidada y, cuando corresponda, a título individual que resulta de fácil acceso y refleja razonablemente su situación financiera, resultados, exposiciones al riesgo, estrategias de gestión del riesgo y políticas y procesos de gobierno corporativo.

• **Principio 29 – Utilización abusiva de servicios financieros:** El supervisor determina que los bancos cuentan con políticas y procesos adecuados, incluidas estrictas reglas de debida diligencia con la clientela, para promover normas éticas y profesionales de alto nivel en el sector financiero e impedir que el banco sea utilizado, intencionalmente o no, con fines delictivos.

5. Evolución reciente de la supervisión

Seguimos en este punto las reflexiones del Fondo Monetario Internacional³⁸ respecto de la evolución reciente del papel de la supervisión prudencial de las entidades de crédito y de cómo el esquema general de la regulación y la supervisión ha ido evolucionando a medida que lo hacía el sistema financiero.

En sus inicios, el principal objetivo de la supervisión era asegurar el cumplimiento de las normas establecidas para la seguridad y solidez de las entidades (enfoque “*compliance/enforcement based*”). Este planteamiento funcionó adecuadamente mientras el negocio bancario consistía esencialmente en tomar depósitos y otorgar préstamos y el riesgo fundamental era el riesgo de crédito. El supervisor centraba sus esfuerzos en el examen de la cartera de préstamos, asegurándose que las entidades mantenían suficiente capital y provisiones para atender las eventuales pérdidas derivadas del riesgo crediticio.

Tras el proceso de desregulación y la revolución tecnológica de las décadas de los 70 y 80 del siglo pasado, las entidades financieras, sus actividades y sus productos experimentaron un profundo cambio. El surgimiento de nuevos y más complejos instrumentos financieros, como los derivados o las titulizaciones, supusieron un incremento de las operaciones contabilizadas fuera del balance de los bancos (*off-balance sheet items*) y los límites entre bancos de depósitos y de inversión, entidades de valores y compañías aseguradoras se hicieron difusos. Los balances bancarios pasaron a incorporar el riesgo de mercado surgido de sus actividades de negociación y de sus posiciones en valores de renta fija y variable, *commodities* y tipos de cambio.

Este cambio de escenario motivó un giro en el enfoque de los supervisores hacia modelos basados en riesgo (*risk-based / risk-focused*), en el que los limitados recursos supervisores se orientaron hacia la revisión y el análisis de los principales riesgos asumidos por las entidades.

³⁸ J. VIÑALS and J. FIECHTER, “The Making of Good Supervision: Learning to Say “No”. *IMF Staff Position Note*. SPN/10/08. May 18, 2010

El periodo coincidió con el surgimiento de grandes grupos financieros globales alentados por el proceso de liberalización de las transacciones financieras y la desregulación en los mercados emergentes. La globalización de los servicios financieros planteó retos adicionales a la supervisión, condujo al desarrollo de estándares internacionales ampliamente consensuados y subrayó la importancia de la colaboración entre supervisores nacionales para afrontar los problemas derivados de las actividades transfronterizas.

El modelo se orientó hacia la supervisión en base consolidada, con el supervisor de la matriz (*home supervisor*) como principal responsable de la supervisión global del grupo bancario, en colaboración con los supervisores de las filiales (*host supervisors*) respecto de las operaciones domésticas en cada una de las jurisdicciones.

El conjunto de iniciativas se condensó en un nuevo estándar de general aceptación, Basilea II (2004), que supuso el gran acuerdo internacional en materia de regulación y supervisión bancaria para afrontar el escenario previo a la crisis iniciada en 2007, y supuso un paso más en la adecuación de las prácticas supervisoras, con la aceptación, para el cálculo de los requerimientos mínimos de capital regulatorio, de los métodos internos de las propias entidades, utilizados en la gestión de sus riesgos bajo el impulso de los avances en las técnicas de modelización³⁹.

La reciente crisis económica y financiera obligó a una nueva revisión del modelo, en el que pasaron a ocupar un lugar en la primera fila de las preocupaciones supervisoras los riesgos de liquidez, de apalancamiento y macroprudenciales y la calidad del capital regulatorio (Basilea III), los mecanismos de prevención y de resolución de crisis y la coordinación entre supervisores que, en el caso de la Unión Europea, condujo a la creación de la Unión Bancaria y el Mecanismo Único de Supervisión.

A estos últimos está dedicado un apartado de este capítulo, pero antes haremos una exposición del modelo de supervisión basado en riesgo aplicado por el Banco de España.

³⁹ Para una razonada crítica de la modelización de riesgos y sus efectos, véase J. PÉREZ RAMÍREZ, *Vidas paralelas. La banca y el riesgo a través de la Historia*. Marcial Pons, Madrid, 2011.

6. La supervisión basada en riesgo. El modelo SABER

Hasta la entrada en vigor del Mecanismo Único de Supervisión y la asunción de las competencias en la materia por el Banco Central Europeo, el Banco de España ejerció su actividad como supervisor prudencial conforme al modelo, de general aceptación entre los supervisores más avanzados, de supervisión basada en riesgo; y desarrolló y puso en práctica desde 2001 su propia metodología de supervisión, denominada “*Supervisión de la Actividad Bancaria Bajo el Enfoque Riesgo*” (SABER)⁴⁰.

El modelo de supervisión basado en riesgo parte del convencimiento de la insuficiencia del modelo anterior, basado en el conocimiento puntual de la situación financiera y contable de las entidades y en el control administrativo del cumplimiento por éstas de las normas. Las tareas encomendadas al supervisor en orden a proteger la estabilidad financiera hacen preciso evaluar la viabilidad futura de las entidades y prevenir problemas que pudieran presentarse. Ese carácter preventivo de la supervisión requiere, no solo velar por el cumplimiento de la normativa vigente, sino asegurar que las entidades estén bien gobernadas, gestionen los riesgos prudentemente y cuenten con un capital adecuado a los riesgos que se asumen, de forma que se puedan evitar las situaciones de crisis o minimizar sus efectos en caso de producirse.

El objetivo fundamental de un modelo de supervisión basado en riesgo es determinar y mantener actualizado el perfil de riesgo de cada entidad y, si se considera necesario, tomar las medidas necesarias para corregirlo. La metodología utilizada permite resumir en una única variable el perfil de riesgo supervisor, es decir, la probabilidad que el supervisor, el Banco de España, considera que existe de que una entidad de crédito tenga problemas de solvencia, rentabilidad o liquidez en el futuro. Se requiere para ello una combinación de análisis cuantitativos (de las magnitudes financieras y las ratios de las entidades) y evaluaciones cualitativas (entre otras, del gobierno de las entidades y de sus sistemas de gestión y control de los riesgos) que permitan precisar dicho perfil, en virtud del cual se determina la intensidad de supervisión de cada una de las entidades.

⁴⁰ BANCO DE ESPAÑA. Modelo de supervisión del Banco de España (versión de 30 de junio de 2011). http://www.bde.es/f/webbde/COM/Supervision/regulacion/ficheros/es/modelo_de_supervision.pdf

El perfil de riesgo se establece a partir de una matriz de riesgos, en la que, en un primer paso y atendiendo al riesgo inherente, se asigna una calificación (alto, medio-alto, medio-bajo y bajo) a cada uno de los riesgos asumidos por la entidad, así como una valoración de la tendencia (creciente, estable, decreciente).

El riesgo inherente es el riesgo que por su naturaleza no se puede separar de la actividad bancaria, es decir, el riesgo intrínseco de las distintas actividades y áreas de negocio de la entidad, que depende de factores objetivos (nivel de exposición, grado de concentración, garantías recibidas, etc.), sin considerar los sistemas de control establecidos por la entidad.

Los riesgos incorporados a la matriz, identificando entre ellos los que resulten relevantes para cada entidad en concreto, son los de:

- Crédito (incluye riesgo de concentración de crédito y riesgo de la cartera de renta variable no de negociación)
- Mercado
- Tipo de cambio estructural.
- Operacional
- Liquidez
- Tipo de interés estructural del balance
- Otros riesgos (incluye riesgo de reputación, riesgo de negocio, riesgo de cumplimiento normativo y riesgo de modelo).

En un segundo paso se valora el gobierno interno de la entidad y se le asigna una calificación (deficiente, mejorable, aceptable y bueno). En relación al gobierno interno, el Banco de España evalúa específicamente:

- La adecuación de la composición, funciones y responsabilidades, reglas de organización y funcionamiento, facultades y delegaciones del Consejo de Administración u órgano equivalente y sus comisiones.
- La forma en que el Consejo de Administración de la entidad se hace responsable de la naturaleza y el nivel de los riesgos asumidos y la correspondencia entre dicho nivel de riesgos y el capital existente.

- La manera en que el Consejo de Administración de la entidad establece la cultura corporativa de riesgos y asegura que:
 - La complejidad de los procesos de gestión y medición de los riesgos es adecuada a los riesgos y a los negocios de la entidad.
 - Los sistemas de control interno resultan apropiados para garantizar una gestión ordenada y prudente de los negocios y los riesgos de la entidad.
 - Los objetivos de capital son adecuados al perfil de riesgos de la entidad y al entorno económico en que opera.
- La forma en que el Consejo de Administración de la entidad se hace responsable del cumplimiento normativo y asume las recomendaciones del Banco de España.
- La organización de la entidad y su adecuación a las actividades y riesgos asumidos por la entidad.
- Las funciones de control de riesgos asignadas a la auditoría interna y los medios con los que cuenta para cumplir dichas funciones.
- Los sistemas de remuneración e indemnización de la alta dirección, así como los sistemas de incentivos a los gestores.

Un tercer bloque de la matriz está dedicado a la evaluación de la suficiencia, adecuación y eficacia del funcionamiento de los sistemas de gestión y control interno de los riesgos, tomando en consideración tanto el volumen o tamaño del riesgo asumido, como la complejidad y sofisticación de la actividad desarrollada por la entidad.

Para cada uno de los riesgos significativos de la entidad, el Banco de España evalúa la adecuación y el cumplimiento de:

- La política de riesgos: límites, diversificación y mitigación.
- La organización de la función de riesgos: facultades, segregación de funciones, responsabilidades y delegaciones; función de control de riesgos; informes de la función de riesgos.
- Las herramientas de gestión: sistemas y metodologías de medición, admisión, comunicación, control y seguimiento; manuales de procedimiento; calidad y suficiencia de los sistemas informáticos; calidad y suficiencia de la información.
- La política y herramientas de seguimiento y recuperación de activos deteriorados

- El plan anual de actuaciones de la auditoría interna para cada riesgo.

Al igual que en el bloque anterior, la valoración de la gestión y control de cada riesgo permite calificar cada uno de los riesgos dentro de una categoría (deficiente, mejorable, aceptable y buena)

El cuarto paso, que completa los tres anteriores, es la valoración del llamado riesgo residual, es decir, el resultante de analizar de forma conjunta los riesgos inherentes, el gobierno interno y los sistemas de gestión y control. Para ello, se contraponen, para cada uno de los riesgos relevantes a que está expuesta la entidad, la calidad y adecuación de los sistemas de gestión y control correspondientes, tomando en consideración la valoración a nivel global de la calidad del gobierno interno y cómo las debilidades en el mismo pueden afectar a la gestión y control de los distintos riesgos. La valoración del riesgo residual global y su tendencia se ajustan también a una de las categorías ya citadas (alto, medio-alto, medio-bajo y bajo) (creciente, estable o decreciente).

La matriz de riesgos se completa con la valoración (deficiente, mejorable, aceptable y bueno) del gobierno corporativo externo, es decir el derivado de las relaciones de los órganos de gobierno de la entidad y, específicamente, del consejo de administración, con terceros interesados en la marcha de entidad (accionistas, inversores, depositantes, clientes, etc.)

LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN Y GESTIÓN DE CRISIS BANCARIAS

ENTIDAD: MATRIZ DE RIESGOS				
Tipo de riesgo	Riesgo Inherente/Tendencia	Gobierno interno	Gestión y Control del riesgo	Riesgo residual/Tendencia
Crédito	(1) Bajo/creciente	(23) Bueno	(2) Aceptable	(3) Bajo/creciente
<i>Concentración de crédito</i>	<i>Bajo</i>		<i>Deficiente</i>	<i>Medio Bajo</i>
<i>Cartera de renta variable</i>	<i>Medio bajo</i>		<i>Bueno</i>	<i>Medio bajo</i>
Mercado	(4) Bajo/estable		(5) Deficiente	(6) Medio bajo/estable
Tipo de cambio estructural	(7) Medio bajo/estable		(9) Mejorable	(9) Medio alto/estable
Operacional	(10) Bajo/creciente		(11) Mejorable	(12) Medio bajo/creciente
Liquidez	(13) Bajo/estable		(14) Bueno	(15) Bajo/estable
Tipo de interés estructural	(16) Medio bajo/decreciente		(17) Deficiente	(18) Medio alto/decreciente
Otros riesgos	(19) Bajo/estable		(20) Aceptable	(21) Bajo/estable
<i>Negocio</i>	<i>Medio bajo</i>		<i>Bueno</i>	<i>Medio</i>
<i>Reputacional</i>	<i>Bajo</i>		<i>Aceptable</i>	<i>Bajo</i>
Agregación ponderada de riesgos y controles	(22) Bajo/creciente		(24) Mejorable	(25) Medio bajo/creciente
Gobierno corporativo	(26) Bueno			
Perfil de riesgo de la entidad	(27) Medio bajo/creciente			
Valoración de los recursos propios	(28) Aceptable / estable			
Perfil de riesgo supervisor	(29) Medio bajo/creciente			
Entidad sistémica	si			
Prioridad para la inspección	2			

El resultado del conjunto de las valoraciones anteriores es el que permite establecer el perfil de riesgo de la entidad (alto, medio-alto, medio-bajo y bajo⁴¹) que, entre otros aspectos, es el que va a determinar el nivel de capital que el Banco de España estima que la entidad necesita mantener y, por comparación con la solvencia que efectivamente presente la entidad, permite adoptar las actuaciones supervisoras necesarias al caso.

Como conclusión, la revisión del modelo de supervisión aplicado en la realidad por el Banco de España, tomado como muestra representativa, permite constatar que el ejercicio de la supervisión prudencial de las entidades de crédito dista mucho de ser una mera comprobación del cumplimiento por éstas de normas imperativas.

⁴¹ A modo de ejemplo, un entidad se clasificaría entre las de perfil de riesgo bajo si: *La estrategia de capital de la entidad, los recursos propios mantenidos, los beneficios recurrentes, su gobierno corporativo e interno y los sistemas de gestión y control de los riesgos son adecuados a las actividades que la entidad desarrolla y además los riesgos asumidos por la entidad (perfil de riesgo inherente) son bajos.*

Muy al contrario, y de ahí la dificultad para establecer una definición precisa, la supervisión prudencial es un proceso complejo, dinámico, interactivo con el supervisado, siempre inacabado, en el que se manejan múltiples variables de naturaleza cuantitativa y cualitativa, que requiere de un permanente ejercicio de juicio por el supervisor, y del que se espera que, no interfiriendo en la libertad de empresa ni en el funcionamiento del mercado, tenga una capacidad preventiva y, en ocasiones, predictiva.

Estos elementos justifican, al menos en parte, el que el ordenamiento de la Unión atribuya a las autoridades encargadas de la supervisión, un *“conjunto complejo y variable de potestades administrativas, entre las que destacan las potestades discrecionales de naturaleza preventiva”*.

II. FINES Y OBJETIVOS DE LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL

Los términos fines y objetivos, referidos a la supervisión prudencial, son intercambiables y se utilizan indistintamente en los informes de los distintos organismos y en la regulación. En este apartado haremos un repaso a los principales pronunciamientos por parte de organismos relacionados con la regulación y supervisión de las entidades de crédito que contienen alguna referencia a los fines y objetivos de la supervisión.

En su revisión de los esquemas supervisores de las entidades de importancia sistémica⁴², el FSB concluye que el principal mandato para los supervisores continúa siendo la seguridad y solidez de las entidades financieras y la estabilidad del sistema financiero en su conjunto, y considera que la supervisión es efectiva cuando los supervisores influyen de manera proactiva en la conducta de las entidades financieras en áreas clave, tales como la gobernanza, el apetito al riesgo, la gestión financiera y del riesgo y, si resulta apropiado, la estrategia, de forma que mejora la seguridad y solidez

⁴² FSB. Thematic Review on Supervisory Frameworks and Approaches for SIBs. Peer Review Report. 26 May 2015.

de las entidades y, de ese modo, contribuye a la estabilidad financiera en su conjunto; y cuando las entidades no responden adecuadamente, se toman medidas significativas y oportunas.

En este mismo sentido, y como ya vimos, para el Comité de Basilea el objetivo primario de la supervisión bancaria es promover la seguridad y la solidez de los bancos y del sistema bancario (*core principle 1*) y, en su Informe sobre el impacto de la supervisión bancaria⁴³, explica que “*National supervisory authorities have a legal mandate to supervise financial institutions and thereby protect the financial interests of the community by (i) promoting safe and sound institutions; (ii) safeguarding continuity in the provision of financial services; (iii) protecting the interests of deposit holders; and (iv) maintaining the stability of the financial system*”.

Para el Comité de Basilea la larga historia de las crisis financieras muestra que diferentes elementos del sistema financiero pueden desestabilizar las entidades y los mercados financieros. La inestabilidad genera externalidades que, en conjunto, hacen que los costes sociales de los fallos de mercado excedan a los costes privados. La estabilidad financiera es, por lo tanto, un bien público (*public good*). Las autoridades supervisoras nacionales tienen el mandato legal de supervisar las instituciones financieras y de ese modo proteger los intereses financieros de la comunidad: promoviendo de la seguridad y la solidez de las entidades; salvaguardando la continuidad en la provisión de servicios financieros; protegiendo los intereses de los tenedores de depósitos; y manteniendo la estabilidad del sistema financiero.

No obstante, en el Informe del Comité se constata que, aun existiendo una sustancial identidad en el objetivo de promover la seguridad y la solidez de los bancos y del sistema bancario, subsisten considerables diferencias en lo que en cada jurisdicción se consideran los objetivos básicos (primarios y secundarios) de la supervisión⁴⁴, como se muestra en el cuadro resumen siguiente.

⁴³ BCBS. Report on the impact and accountability of banking supervision. July 2015

⁴⁴ Como ejemplo de esta disparidad de criterios, Athanassiou cita dos casos concretos: la ley luxemburguesa por la que se creó la Comisión de supervisión del sector financiero (“*La surveillance exercée par la Commission n’ a pas pour objet de garantir les intérêts individuels des entreprises ou des*

CAPÍTULO SEXTO
LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

professionnels surveillés ou de leurs clients ou de tiers, mais elle se fait exclusivement dans l'intérêt public") y, en sentido contrario, "the German Supreme Court rejected the argument that the objective of banking supervision was to only protect the stability and soundness of the German banking system a large; in the Supreme Court's view, the protection of individual creditors against risks arising from hazardous banking activities was also among the statutory objectives of the Banking Law, as it then was, so the banking supervisory authority could be liable for a breach of its public law duties under the German Civil Code".

P. ATHANASSIOU, "Financial Sector Supervisors' Accountability. A European Perspective". ECB. *Legal Working Paper Series* n° 12, August 2012.

BCBS. Report on the impact and accountability of banking supervision. July 2015

Overview of primary objectives

- Financial system
 - Safety and soundness:
 - Ensure the sound and prudent management of the overall stability, efficiency and competitiveness of the financial system
 - Prevent irregularities in the banking system
 - Governance and transparency:
 - Decision-making process to ensure good governance and transparency
- Institutions
 - Safety and soundness:
 - To ensure sound and prudent management of institutions subject to supervision
 - Financial analysis:
 - Financial parameters affecting the financial performance of banks
 - Risk assessment:
 - Monitoring supervisory risk profile of institutions and taking preventive or corrective measures when necessary
 - Evaluation of the risk structure, internal control, internal audit and risk management systems of banks
 - Compliance with corporate governance principles
 - Supervisory strategy:
 - Risk-based framework
 - Medium-term strategy
 - Target-based management
- Consumer/public
 - Consumer protection:
 - Protect the customers, insurance policyholders, members and beneficiaries of the entities
 - Protection of creditors, investors and insured persons
 - Transparency of contractual conditions and the fairness of relations with customers
 - Preservation of confidence in the financial system
 - Prevent irregularities which endanger the safety of the assets entrusted to institutions
- Economy/market
 - Safeguards to prevent or minimise market disruption:
 - Ensuring proper functioning of financial markets
 - Measures to counter financial imbalances, and to stabilise credit markets and financial system
 - Create a mechanism to guard against a financial crisis
 - To facilitate smooth provision of financing
 - To contribute to the development of the financial system
 - Ensure compliance with banking and financial rules and regulations
 - Measure, monitor, safeguard the economy:
 - Prevent irregularities in the banking system that may prejudice the economy as a whole
 - Anti-money laundering and measures against financing terrorism

Overview of secondary objectives

- Financial system
 - Safety and soundness:
 - Maintain public confidence in the banking industry
 - Foster a sound and reputable financial centre
 - Supervision facilitates effective competition
- Institution
 - Risk assessment:
 - The objective of supervision is not to prevent banks from taking risks but make them understand the levels and types of risks they face and control them.
 - Effective supervision:
 - Supervision facilitates effective competition
- Consumer/public
 - Consumer protection:
 - Protecting the public's interest
 - Maintain public confidence in the banking industry
 - Customer/depositors protection
- Economy/market
 - Measure, monitor, safeguard the economy:
 - Supervision ensures a stable financial system which contributes to a healthy and successful economy
 - Financial market supervision contributes to reputation and competitiveness of financial system

En la UE, la regulación de la supervisión prudencial de las entidades de crédito se recoge en el bloque CRR / CRD IV que, en conjunto, constituyen el marco jurídico que rige las actividades bancarias, el marco de supervisión y las normas prudenciales aplicables a las entidades de crédito (considerando 2 de la CRD IV) y *van encaminados a asegurar la solvencia de las entidades* (considerando 34). Ni la Directiva ni el Reglamento contienen una concreción de los fines de la supervisión, aunque a partir del contenido de los considerandos es posible deducir algunos de sus objetivos en los que resulta difícil diferenciar cuáles corresponden a la regulación y cuáles a la supervisión:

- la realización del mercado interior bajo el doble aspecto de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios financieros en el ámbito de las entidades de crédito;
- proteger el ahorro y crear condiciones de igualdad de competencia entre entidades de crédito;
- garantizar el buen funcionamiento del mercado interior;

- velar por que las entidades, aquellos que controlan de manera efectiva su actividad y los miembros su órgano de dirección cumplan las obligaciones que se derivan de la Directiva y del Reglamento, y por que sean objeto de un trato similar en toda la Unión;
- reforzar la supervisión prudencial de las entidades y la protección de los clientes de las entidades;
- detectar posibles infracciones de las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva y del Reglamento.

El Reglamento del Mecanismo Único de Supervisión establece que, en cuanto que supervisor único de la eurozona, *el BCE debe desempeñar las tareas que se le atribuyen con vistas a garantizar la seguridad y la solidez de las entidades de crédito, la estabilidad del sistema financiero de la Unión y de los sistemas financieros de cada uno de los Estados miembros participantes, y la unidad e integridad del mercado interior, garantizando también de esta forma la protección de los depositantes y mejorando el funcionamiento del mercado interior, de conformidad con el código normativo único de los servicios financieros de la Unión. En particular, el BCE debe tener debidamente en cuenta los principios de igualdad y no discriminación*⁴⁵.

Por último, para el Banco de España la *“finalidad básica de la supervisión bancaria es salvaguardar la estabilidad del sistema financiero, tratando de impedir que las importantes funciones que desempeña el sector bancario en la economía sufran perturbaciones significativas o puedan llegar a colapsarse. Por ello, el supervisor dirige su atención a la solvencia y actuación de las entidades supervisadas.*

Este marco ubica el alcance razonable de la supervisión bancaria, que se concreta en un doble aspecto:

- *Se trata de minimizar los efectos de las crisis individuales; lo que no significa que se pueda evitar que existan entidades mal gestionadas o ineficientes, ya que la responsabilidad del buen hacer de los bancos recae directa y exclusivamente*

⁴⁵ Considerando 30 del Reglamento (UE) n° 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 (DO de 29.10.2013).

en sus gestores. Desde este punto de vista, la función supervisora consiste en diseñar y aplicar sistemas de análisis de las entidades que ayuden a prevenir y que permitan reducir el número, importancia y coste de las eventuales crisis que puedan producirse.

- *El objetivo de la estabilidad financiera requiere algo más que reducir las crisis individuales e impedir que una o varias crisis individuales generen incumplimientos en cadena que afecten al sistema. Es imprescindible asegurar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos e implantar la debida protección frente a los riesgos de contagio. En consecuencia, la reducción del denominado riesgo de sistema es sin lugar a dudas una preocupación —y una tarea supervisora— de primera magnitud, a la que se dedican los mayores esfuerzos”⁴⁶.*

Como resumen de las características que debería reunir y con vistas a la función que se espera que cumpla la supervisión prudencial de las entidades de crédito en el futuro inmediato, merece la pena reproducir la reflexión que en este sentido formula el Fondo Monetario Internacional:

To be effective, supervision must be intrusive, adaptive, proactive, comprehensive, and conclusive. For this to happen, the policy and institutional environment must support both the supervisory will and ability to act. A clear and credible mandate, which is free of conflicts; a legal and governance structure that promotes operational independence; adequate budgets that provide sufficient numbers of experienced supervisors; a framework of laws that allows for the effective discharge of supervisory actions; and tools commensurate with market sophistication are all essential elements of the will and ability to act. However, making all this come together is the more intangible and difficult part. In the coming years, the IMF should place increased emphasis in its bilateral surveillance and technical assistance on the issues identified in this paper, which provide the foundations on which effective financial sector supervision is built.

⁴⁶ BANCO DE ESPAÑA. Supervisión. La función supervisora del Banco de España. Objetivos básicos. http://www.bde.es/bde/es/areas/supervision/funcion/objetivos_basico/Objetivos_basicos.html

*Supervisors are expected to stand out from the rest of society and not be affected by the collective myopia and consequent underestimation of risks associated with the good times. In this role, society and governments too must support this approach and stand by their supervisors as they perform this unpopular role*⁴⁷.

III. LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL EN LA UE

La CRD IV dedica su Título VII a la supervisión prudencial, y aunque no contiene una definición del concepto, en una primer aproximación, cabe entender algunas de sus características y el ámbito objetivo de la actividad supervisora atendiendo al alcance de las obligaciones de comunicación entre las autoridades competentes⁴⁸ de los Estados miembros respecto de las entidades de crédito con actividad transfronteriza: *toda la información relativa a la dirección, gestión y propiedad de estas entidades que pueda facilitar su supervisión y el examen de las condiciones de su autorización, así como cualquier otra información susceptible de facilitar la supervisión de dichas entidades, en particular en materia de liquidez, solvencia, garantía de depósitos, limitación de grandes riesgos, otros factores que puedan influir en el riesgo sistémico planteado por la entidad, organización administrativa y contable y mecanismos de control interno.*

Para precisar algo más el contenido de la supervisión prudencial en el Reglamento CRR y la Directiva CRD IV, hemos ordenado este apartado atendiendo al ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de ambas normas.

⁴⁷ J. VIÑALS and J. FIECHTER, “The Making of Good Supervision: Learning to Say “No”. *IMF Staff Position Note*. SPN/10/08. May 18, 2010

⁴⁸ En el conjunto CRR / CRD IV, al supervisor prudencial se le denomina “autoridad competente”, que se define como “una autoridad pública o un organismo oficialmente reconocido en el Derecho nacional, con facultades con arreglo al Derecho nacional para supervisar entidades como parte del sistema de supervisión vigente en el Estado miembro de que se trate”. CRR, art.4.1.40.

1. Ámbito objetivo de la supervisión prudencial

1.1. Ámbito objetivo de aplicación del Reglamento CRR

El Reglamento CRR (artículo 1) circunscribe su ámbito objetivo de aplicación a lo que denomina requisitos prudenciales generales (básicamente los requerimientos de Pilar 1 de Basilea, grandes riesgos, liquidez, apalancamiento y Pilar 3), es decir, aquellos aspectos de la regulación prudencial de las entidades de crédito en los que, o bien, teóricamente, concurriría una doble circunstancia: la posibilidad de determinación de los requerimientos mediante su cuantificación de forma objetiva es máxima y, por ello, las potestades discrecionales del supervisor se reducen al mínimo, como en el Pilar 1, o bien se trata de aspectos puramente prescriptivos, como en el Pilar 3. Es precisamente esta teórica mayor concreción de los requerimientos lo que hace posible que, a diferencia de la situación anterior, se hayan incluido en un Reglamento comunitario y no en una Directiva.

La realidad, sin embargo, no es exactamente así: en el primer caso porque la utilización de modelos internos por parte de las entidades para el cálculo de las variables (PD, LGD, EL,...) que determinan los requerimientos citados, deja un considerable espacio a la subjetividad; y en el segundo, porque el Reglamento contiene cerca de medio centenar de opciones y discrecionalidades nacionales, ejercitables por el supervisor o el Estado miembro, heredadas del más de cien opciones y discrecionalidades contenidas en la CRD, que, como veremos en el apartado siguiente, otorgan un amplio margen de discrecionalidad al supervisor.

Las entidades supervisadas, es decir, las incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva CRD IV, deberán cumplir con lo establecido en el Reglamento CRR en relación con:

- los requisitos de fondos propios relativos a elementos del riesgo de crédito, del riesgo de mercado, del riesgo operativo y del riesgo de liquidación;
- los requisitos destinados a limitar las grandes exposiciones;

- los requisitos de liquidez relativos a elementos del riesgo de liquidez plenamente cuantificables, uniformes y normalizados⁴⁹;
- los requisitos de información relativos a los tres anteriores y en materia de apalancamiento⁵⁰; y
- los requisitos de divulgación pública (el Pilar 3 de Basilea).

1.2. Ámbito objetivo de la Directiva CRD IV

El ámbito objetivo al que se extiende la supervisión prudencial de las entidades de crédito contenido en la CRD IV abarca las siguientes materias:

- el acceso a la actividad de las entidades de crédito (título III, capítulo 1);
- la transmisión de participaciones cualificadas en el capital de las entidades (título III, capítulo 2);
- el ejercicio de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en el territorio de la Unión (título V);
- las relaciones con supervisores de terceros países (título VI) en lo relativo al establecimiento en la Unión de sucursales de entidades autorizadas en Estados no miembros (artículo 47) y a la cooperación entre supervisores respecto de la supervisión en base consolidada de grupos bancarios con actividad dentro y fuera de la Unión (artículo 48);
- el proceso de evaluación de la adecuación de capital interno (artículo 73);
- el gobierno interno / gobierno corporativo de las entidades (artículo 74 y artículos 88 y ss.);
- los planes de recuperación y de resolución (artículo 74);
- el tratamiento de los riesgos (gestión de riesgos) por las entidades de crédito (artículos 76 y ss.);

⁴⁹ La precisión respecto de los elementos *plenamente cuantificables, uniformes y normalizados* está haciendo referencia a los riesgos de Pilar 1, para diferenciarlos del riesgo de liquidez en sentido genérico que las entidades deben tomar en consideración dentro de su proceso de autoevaluación del capital, es decir, del Pilar 2.

⁵⁰ Los requerimientos en materia de liquidez y apalancamiento fueron introducidos por Basilea III e incorporados al ordenamiento de la Unión mediante el Reglamento CRR.

CAPÍTULO SEXTO
LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

- los métodos internos de las entidades para el cálculo de los requisitos de fondos propios (artículos 77 y 101);
- los procesos de revisión y evaluación supervisora (el Pilar 2 de Basilea) (artículo 97 y ss.);
- las pruebas de resistencia con fines de supervisión (artículo 100);
- la supervisión en base consolidada (título VII, capítulo 3); y
- los colchones de capital (título VII, capítulo 4).

Como antes apuntábamos, y a modo de resumen, la información que deben intercambiarse los supervisores en relación con las entidades que operen, a través de una sucursal o en el ejercicio de la libertad de prestación de servicios, en uno o varios Estados miembros distintos al de su domicilio social, constituye un compendio bastante ajustado del ámbito objetivo de la supervisión prudencial de las entidades de crédito en la UE.

El contenido de dicha información fue objeto de la correspondiente norma técnica elaborada por la EBA y plasmada en un Reglamento⁵¹ de la Comisión, cuyo articulado ofrece una completa imagen del ámbito objetivo de la supervisión al que nos estamos refiriendo:

- Artículo 3 Información relativa a la dirección, gestión y propiedad
- Artículo 4 Información relativa a la liquidez y a las constataciones relacionadas con la supervisión
- Artículo 5 Información relativa a la solvencia
- Artículo 6 Información relativa a los sistemas de garantía de depósitos
- Artículo 7 Información relativa a la limitación de grandes exposiciones
- Artículo 8 Información relativa al riesgo sistémico planteado por la entidad

⁵¹ Reglamento Delegado (UE) n° 524/2014 de la Comisión, de 12 de marzo de 2014, por el que se completa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican la información que las autoridades competentes de los Estados miembros de origen y de acogida deben facilitarse mutuamente (DO de 20.5.2014). Complementado con el Reglamento de Ejecución (UE) n° 620/2014 de la Comisión, de 4 de junio de 2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta al intercambio de información entre las autoridades competentes de los Estados miembros de origen y de acogida, de conformidad con la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO de 12.6.2014).

- Artículo 9 Información relativa a la organización administrativa y contable
- Artículo 10 Información relativa a los mecanismos de control interno
- Artículo 11 Información relativa al apalancamiento
- Artículo 12 Información relativa al incumplimiento general
- Artículo 13 Comunicación de las medidas de supervisión y las sanciones
- Artículo 14 Información relativa a los preparativos para situaciones de urgencia.

2. El ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva y el Reglamento

El ámbito subjetivo de aplicación de la CRD IV está referido, principalmente, a las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, conjuntamente denominadas por la Directiva como “entidades” (artículo 2), con algunas excepciones⁵². Como quiera que este trabajo está referido exclusivamente a las entidades de crédito, no nos referiremos y quedarán fuera del objeto de estudio las empresas de servicios de inversión.

Además, entran dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva las entidades financieras, respecto del ejercicio del derecho a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, cuando se trate de filiales de entidades de crédito autorizadas en un Estado miembro (artículo 34), y las sociedades financieras de cartera, las sociedades financieras mixtas de cartera y las sociedades mixtas de cartera que tengan su administración central en la Unión en lo relativo a dicho ejercicio y a la supervisión en base consolidada (título VII, capítulo 3).

El Reglamento CRR resulta de aplicación, exclusivamente, a los sujetos contemplados en la CRD IV, si bien los requerimientos no son iguales para todos ellos y en determinados casos resultan eximidos de su cumplimiento o son eximibles en virtud de decisiones de las autoridades de supervisión. En el cuadro adjunto se muestra la correspondencia entre los requerimientos del Reglamento y los sujetos obligados.

⁵² Ya hicimos referencia al ICO, entidad de crédito excluida expresamente del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva. Están igualmente excluidas en cada Estado miembro una serie de entidades de distinta naturaleza.

CAPÍTULO SEXTO
LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO CRR

	REQUERIMIENTOS EN BASE INDIVIDUAL					REQUERIMIENTOS EN BASE CONSOLIDADA		
	Entidades individuales						Entidades matrices	Filiales de S. financiera de cartera
	ni matriz, ni filial y art. 19 ⁽¹⁾	filial garantizada por la matriz	matrices	organismo central y afiliadas al organismo central	filiales significativas			
PARTE SEGUNDA: FONDOS PROPIOS								
TÍTULO I ELEMENTOS DE LOS FONDOS PROPIOS	(art. 6.1)	eximibles (art. 7.1)	eximibles (art. 7.3)	eximibles (art. 10)		(art. 11.1)	(art. 11.2)	(art. 11.4)
TÍTULO II INTERESES MINORITARIOS E INSTRUMENTOS DEL CAPITAL DE NIVEL 1 ADICIONAL Y DEL CAPITAL DE NIVEL 2 EMITIDOS POR FILIALES								
TÍTULO III PARTICIPACIONES CUALIFICADAS FUERA DEL SECTOR FINANCIERO								
<i>Artículo 89</i> Ponderación del riesgo y prohibición de las participaciones cualificadas fuera del sector financiero								
<i>Artículo 90</i> Opción frente a la ponderación de riesgo del 1.250%								
<i>Artículo 91</i> Excepciones		exentas (art. 6.2)						
PARTE TERCERA: REQUISITOS DE CAPITAL								
TÍTULO I REQUISITOS GENERALES, VALORACIÓN Y COMUNICACIÓN								
TÍTULO II REQUISITOS DE CAPITAL POR RIESGO DE CRÉDITO								
TÍTULO III REQUISITOS DE FONDOS PROPIOS POR RIESGO OPERATIVO								
TÍTULO IV REQUISITOS DE FONDOS PROPIOS POR RIESGO DE MERCADO								
TÍTULO V REQUISITOS DE FONDOS PROPIOS POR RIESGO DE LIQUIDACIÓN								
TÍTULO VI REQUISITOS DE FONDOS PROPIOS POR RIESGO DE AJUSTE DE VALORACIÓN DEL CRÉDITO								
PARTE CUARTA: GRANDES EXPOSICIONES								
PARTE QUINTA: EXPOSICIONES AL RIESGO DE CRÉDITO TRANSFERIDO								
TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES								
TÍTULO II REQUISITOS APLICABLES A LAS ENTIDADES INVERSORAS								
TÍTULO III REQUISITOS APLICABLES A LAS ENTIDADES ORIGINADORAS Y PATROCINADORAS								
PARTE SEXTA: LIQUIDEZ								
TÍTULO I DEFINICIONES Y REQUISITO DE COBERTURA DE LIQUIDEZ	(art. 6.4)	eximibles (art. 8)						
TÍTULO II INFORMACIÓN SOBRE LIQUIDEZ								
PARTE SÉPTIMA: APALANCAMIENTO								
TÍTULO I DEFINICIONES Y REQUISITO DE COBERTURA DE LIQUIDEZ	(art. 6.5)	eximibles (art. 6.5)				(art. 11.1)	(art. 11.2)	
PARTE OCTAVA: DIVULGACIÓN POR LAS ENTIDADES								
TÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES								
TÍTULO II CRITERIOS TÉCNICOS SOBRE TRANSPARENCIA Y DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN		exentas (art. 6.3)				(art. 13.1)	(art. 13.2)	
TÍTULO III CRITERIOS DE SELECCIÓN PARA EL USO INSTRUMENTOS O METODOLOGÍAS PARTICULARES					(art. 13.1) ⁽²⁾			

(1) Filial o participada de reducido tamaño

(2) Parcialmente; en base individual o subconsolidada

3. Las facultades de supervisión en la CRD IV

3.1. Las facultades de supervisión

La CRD IV no contiene un tratamiento sistemático de las facultades de supervisión, que se encuentran dispersas en diferentes apartados de la norma, entre otros: el artículo 52 referido a la comprobación e inspección *in situ* de las sucursales establecidas en otro Estado miembro; el artículo 64 respecto de las facultades de supervisión y la facultad sancionadora; y las medidas y facultades supervisión del artículo 102 y siguientes.

La Directiva se refiere de la siguiente forma a las facultades de supervisión en su artículo 64:

1. Las autoridades competentes dispondrán de todas las facultades supervisoras de intervención en la actividad de las entidades que resulten necesarias para el ejercicio de sus funciones, en particular el derecho a revocar la autorización de conformidad con el artículo 18, las facultades exigidas con arreglo al artículo 102 y las facultades establecidas en los artículos 104 y 105.

Como se aprecia, el texto contiene:

- Una imprecisa referencia genérica a las facultades de los supervisores: *todas las facultades supervisoras de intervención en la actividad de las entidades que resulten necesarias para el ejercicio de sus funciones*. La propia Directiva contiene referencias concretas a tres de ellas: la de recabar información, la de investigar y la sancionadora; a ellas nos referiremos en los apartados siguientes, y revisaremos otras facultades del supervisor en un apartado ulterior relativo a la legislación española, la LOSS.
- Una muy concreta: *el derecho a revocar la autorización* de una entidad de crédito; a la que ya nos hemos referido en el Capítulo Quinto.
- Una remisión al contenido de los artículos 102, 104 y 105, relacionados con el Pilar 2 y las actuaciones preventivas y correctoras, que serán analizadas en el Capítulo Séptimo referido a las medidas específicas de prevención de crisis.

Las rúbricas que siguen, por tanto, están referidas a las potestades de recabar información y de investigación, a continuación a la potestad sancionadora y, finalmente, haremos una referencia al secreto profesional e intercambio de información.

3.2. Potestad de recabar información

Las autoridades competentes dispondrán de todas las facultades de recogida de información que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones, lo que incluye la facultad de exigir que se les proporcione cuanta información sea necesaria para desempeñar sus funciones de autoridad competente, incluida la información que se deba transmitir a intervalos regulares y en determinados formatos con fines de supervisión y fines estadísticos conexos, por parte de las entidades, las sociedades financieras de cartera, las sociedades financieras mixtas y las sociedades mixtas de cartera establecidas en el Estado miembro; las personas pertenecientes a dichas entidades; y los terceros a los que las entidades hayan subcontratado funciones o actividades operativas.

3.3. Potestad de investigación (inspectora)

Entendida como la facultad de llevar a cabo todas las investigaciones necesarias en relación con las entidades y personas citadas en el párrafo anterior, establecidas o situadas en el Estado miembro, cuando sea necesario para desempeñar sus funciones de autoridad competente, lo que incluye:

- el derecho a exigir la presentación de documentos;
- examinar los libros y registros y obtener copias o extractos de los mismos;
- obtener explicaciones escritas o verbales de cualquiera de las entidades y personas citadas o de sus representantes o personal;
- entrevistar a cualquier otra persona que acepte ser entrevistada a fin de recabar información relacionada con el objeto de una investigación; y
- realizar cuantas inspecciones sean necesarias en los locales de uso profesional de las personas jurídicas señaladas, y en cualquier otra empresa incluida en la supervisión consolidada cuando la autoridad competente sea el supervisor en base consolidada. Cuando así lo requiera el Derecho nacional, se solicitará autorización judicial para la inspección.

Por lo que se refiere a las inspecciones *in situ* de las sucursales establecidas en otro Estado miembro, se efectuarán de conformidad con la normativa del Estado miembro en el que tenga lugar la comprobación o inspección, y la Directiva prevé la posibilidad de supervisión tanto por parte de las autoridades competentes del Estado miembro de origen, tras haber informado a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida, así como por estas últimas respecto de las actividades realizadas en su territorio, que además podrán exigir información a una sucursal sobre sus actividades cuando lo consideren oportuno por motivos ligados a la estabilidad del sistema financiero del Estado miembro de acogida. Se establece igualmente en este segundo caso un sistema de comunicación previa entre autoridades y de comunicación *ex post* a las autoridades del Estado miembro de origen de la información obtenida.

3.4. Potestad sancionadora

Sin perjuicio de las sanciones que se prevean en el ámbito penal nacional, la Directiva insta a los Estados miembros a establecer normas sobre las sanciones administrativas y otras medidas administrativas aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva CRD IV y del Reglamento CRR, y a adoptar las medidas necesarias para garantizar su aplicación.

Las sanciones administrativas y otras medidas administrativas deben ser eficaces, proporcionadas y disuasorias; y aplicables, no solo a las entidades obligadas, sino también a los miembros del órgano de dirección y a las demás personas físicas responsables de la infracción con arreglo al Derecho nacional.

3.4.1. Infracciones

La propia Directiva se encarga de establecer una lista de mínima de infracciones sancionables, en unos casos de carácter general, con independencia de quién las realice:

- el ejercicio con carácter profesional la actividad de recepción de depósitos u otros fondos reembolsables procedentes de particulares, sin ser una entidad de crédito;
- el inicio de actividades como entidad de crédito sin obtener autorización;

CAPÍTULO SEXTO
LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

- la obtención de la autorización por medio de falsas declaraciones o por cualquier otro medio irregular;
- la adquisición, directa o indirectamente, de una participación cualificada en una entidad de crédito o el incremento de tal participación rebasando los umbrales establecidos⁵³, sin notificarlo por escrito, durante el periodo de evaluación o con la oposición de las autoridades competentes;
- la cesión de una participación cualificada en una entidad de crédito, o la reducción de la participación cualificada, sin notificarlo por escrito a las autoridades competentes.

Y en otros, referidos específicamente a las entidades de crédito:

- la falta de comunicación a las autoridades competentes de las adquisiciones o cesiones de participaciones cualificadas en su capital en los porcentajes especificados en la norma, cuando haya tenido conocimiento de ello;
- la falta de comunicación, al menos una vez al año, de la identidad de los accionistas y socios que posean participaciones cualificadas, así como la cuantía de dichas participaciones, cuando se trate de una entidad que cotice en un mercado regulado;
- el incumplimiento de las obligaciones de gobierno corporativo;
- el incumplimiento de las obligaciones de información o la transmisión de información incompleta o inexacta referida a los requerimientos establecidos en el Reglamento CRR sobre fondos propios⁵⁴, mercados inmobiliarios, grandes riesgos, liquidez y apalancamiento;
- el incumplimiento de manera reiterada o continuada de la obligación de mantener activos líquidos;
- el asumir exposiciones que excedan de los límites a los grandes riesgos;

⁵³ Nos hemos referido a ellos en el apartado correspondiente a la transmisión de participaciones cualificadas.

⁵⁴ La Directiva no es muy sistemática en la categorización de las infracciones y, en algún caso como el de los requerimientos de fondos propios, tipifica como infracción la falta de remisión de información al supervisor, pero no el incumplimiento de los requerimientos mínimos. Como veremos, la norma española subsana estas deficiencias.

- el incumplimiento de publicar la información exigida, o la facilite de forma incompleta o inexacta;
- el pago a titulares de los instrumentos incluidos en los fondos propios de la entidad, en los supuestos en que el Reglamento CRR prohíbe tales pagos;
- cuando una entidad haya permitido que una o más personas que no cumplan los requisitos para ello sean nombradas miembros del órgano de dirección o continúen como tales.

La Directiva encarga a las autoridades competentes que establezcan mecanismos eficaces y fiables para alentar la comunicación de incumplimientos existentes o potenciales de las disposiciones nacionales, mediante procedimientos específicos para la recepción de información, que garanticen la protección de los empleados que informen de infracciones cometidas en la entidad frente a represalias, discriminaciones y otros tipos de trato injusto, y la protección de los datos personales relativos tanto a las personas que informan de las infracciones como a la persona física presuntamente responsable de la infracción. Por su parte, los Estados miembros exigirán a las entidades que dispongan de procedimientos adecuados para que sus empleados puedan notificar infracciones a nivel interno a través de un canal específico, independiente y autónomo.

3.4.2. Sanciones

Entre las sanciones administrativas y otras medidas administrativas aplicables que deben adoptar los Estados miembros, la Directiva contempla como mínimo las siguientes:

- una declaración pública que identifique a la entidad y las personas físicas responsables y la naturaleza de la infracción;
- un requerimiento dirigido a la persona física o jurídica responsable para que ponga fin a su conducta y se abstenga de repetirla;
- sanciones pecuniarias administrativas de cuantía variable en función del infractor, el volumen de negocios o los beneficios derivados del incumplimiento, en caso de que puedan determinarse;
- suspensión de los derechos de voto de los accionistas responsables de las infracciones relacionadas con la tenencia y transmisión de participaciones;

- la imposición de una prohibición temporal de ejercer funciones en entidades a los miembros del órgano de dirección de la entidad o a cualquier otra persona física o jurídica que se considere responsable; y
- si se trata de una entidad, la revocación de la autorización.

En todo caso, en la imposición de sanciones las autoridades competentes deben tener en cuenta todas las circunstancias que resulten pertinentes, entre ellas: la gravedad y duración de la infracción; el grado de responsabilidad de intervinientes; la solidez financiera de la persona física o jurídica responsable de la infracción; la importancia de los beneficios obtenidos o las pérdidas evitadas; las pérdidas causadas a terceros; el nivel de cooperación de los responsables; las infracciones anteriores; y toda posible consecuencia sistémica de la infracción.

3.4.3. Publicación de las sanciones

La Directiva insta a las autoridades competentes a que publiquen en su sitio web oficial, sin demora injustificada y una vez que se haya informado de la entidades y personas sancionadas, al menos las sanciones administrativas no recurribles e impuestas por el incumplimiento de las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva o del Reglamento, con inclusión de información sobre el tipo y la naturaleza de la infracción y la identidad de la persona física o jurídica sobre la que recaiga la sanción, o de manera anónima cuando la publicación, tratándose de los datos personales: resulte ser desproporcionada; pudiera poner en peligro la estabilidad de los mercados financieros o una investigación penal en curso; o pudiera causar un daño desproporcionado a las entidades o personas físicas implicadas.

Con sujeción a los requisitos de secreto profesional antes mencionados, las autoridades competentes informarán a la ABE de todas las sanciones administrativas impuestas, de cualquier recurso en relación con las mismas y de sus resultados, para su mantenimiento en una base de datos centralizada exclusivamente a fines de intercambio de información entre, y con acceso limitado a, las autoridades competentes. Asimismo, la ABE mantendrá un sitio web con enlaces conectados con la publicación por las autoridades competentes de las sanciones administrativas durante el periodo de

publicación (cinco años como mínimo y, para los datos personales, el que resulte conforme con las normas de protección de datos aplicables).

3.4.4. *Derecho de recurso*

La Directiva insta a los Estados miembros para que velen por que las decisiones y medidas que se tomen en aplicación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas adoptadas de conformidad con la Directiva o el Reglamento puedan ser objeto del derecho de recurso.

Derecho de recurso que debe incluir el ejercitable frente al silencio administrativo, para los casos en que no haya recaído resolución dentro del plazo de los seis meses siguientes a la solicitud de autorización que contenga todos los elementos requeridos por las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva.

3.5. Intercambio de información y secreto profesional.

La Directiva establece la sujeción a la obligación de secreto profesional a todas las personas que trabajen o hayan trabajado para las autoridades competentes, así como los auditores o expertos que actúen por cuenta de las autoridades competentes, sin perjuicio de que las informaciones confidenciales que reciban puedan ser desveladas en forma sumaria o agregada, de manera que las entidades de crédito no puedan ser identificadas individualmente. Se excluye la información que deba ser desvelada en el marco de procedimientos judiciales civiles o mercantiles cuando se trate de entidades de crédito que se hayan declarado en quiebra o cuya liquidación forzosa haya sido ordenada por un tribunal, así como los supuestos regulados por el Derecho penal. Se excluye igualmente de este deber de confidencialidad la publicación de los resultados de las pruebas de resistencia realizadas de conformidad con la Directiva.

No constituye una violación del deber de confidencialidad:

- la transmisión de información entre autoridades competentes ni su comunicación a la JERS y las Autoridades Europeas de Supervisión; información que, en todo caso, podrá utilizarse exclusivamente en el ejercicio de sus funciones y únicamente para: para comprobar el cumplimiento de las condiciones de acceso

CAPÍTULO SEXTO
LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

a la actividad de las entidades de crédito y para facilitar el control, en base individual o consolidada, del ejercicio de la actividad, en particular el control de la liquidez, la solvencia, las grandes exposiciones, la organización administrativa y contable y los mecanismos de control interno; para imponer sanciones; en los recursos, administrativos y judiciales, contra las decisiones de las autoridades competentes; y en el marco de procedimientos jurisdiccionales entablados en virtud de disposiciones especiales previstas en la legislación de la Unión adoptada en el ámbito de las entidades de crédito;

- el intercambio de información, en las condiciones de secreto profesional equivalentes a las antes indicadas, entre autoridades competentes de un Estado miembro, o entre autoridades competentes de distintos Estados miembros, o entre las autoridades competentes y las siguientes personas o instancias, exclusivamente en el desempeño de sus funciones o para el cumplimiento de sus fines:
 - las autoridades en las que recaiga la función pública de supervisión de otros entes y mercados del sector financiero;
 - las autoridades o los organismos encargados de mantener la estabilidad del sistema financiero en los Estados miembros mediante la utilización de normas macroprudenciales;
 - los organismos o las autoridades encargados de actividades de reorganización encaminadas a mantener la estabilidad del sistema financiero;
 - los sistemas contractuales o institucionales de protección;
 - los organismos que intervengan en la liquidación y la quiebra de las entidades y en otros procedimientos similares;
 - las personas encargadas de la auditoría legal de las cuentas de las entidades, de las empresas de seguros y de las entidades financieras;
 - los organismos encargados de la gestión de los sistemas de garantía de depósitos y los sistemas de indemnización de los inversores;
 - las autoridades o los organismos encargados, con arreglo a Derecho, de detectar e investigar las infracciones de la normativa en materia de sociedades;

- los bancos centrales del Sistema Europeo de Bancos Centrales y otros órganos de función similar en su calidad de autoridades monetarias, cuando la información sea pertinente para el desempeño de sus respectivas funciones legales, tales como la aplicación de la política monetaria y la correspondiente provisión de liquidez, la supervisión de los sistemas de pago, de compensación y de liquidación, y la defensa de la estabilidad del sistema financiero;
- otras autoridades públicas encargadas de la supervisión de los sistemas de pago.
- si el Estado miembro lo autoriza, en virtud de disposiciones de Derecho nacional, la comunicación de ciertas informaciones a:
 - otros departamentos de sus administraciones centrales responsables de la normativa de supervisión de las entidades, las entidades financieras y las empresas de seguros, cuando ello sea necesario por razones de supervisión prudencial y de actuación preventiva y resolución respecto de entidades que se encuentren en riesgo de quiebra;
 - comisiones parlamentarias de investigación, tribunales de cuentas y otros organismos encargados de realizar investigaciones, cuando dichos organismos tengan un mandato preciso, en virtud de la legislación nacional, para investigar o analizar las acciones de las autoridades responsables de la supervisión de entidades o de la legislación en materia de supervisión y la información sea estrictamente necesaria para el cumplimiento de tal mandato.

4. Atribuciones del supervisor en el Reglamento CRR

4.1. Atribuciones del supervisor

El Reglamento CRR contiene una larga lista de atribuciones otorgadas a la autoridad de supervisión que podemos agrupar en dos grandes categorías:

- atribuciones que son manifestación de la potestad reglamentaria, de carácter general, referidas a aspectos de la norma cuya concreción el Reglamento deja a cargo del supervisor, ya sea en forma de opciones de elección entre dos

(positiva/negativa) o más soluciones alternativas, ya sea como posibilidad de determinar o fijar requerimientos o límites; y

- atribuciones que son manifestación de la potestad autorizatoria, relativas en este caso a las otorgadas a una entidad o grupo en concreto, de alcance limitado y previa solicitud de éstos.

Si bien, conviene precisar que la línea divisoria entre ambas categorías no siempre es clara, por ejemplo, las autorizaciones genéricas, otorgadas por el supervisor a un segmento de entidades sin distinción e incluso a la totalidad del sistema bancario bajo su supervisión; las hemos llamado atribuciones mixtas.

Un último aspecto a considerar tiene que ver con el hecho de que el Reglamento no limita las atribuciones de las autoridades supervisoras, permitiendo a éstas:

- imponer normas nacionales en los ámbitos no regulados por el Reglamento o para fines no relacionados con los requisitos prudenciales, como la dotación dinámica de provisiones (considerando 13);
- adoptar determinadas medidas nacionales macroprudenciales cuando ello se considere más eficaz para atajar los riesgos macroprudenciales o sistémicos que afecten únicamente al Estado miembro (considerando 16);
- imponer requisitos específicos, dentro del proceso de revisión supervisora y de evaluación (Pilar 2), adaptados al perfil de riesgo de la concreta entidad de crédito (considerando 26); e
- imponer requisitos de capital más elevados a aquellas entidades de importancia sistémica que, como consecuencia de sus actividades de negocio, pueden representar una amenaza para la economía mundial (considerando 32).

4.2. Atribuciones manifestación de la potestad reglamentaria

Entrarían dentro de la categoría de atribuciones que son manifestación de la potestad reglamentaria, todas aquellas que dejan al supervisor, entre otras, la posibilidad de:

- establecer requerimientos adicionales a los mínimos previstos en el Reglamento, como los previstos en materia de liquidez (art. 412) o exposiciones con garantía hipotecaria (art. 124);

- fijar unos valores mínimos de algunas variables, como la LGD media ponderada por exposición para las garantizadas por bienes inmuebles situados en su territorio (art. 164) o unos límites inferiores, como el límite a los grandes riesgos (art. 395);
- eximir total o parcialmente de la aplicación de ciertos límites, como, para determinadas exposiciones, el límite a los grandes riesgos (art. 400);
- decidir entre opciones regulatorias, por ejemplo, el tratamiento de la tenencia de participaciones cualificadas de empresas no financieras (art. 89)
- modificar las definiciones contenidas en el Reglamento, por ejemplo, la definición de impago, estableciendo un plazo mayor (180 días) que el estándar (90 días) para determinadas exposiciones (art. 178); o
- determinar plazos o periodos transitorios (*phase-in*) en la aplicación de la norma, referidos entre otros aspectos a los niveles de capital exigidos (art. 465), la computabilidad de instrumentos de capital o a los ajustes prudenciales (art. 468).

4.3. Atribuciones manifestación de la potestad autorizatoria

La autoridad supervisora tiene la potestad de autorizar a las entidades y grupos concretos que lo soliciten, conforme a lo previsto en el Reglamento, entre otros aspectos:

- eximir del cumplimiento de determinados requerimientos u obligaciones en relación, entre otros, con la consolidación (art. 19) o los requerimientos individuales de capital (art. 7), de liquidez (art. 8) o de apalancamiento (art. 6);
- determinar el tratamiento regulatorio en casos concretos, como el método de consolidación prudencial (art. 18) o la admisibilidad de determinadas coberturas (art. 386);
- autorizar la computabilidad como capital de determinados elementos, como los beneficios provisionales (art. 26), los instrumentos emitidos por una entidad de cometido especial (art. 83) o los intereses minoritarios (art. 84); y permitir la no deducción de otros, como la tenencia de instrumentos de fondos propios que supongan una inversión significativa en un ente del sector financiero (art. 49);

- requerir el cumplimiento de ciertas exigencias, por ejemplo la valoración de elementos contables conforme a normas internacionales de contabilidad (art. 24) o la deducción de participaciones recíprocas de capital (art. 36);
- establecer requerimientos adicionales a los mínimos previstos en el Reglamento, como los establecidos en materia de posiciones de titulización (art. 406);
- autorizar la ponderación reducida de ciertas exposiciones, como las intragrupo (art. 113);
- permitir la utilización de requerimientos alternativos, como la consolidación de ciertas filiales en los requerimientos individuales de la matriz (art. 9); y
- aprobar la utilización de modelos internos para el cálculo de los requerimientos por riesgo de crédito, contraparte, titulizaciones, riesgo de mercado y operacional (parte tercera).

4.4. Atribuciones mixtas

Se trata de atribuciones que comparten esa doble condición de que, formando parte de la potestad reglamentaria, se concretan en una autorización, pero no a una entidad en concreto previa solicitud de ésta, sino de carácter genérico referidas a la totalidad de entidades (o a un segmento de ellas); entre otras:

- permitir la aplicación de ponderaciones reducidas a ciertas exposiciones, como las mantenidas frente a entes del sector público (art. 116);
- permitir que las entidades no incluyan en ningún elemento de los fondos propios las ganancias y pérdidas no realizadas en exposiciones frente a administraciones centrales clasificadas en la categoría “Disponible para la venta” de la NIC 39 adoptada por la UE (art. 467).

4.5. Potestades extraprudenciales

Conviene en este punto destacar que la potestad autorizatoria de la que dispone el supervisor se extiende, más allá de los aspectos referidos a la regulación estrictamente prudencial, hasta alcanzar lo que constituiría la materia propia del Derecho mercantil en, al menos dos cuestiones concretas.

Las entidades de crédito, aun ajustándose en su actuación a lo previsto en la legislación mercantil nacional, deben solicitar y obtener la previa autorización del supervisor:

- para reducir, reembolsar o recomprar cualesquiera instrumentos de capital de nivel 1 ordinario emitidos por la propia entidad; y
- para rescatar, reembolsar, devolver o recomprar antes de la fecha de su vencimiento contractual cualesquiera instrumentos de capital de nivel 1 adicional o de capital de nivel 2⁵⁵ emitidos por la propia entidad.

La realización de tales acciones sin la preceptiva autorización constituiría una infracción sancionable en el ámbito administrativo, si bien, resulta difícil concluir que las consecuencias del incumplimiento por las entidades pudiesen exceder de dicho ámbito y afectasen a la validez de las operaciones en el plano mercantil.

IV. LA LEY 10/2014 DE ORDENACIÓN SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

1. La ordenación y disciplina de las entidades de crédito

La Ley 10/2014 de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, LOSS en lo sucesivo, asigna al Banco de España el ejercicio de las competencias que le atribuyan las normas de ordenación y disciplina sobre las entidades de crédito, sin perjuicio de las funciones atribuidas al Banco Central Europeo relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito. En particular, corresponderá al Banco de España ejercer la función supervisora y sancionadora de las entidades de crédito y, cuando corresponda, de las sociedades financieras de cartera y las sociedades

⁵⁵ Recuérdese que las entidades deben cumplir sus requerimientos de recursos propios, en unos niveles mínimos establecidos, con instrumentos que tienen la consideración de capital regulatorio: de nivel 1 ordinario (básicamente acciones), de nivel 1 adicional (obligaciones subordinadas sin vencimiento) y de nivel 2 (deuda subordinada a largo plazo) que, además, reúnan determinadas condiciones en cuanto a su capacidad de absorción de pérdidas con la empresa en funcionamiento.

financieras mixtas de cartera, para el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina.

Son normas de ordenación y disciplina: la propia LOSS y las disposiciones que la desarrollen; el Reglamento CRR; y 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 crédito⁵⁶. La normativa reguladora de las sociedades mercantiles será de aplicación a las entidades de crédito en cuanto no se oponga a las citadas normas.

Más específicamente, las dos primeras, es decir, la LOSS (y sus disposiciones de desarrollo) y el Reglamento CRR constituyen la normativa de solvencia, cuyo ámbito subjetivo de aplicación abarca a: las entidades de crédito; los grupos y subgrupos consolidables de entidades de crédito⁵⁷; las sociedades financieras de cartera⁵⁸ y a las sociedades financieras mixtas de cartera⁵⁹. Forman parte de los grupos y subgrupos

⁵⁶ Las normas que contengan preceptos específicamente referidos a las entidades de crédito es un conjunto de muy difícil concreción. La Ley 22/2013 Concursal hace referencia (DA 2ª) a *su legislación específica*, que detalla al regular el régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras.

⁵⁷ El concepto de grupo consolidable de entidades de crédito se encontraba definido en la derogada Ley 13/1985 de recursos propios de las entidades de crédito y en la Circular 3/2008 del Banco de España. La LOSS, sin embargo, se remite a la definición, del todo imprecisa, contenida en el Reglamento CRR.

⁵⁸ «Sociedad financiera de cartera»: una entidad financiera cuyas filiales sean, exclusiva o principalmente, entidades o entidades financieras, que cuente al menos con una entidad entre sus filiales y que no sea una sociedad financiera mixta de cartera. Apartado 20 del artículo 4.1 del Reglamento CRR

⁵⁹ «Sociedad financiera mixta de cartera»: una empresa matriz que no sea una entidad regulada y que, junto con sus filiales, de las cuales por lo menos una será una entidad regulada con sede en la Comunidad, y otras entidades, constituya un conglomerado financiero. Entendiendo por conglomerado financiero el grupo en el que al menos una de las entidades del grupo pertenezca al sector de seguros y al menos otra pertenezca al sector bancario o de los servicios de inversión y que tanto las actividades consolidadas o agregadas de las entidades del grupo incluidas en el sector de seguros como las actividades consolidadas o agregadas de las entidades del grupo incluidas en los sectores bancario y de los servicios de inversión sean significativas. Apartados 14 y 15 del artículo 2 de la Directiva 2002/87 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativa a la supervisión adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero (DO de 11.2.2003)

consolidables de entidades de crédito las entidades financieras⁶⁰ en ellos integrados, concepto que incluye a las sociedades gestoras de fondos de titulización hipotecaria y de fondos de titulización de activos y a las sociedades de gestión de activos, y entre estas últimas a las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, las sociedades gestoras de entidades de capital riesgo y las sociedades y fondos autogestionados.

La distinción entre normas de ordenación y disciplina, cuya supervisión se asigna al Banco de España, y el concepto más restringido de normativa de solvencia resulta relevante por cuanto, como veremos en el correspondiente apartado, las funciones atribuidas al Banco Central Europeo por el Reglamento del MUS se circunscriben tan solo a estas últimas⁶¹.

2. La función supervisora del Banco de España. Sujetos y objeto de la supervisión

Para garantizar el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina, el Banco de España es la autoridad responsable de la supervisión de las entidades de crédito y demás entidades que forman parte del ámbito subjetivo de aplicación de dicha normativa:

- las entidades de crédito españolas;
- los grupos consolidables de entidades de crédito con matriz en España;

⁶⁰ El concepto de entidad financiera se encuentra definido en el apartado 26 del artículo 4.1 del Reglamento CRR: «Entidad financiera»: una empresa, distinta de una entidad, cuya actividad principal consista en adquirir participaciones o en ejercer una o varias actividades de las que se recogen en el anexo I, puntos 2 a 12 y punto 15, de la Directiva 2013/36/UE, incluyendo las sociedades financieras de cartera, sociedades financieras mixtas de cartera, entidades de pago en el sentido de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior y sociedades de gestión de activos, pero excluyendo las sociedades de cartera de seguros y las sociedades mixtas de cartera de seguros tal como se definen en el artículo 212, apartado 1, letra g), de la Directiva 2009/138/CE.

⁶¹ El Reglamento del MUS se refiere a “las normas sustantivas relativas a la supervisión prudencial de las entidades de crédito”.

Considerando 34 del Reglamento (UE) n° 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 (DO de 29.10.2013).

CAPÍTULO SEXTO
LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

- las sucursales de entidades de crédito de Estados no miembros de la Unión Europea;
- las sociedades financieras de cartera y las sociedades financieras mixtas de cartera, cuando sean empresa matriz de una o de varias entidades de crédito, con ciertas limitaciones y especificidades; básicamente, la supervisión se limita a los requerimientos en base consolidada; y
- las sociedades mixtas de cartera⁶² que sean la empresa matriz de una o varias entidades españolas, limitada en este caso a la supervisión general de las operaciones entre la entidad y la sociedad mixta de cartera y sus filiales.

La supervisión del Banco de España podrá alcanzar asimismo a las personas españolas que controlen entidades de crédito de otros Estados miembros de la Unión Europea, dentro del marco de la colaboración con las autoridades responsables de la supervisión de dichas entidades de crédito.

Aunque de manera poco sistemática, la LOSS señala como objetivo principal de la supervisión el garantizar el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina. Para el ejercicio de esta función el Banco de España podrá desarrollar las actuaciones y ejercer las facultades previstas en la LOSS y cualesquiera otras que le atribuya el ordenamiento jurídico.

Adicionalmente corresponderá al Banco de España:

- Supervisar:
 - los sistemas, estrategias, procedimientos o mecanismos de cualquier tipo, aplicados por las entidades de crédito para dar cumplimiento a la normativa de ordenación y disciplina;
 - los riesgos a los cuales están o pueden estar expuestas las entidades; y
 - el 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

⁶² «Sociedad mixta de cartera»: una empresa matriz, distinta de una sociedad financiera de cartera, de una entidad o de una sociedad financiera mixta de cartera, que cuente al menos con una entidad entre sus filiales. Apartado 22 del artículo 4.1 del Reglamento CRR

- Determinar, en base a estas evaluaciones, 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.

3. Potestades de supervisión

Conviene en este punto recordar que las potestades del supervisor, como en general de las autoridades reguladoras, requieren de una expresa habilitación por norma con rango de ley, ya sea la contenida en sus propios estatutos, como es el caso de la Ley de Autonomía del Banco de España, ya sea a través de normas que, como la LOSS, le atribuyen potestades específicas⁶³.

La potestad reglamentaria del Banco de España se encontraría entre las primeras, es decir, la atribuida en su Ley de Autonomía, mientras que entre las facultades previstas en la LOSS se encuentran las potestades de recabar información y de investigación a las que haremos referencia a continuación; la potestad sancionadora que analizaremos en un apartado dedicado al régimen sancionador y las potestades relacionadas con los mecanismos de prevención a las que nos referiremos en un capítulo posterior.

3.1. Potestad de recabar información

El Banco de España podrá recabar de las entidades y personas sometidas a supervisión y a terceros a los que dichas entidades hayan subcontratado actividades o funciones operativas (supervisados en lo sucesivo), la información necesaria para comprobar el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina.

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

⁶³ Adicionalmente, ESTEVE PARDO señala otros dos fundamentos, además de la expresa atribución legal, de las potestades del regulador: la situación de sujeción especial en la que se encuentran los operadores de un determinado mercado regulado y la teoría de los poderes implícitos (*los poderes expresamente atribuidos por ley conllevan también una serie de poderes instrumentales necesarios para ejercerlos*), J. ESTEVE PARDO, “Origen, principios y técnicas de la regulación de sectores económicos”, en *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas de IX Congreso Hispano Luso de Derecho Administrativo*, M. Rebollo Puig (dir.), Iustel-Universidad de Córdoba, Madrid, 2012, pág. 54.

a disposición del Banco de España cuantos libros, registros y documentos considere precisos, incluidos los programas informáticos, ficheros y bases de datos, sea cuál sea su soporte físico o virtual. En este sentido parece que la potestad de recabar información es ilimitada respecto de dichos elementos.

Un aspecto, a nuestro juicio, insuficientemente tratado por la regulación es el del alcance de la potestad de recabar información, es decir, acerca de si esa potestad resulta ilimitada solo *ex post* (información sobre lo que la entidad ya ha hecho), o cabe entender que la potestad de acceder a la información es también *ex ante* (información sobre lo que la entidad va a hacer) y se extiende a la totalidad de los ámbitos decisorios de las entidades; desde el punto de vista de la prevención de crisis bancarias parece inevitable concluir que, al menos respecto de las decisiones relevantes para la vida de la entidad (fusiones, escisiones, adquisiciones,...) el derecho de acceso a la información del supervisor debe entenderse también *ex ante*.

3.2. Potestad de investigación o inspectora

Cuando sea necesario para desempeñar su función supervisora, el Banco de España podrá:

- llevar a cabo todas las investigaciones necesarias en relación con los supervisados. A estos efectos, podrá:
 - exigir la presentación de documentos;
 - examinar los libros y registros y obtener copias o extractos de los mismos; y
 - solicitar y obtener explicaciones escritas o verbales de cualquier otra persona diferente de los supervisados a fin de recabar información relacionada con el objeto de una investigación; y
- realizar cuantas inspecciones sean necesarias en los establecimientos profesionales de las personas jurídicas y en cualquier otra entidad incluida en la supervisión consolidada.

En relación con la potestad inspectora, la LOSS la recoge con una mayor concreción al referirse al “Programa supervisor” que el Banco de España deberá aprobar, al menos

una vez al año, para todas las entidades de crédito sujetas a su supervisión, atendiendo especialmente, entre otros factores, a las entidades en que la existencia de riesgos significativos para la solidez financiera o los posibles incumplimientos de la normativa de solvencia hayan sido puestos de manifiesto en las pruebas de resistencia o en el proceso de revisión supervisora y de evaluación; las entidades que supongan un riesgo sistémico para el sistema financiero; y cualesquiera otras que, a juicio del Banco de España, requieran una consideración especial en el ejercicio de la función supervisora.

El Banco de España, a la vista de los resultados de la revisión y evaluación supervisora, podrá adoptar las medidas que considere oportunas en cada caso, encaminadas a reforzar la intensidad supervisora, cuya enumeración permite deducir en qué se concreta la potestad supervisora⁶⁴:

- la realización de inspecciones *in situ*;
- la presencia permanente en las entidades;
- la exigencia de información (adicional o más frecuente que la habitual);
- las revisiones de los planes operativo, estratégico o de negocio de las entidades;
- la realización de exámenes temáticos centrados en riesgos específicos; y
- el sometimiento a pruebas de resistencia a las entidades supervisadas.

3.3. Potestad de comunicarse por medios electrónicos

La LOSS ha incluido expresamente entre las facultades del Banco de España la, un tanto imprecisa, de 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.

A tal fin, las entidades 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.

⁶⁴ Véase la Memoria de la Supervisión Bancaria en España que el Banco de España publica anualmente. http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_de_la_Su/

3.4. Potestad de emitir guías en materia supervisora

El Banco de España podrá elaborar guías técnicas, dirigidas a las entidades y grupos supervisados, indicando los criterios, prácticas, metodologías o procedimientos que considera adecuados para el cumplimiento de la normativa de supervisión (sic)⁶⁵. Dichas guías, que deberán hacerse públicas, podrán incluir los criterios que el Banco de España seguirá en el ejercicio de sus actividades de supervisión.

Las guías no son propiamente normas jurídicas, su emisión no forma parte por tanto de la potestad reglamentaria del Banco de España, no son de obligado cumplimiento y se rigen por el principio de “cumple o explica”, de forma que el Banco de España podrá requerir a las entidades y grupos supervisados una explicación de los motivos por los que, en su caso, se hubieran separado de dichos criterios, prácticas, metodologías o procedimientos⁶⁶.

Las guías elaboradas por el Banco de España se referirán a las siguientes materias:

- a) *Evaluación de los riesgos a que las entidades están expuestas y adecuado cumplimiento de las normas de ordenación y disciplina.*
- b) *Prácticas de remuneración e incentivos de asunción de riesgos compatibles con una adecuada gestión del riesgo.*
- c) *Información financiera y contable y obligaciones de someter a auditoría externa las cuentas anuales o estados financieros de las entidades y grupos supervisados.*

⁶⁵ Probablemente la norma quería decir para el cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina.

⁶⁶ A propósito del carácter *conminatorio* de las directrices/guías emitidas por la Autoridad Bancaria Europea, véase E. LINDE PANIAGUA, “La supervisión como conjunto variable de potestades. Una nueva frontera del derecho administrativo”. RDUE nº 27 y 28, 2014-2015.

A su juicio, se pretende que este tipo de directrices sean cumplidas por sus destinatarios, aunque no se les atribuya la naturaleza de obligatorias. “*Dicho carácter no obligatorio sería meramente eufemístico, hasta el punto de que no puede descartarse que el incumplimiento de las recomendaciones y directrices [de la ABE] suponga una vulneración del Derecho de la Unión*”. En ese caso, se estaría por esta vía otorgando a la autoridad emisora, la ABE o el Banco de España, una competencia normativa en forma de directrices/guías.

- d) Adecuada gestión de los riesgos derivados de la tenencia de participaciones significativas de las entidades de crédito en otras entidades financieras o empresas no financieras.*
- e) Instrumentación de mecanismos de reestructuración o resolución de entidades de crédito.*
- f) Gobierno corporativo y control interno.*
- g) Cualquier otra materia incluida en el ámbito de competencias del Banco de España.*

El Banco de España podrá hacer suyas, y transmitir como tales a las entidades y grupos, así como desarrollar, complementar o adaptar las guías que, sobre dichas cuestiones, aprueben los organismos o comités internacionales activos en la regulación y supervisión bancarias⁶⁷.

3.5. Potestad de formular recomendaciones y requerimientos

El artículo 23 de la Ley de Autonomía del Banco de España⁶⁸, sobre competencias de su Comisión Ejecutiva, incluye la de formular a las entidades de crédito las recomendaciones y requerimientos precisos.

La LOSS (art. 68) recoge las medidas que el Banco de España puede exigir a las entidades de crédito para que adopten inmediatamente las medidas necesarias para retornar al cumplimiento de las normas de ordenación y disciplina, pero omite cualquier referencia a la potestad de requerir en supuestos distintos a éstos y la de formular meras recomendaciones.

⁶⁷ Hasta el momento el Banco de España ha emitido en torno a cuarenta Guías entre las propias y las adoptadas de las elaboradas por la ABE y su predecesor, el desaparecido CEBS. Pueden consultarse en: <http://www.bde.es/bde/es/secciones/normativas/Guias/Guias.htm>

⁶⁸ Ley 13/1994, de 1 de junio. Autonomía del Banco de España (BOE de 2).

3.6. Potestad sancionadora

3.6.1. Régimen sancionador. *Ámbito subjetivo.*

La potestad sancionadora recae íntegramente en el Banco de España, a quien tras el MoU suscrito en 2012 se le asignó en exclusiva la competencia para la instrucción y resolución de los expedientes sancionadores⁶⁹ incoados por el incumplimiento de las normas de ordenación y disciplina, sin perjuicio de la potestad sancionadora de la que también dispone el Banco Central Europeo en el marco del MUS⁷⁰.

La potestad sancionadora del Banco de España en cuanto que autoridad supervisora se rige por los principios contenidos en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: legalidad, tipicidad, irretroactividad, responsabilidad, proporcionalidad, prescripción y *non bis in idem*.

El régimen sancionador se extiende a las entidades de crédito y a quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas, es decir, a sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, sus directores generales o asimilados⁷¹, entendiéndose que son órganos de dirección de una entidad aquéllos que están facultados para fijar la estrategia, los objetivos y la orientación general de la

⁶⁹ Con anterioridad, el Banco de España instruía la totalidad de los expedientes, pero la imposición de sanciones por infracciones muy graves correspondía a Ministerio de Economía.

⁷⁰ Dejamos al margen la potestad sancionadora de ambas instituciones relacionada con sus competencias en materia de política monetaria.

⁷¹ La propia Ley 10/2014 se encarga de precisar el concepto (art. 6.6): *se entenderán por asimilados a los directores generales:*

a) *Aquellas personas que desarrollen en la entidad de crédito funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración o de comisiones ejecutivas o consejeros delegados del mismo, y las personas que dirijan las sucursales de entidades de crédito extranjeras en España.*

b) *Aquellas personas que reuniendo los requisitos de dependencia anteriores, limiten sus funciones de alta dirección a un área de actividad específica, siempre que se integren en una estructura organizativa de dirección que asuma al máximo nivel la gestión diaria de la entidad.*

c) *Aquellas personas que tuvieran un contrato de trabajo de alta dirección sujeto al Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.*

entidad y que se ocupan de la vigilancia y control del proceso de adopción de decisiones de dirección, incluidos quienes dirigen de forma efectiva la entidad.

Además, el alcance subjetivo de la potestad sancionadora se extiende igualmente a las siguientes personas físicas o jurídicas:

- las sociedades de cartera matrices de entidades de crédito;
- quienes posean una participación significativa en una entidad de crédito;
- quienes, teniendo nacionalidad española, controlen una entidad de crédito de otro Estado miembro;
- las sujetas a la obligación de notificación de transmisión de participaciones;
- las sucursales abiertas en España por entidades de crédito extranjeras;
- quienes infrinjan las prohibiciones en materia de reserva de actividad y denominación de las entidades de crédito; y
- a todas las demás entidades que se prevean en el ordenamiento jurídico.

La responsabilidad también alcanza a quienes ostenten cargos de administración o dirección en las citadas personas jurídicas infractoras.

3.6.2. Infracciones

La Ley tipifica las infracciones clasificándolas en tres categorías: muy graves, graves y leves. En aras de la concisión no vamos a reproducir la totalidad de las infracciones tipificadas (agrupadas en 26 letras las muy graves y 22 las graves), pero sí interesar resaltar que, entre las muy graves, se encuentran: las relativas a la realización de actos o el ejercicio de actividades sin disponer de la preceptiva autorización administrativa, en contravención de normas o ajenas al objeto social; el incumplimiento de los requerimientos de capital durante más de un plazo mínimo y, en general, de los requisitos exigidos por normas prudenciales (idoneidad de accionistas y administradores; buen gobierno, control de riesgos,...); la falta de remisión al supervisor de la información legalmente requerida, en especial, la exigida por el Reglamento CRR; la resistencia a la actuación inspectora y el incumplimiento de los requerimientos del supervisor; y el incumplimiento de normas mercantiles referidas a la

información contable, la transparencia debida a accionistas, contrapartes y clientes, o el sometimiento de las cuentas a la auditoría legal.

La Ley recoge la totalidad de las infracciones previstas en la Directiva que enumeramos en un apartado anterior, si bien hay dos aspectos de la norma española que merecen un mínimo comentario. En algún caso la tipificación resulta un tanto imprecisa, como calificar de infracción el hecho de *ejercer actividades ajenas a su objeto exclusivo legalmente determinado*, pero como vimos al hablar de los requisitos exigidos para obtener la autorización, tal determinación legal del objeto social exclusivo de las entidades de crédito no existe; sí que existe la obligación de fijarlo estatutariamente, pero dentro de unos límites igualmente difusos.

Un segundo comentario tiene que ver con la dificultad de precisar el concepto de normas de ordenación y disciplina, que delimitan el ámbito de las actuaciones sancionables por el Banco de España y que, tal como las define la Ley, son aquellas que contengan preceptos específicamente referidos a las entidades de crédito. Sin embargo, resulta difícilmente reconducible al incumplimiento de normas específicamente referidas a las entidades de crédito: carecer de la contabilidad exigida legalmente o llevarla con irregularidades esenciales (art. 92.g); incumplir la obligación de someter sus cuentas anuales a auditoría de cuentas conforme a la legislación vigente en la materia (art. 92.h); o incumplir el deber de veracidad informativa debida a sus socios, contrapartes financieras, clientes y al público en general (art. 92.k). Actuaciones tipificadas como infracción cuando, en realidad, se trata de normas de obligado cumplimiento, con carácter general, para las sociedades mercantiles y donde tal especificidad no se produce.

3.6.3. Sanciones

La aplicación del principio de proporcionalidad en las sanciones se concreta en la determinación de éstas atendiendo a una serie de criterios:

- la naturaleza, gravedad y duración de la infracción;
- el grado de responsabilidad en los hechos y el nivel de representación que el infractor ostente en la entidad infractora;

- la importancia de los beneficios obtenidos o las pérdidas evitadas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción;
- la solidez financiera de la persona física o jurídica responsable de la infracción, reflejada, entre otros elementos objetivables, en los ingresos anuales y en el volumen de negocios, respectivamente;
- las pérdidas causadas a terceros por la infracción y las consecuencias desfavorables de los hechos para el sistema financiero o la economía nacional;
- la subsanación de la infracción por propia iniciativa del infractor, la reparación de los daños o perjuicios causados y el nivel de cooperación con la autoridad competente;
- las dificultades objetivas que puedan haber concurrido para alcanzar o mantener el nivel de recursos propios legalmente exigido; y
- la conducta anterior del infractor en relación con las normas de ordenación y disciplina y las sanciones firmes que le hubieran sido impuestas.

En el caso de las infracciones muy graves, las sanciones previstas para las entidades de crédito son las de multa, múltiplo de los beneficios obtenidos con la infracción o proporcionada al volumen de negocio en caso de que estos no puedan determinarse, y alternativa o conjuntamente, la de revocación de la autorización.

Se prevén asimismo como medidas accesorias el requerimiento al infractor para que ponga fin a su conducta y se abstenga de repetirla; la suspensión de los derechos de voto de los accionistas responsables en los supuestos de incumplimiento de los requisitos de autorización y de adquisición de participaciones significativas; y 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 las infracciones graves y leves la única sanción contemplada para las entidades es la de multa, de cuantía decreciente con la menor gravedad y se mantiene accesoriamente el requerimiento al infractor y la amonestación pública para las graves y privada para las leves.

Por lo que se refiere a quienes ejerzan cargos de administración o de dirección en las entidades infractoras, y con independencia de las impuestas a éstas, las sanciones previstas, conjunta o alternativamente, para las infracciones muy graves o graves son las de multa; suspensión en el ejercicio del cargo de administración o dirección en la entidad de crédito; separación del cargo en la entidad de crédito, con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en la misma entidad de crédito; inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de crédito o del sector financiero, con separación, en su caso, del cargo de administración o dirección que ocupe el infractor en una entidad de crédito; y amonestación pública, en las que la cuantía de la multa y la duración de la sanción de suspensión, separación o inhabilitación son función de la gravedad de la infracción. Para las infracciones leves la sanción se limita a multa y amonestación privada.

Las sanciones impuestas no serán ejecutivas en tanto no hayan puesto fin a la vía administrativa. Las resoluciones del Banco de España que pongan fin al procedimiento sancionador serán recurribles en alzada ante el Ministro de Economía y Competitividad, con arreglo a lo previsto en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Una vez que las sanciones impuestas a la entidad de crédito o a quienes ejerzan cargos de administración o dirección en la misma sean ejecutivas se comunicarán en la siguiente Junta o Asamblea General que se celebre y las correspondientes a infracciones muy graves y amonestación pública serán publicadas en el BOE una vez que sean firmes en vía administrativa, y se harán constar en los registros administrativos de entidades de crédito y altos cargos que correspondan.

4. Obligaciones del supervisor

En el ejercicio de su función supervisora, el Banco de España está sometido a una serie de obligaciones:

- Valorar, en la elección de las medidas que se vayan a adoptar, criterios como la gravedad de los hechos detectados, la eficacia de la propia función supervisora

en términos de la subsanación de los incumplimientos detectados o el comportamiento previo de la entidad.

- Tomar en consideración la posible incidencia de sus decisiones en la estabilidad del sistema financiero de los demás Estados miembros de la Unión Europea afectados, particularmente en situaciones de urgencia, basándose en la información disponible en el momento de que se trate.
- Tener en cuenta la convergencia de instrumentos y prácticas de supervisión en el ámbito de la Unión Europea
- Publicar periódicamente información relativa a la normativa de solvencia y, más concretamente, 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; los 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; y los resultados de las pruebas de resistencia a las que se sometan a las entidades supervisadas⁷².
- Respetar el deber de secreto, tanto por el Banco de España como por las personas a su servicio, respecto de los datos, documentos e informaciones que obren en poder del Banco de España en virtud del ejercicio de la función supervisora u otras que le encomiendan las leyes, que se utilizarán exclusivamente en el ejercicio de dichas funciones, tendrán carácter reservado y no podrán ser divulgados a ninguna persona o autoridad, con las excepciones previstas en la propia Ley, similares a las que vimos en la Directiva CRD IV.
- Colaborar con las autoridades supervisoras de los demás Estados miembros, la Autoridad Bancaria Europea, los organismos nacionales encargados de la supervisión de entidades reguladas y de los mercados y con autoridades supervisoras de terceros países. El ámbito de la colaboración se extiende al

⁷² El conjunto de estas informaciones se recoge la Memoria de la Supervisión Bancaria en España que anualmente publica el Banco de España.

http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Publicaciones_an/Memoria_de_la_Su/

intercambio de información en los supuestos previstos en la regulación y a la coordinación en las concretas tareas de supervisión respecto de los grupos bancarios transfronterizos, alcanzando su máxima expresión en los colegios de supervisores.

5. Los colegios de supervisores

Los colegios de supervisores, al frente de los cuales se sitúa el Banco de España cuando sea el supervisor en base consolidada, tienen como objetivo facilitar el ejercicio de las tareas de supervisión de los grupos bancarios con actividad transfronteriza, relativas, entre otros aspectos, a la coordinación de la recogida de información y su difusión, en lo que resulte pertinente, a las demás autoridades supervisoras; la planificación y coordinación de las actividades de supervisión en situaciones ordinarias, en situaciones de urgencia o en previsión de tales situaciones y, en particular, en aquellos casos en que exista una evolución adversa de las entidades de crédito o de los mercados; la cooperación con autoridades terceros países encargadas de la supervisión de matrices, filiales o participadas del grupo bajo la supervisión del Banco de España; el alcanzar una decisión consensuada en la determinación de la adecuación del nivel consolidado de recursos propios que posea el grupo en relación con su situación financiera y perfil de riesgo, así como las cuestiones significativas relacionadas con la supervisión de la liquidez; y el advertir a las autoridades involucradas ante el surgimiento de una situación de urgencia, o en aquellos casos en que exista una evolución adversa de los mercados financieros, que pueda comprometer la liquidez en el mercado y la estabilidad del sistema financiero de cualquier Estado miembro de la Unión Europea con filiales o sucursales de un grupo sujeto a la supervisión en base consolidada del Banco de España.

Específicamente, se asignan a los colegios de supervisores las funciones de:

- intercambiar información;
- acordar, cuando proceda, la atribución voluntaria de funciones y delegación voluntaria de responsabilidades;
- establecer los programas supervisores relativos al grupo;

- aumentar la eficiencia de la supervisión, eliminando toda duplicación innecesaria de requerimientos prudenciales, incluidos los relacionados con las solicitudes de información;
- aplicar de manera coherente en todas las entidades de un grupo los requisitos prudenciales previstos en la LOSS y su normativa de desarrollo y en el Reglamento CRR, sin perjuicio de las opciones y facultades que ofrece la legislación de la Unión Europea; y
- colaborar en la planificación y coordinación con las autoridades competentes implicadas y bancos centrales, en situaciones de urgencia o en previsión de tales situaciones.

6. Referencia a la protección del cliente de entidades de crédito

La LOSS, en su artículo 5, otorga al Ministro de Economía y Competitividad la potestad de dictar disposiciones con el fin de proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos de los de inversión, prestados por las entidades de crédito. Las normas dictadas al amparo de lo previsto en dicho artículo tienen la consideración de normativa de ordenación y disciplina y su supervisión se encomienda al Banco de España.

Las materias objeto de tales disposiciones son las relativas a:

- *La información precontractual que debe facilitarse a los clientes, la información y contenido de los contratos y las comunicaciones posteriores que permitan el seguimiento de los mismos, de modo que reflejen de forma explícita y con la máxima claridad los derechos y obligaciones de las partes, los riesgos derivados del servicio o producto para el cliente y las demás circunstancias necesarias para garantizar la transparencia de las condiciones más relevantes de los servicios o productos y permitir al cliente evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera. A tal efecto, los contratos de estos servicios o productos siempre se formalizarán por escrito o en formato electrónico o en otro soporte duradero y el Ministro de Economía y Competitividad podrá, en particular, fijar las cláusulas que los contratos*

CAPÍTULO SEXTO
LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

referentes a servicios o productos bancarios típicos habrán de tratar o prever de forma expresa.

- *La transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios que ofrecen las entidades de crédito y, en su caso, el deber y la forma en que deben comunicar tales condiciones a su clientela o al Banco de España. Se podrán establecer, asimismo, condiciones básicas de los servicios o productos bancarios de debido cumplimiento para las entidades de crédito. En particular, solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse.*
- *Los principios y criterios a los que debe sujetarse la actividad publicitaria de los servicios o productos bancarios, y las modalidades de control administrativo sobre la misma, con la finalidad de que ésta resulte clara, suficiente, objetiva y no engañosa.*
- *Las especialidades de la contratación de servicios o productos bancarios de forma electrónica o por otras vías de comunicación a distancia y la información que, al objeto de lo previsto en este artículo, debe figurar en las páginas electrónicas de las entidades de crédito.*
- *El ámbito de aplicación de las normas dictadas al amparo de este artículo a cualesquiera contratos u operaciones de la naturaleza prevista en dichas normas, aun cuando la entidad que intervenga no tenga la condición de entidad de crédito.*

En particular, en la comercialización de préstamos o créditos, el Ministro de Economía y Competitividad podrá dictar normas que favorezcan:

- a) *La adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo.*
- b) *La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales en la valoración.*

- c) La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia.*
- d) La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante.*
- e) La información precontractual y asistencia apropiadas para el cliente.*
- f) El respeto de las normas de protección de datos. Sin perjuicio de la libertad contractual, el Ministerio de Economía y Competitividad podrá efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de créditos o préstamos hipotecarios.*

Como quiera que las Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias referidas a la protección de los derechos de consumidores y usuarios, la Ley prevé que las disposiciones que aquellas puedan dictar sobre las materias citadas no podrán establecer un nivel de protección inferior al dispensado en las normas que apruebe el Ministro de Economía y Competitividad.

V. EL MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISIÓN

1. Justificación de la creación de un Mecanismo Único de Supervisión

La crisis puso de manifiesto la estrecha relación existente entre la estabilidad de las entidades de crédito y la situación económica del Estado miembro en que están domiciliadas. Las dudas sobre la sostenibilidad de la deuda pública de los Estados periféricos del área del euro, sobre sus perspectivas de crecimiento económico y sobre la viabilidad de sus bancos generaron un círculo vicioso de desconfianza que, por un lado, suponía una mayor carga sobre las finanzas públicas de los Estados afectados al elevar el coste de financiación de su deuda y, por otro, hacía peligrar la solvencia de su sistema bancario e implicaba riesgos, no solo para las entidades de crédito, sino para la estabilidad del sistema financiero en la zona del euro y en el conjunto de la Unión.

CAPÍTULO SEXTO
LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

La solución que se pergeñó en sucesivos Consejos Europeos de 2012 para romper ese círculo vicioso fue la creación de una Unión Bancaria, sustentada en un código normativo único (*single rule book*) para los servicios financieros del conjunto del mercado interior, la armonización de los sistemas de garantía de depósitos de los Estados miembros y, circunscrito a los Estados integrantes de la zona del euro, pero abierto a la incorporación voluntaria de otros Estados miembros, la creación de un Mecanismo Único de Supervisión (MUS) y de un Mecanismo Único de Resolución (MUR) de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

En los términos en que se concibió, el MUS debe ser coherente con el funcionamiento del mercado interior de servicios financieros y con la libre circulación de capitales, y tiene como misión velar por que las medidas de la Unión en materia de supervisión prudencial de las entidades de crédito se apliquen de manera coherente y eficaz, el código normativo único de los servicios financieros se aplique de manera homogénea a las entidades de crédito de todos los Estados miembros afectados; y éstas sean objeto de una supervisión de la máxima calidad, no obstaculizada por otras consideraciones de índole no prudencial⁷³.

Al amparo de lo previsto en el artículo 127.6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁷⁴, se encomendó al Banco Central Europeo la supervisión prudencial de las entidades de crédito de los Estados miembros participantes en el Mecanismo, en colaboración con las autoridades supervisoras nacionales. El Mecanismo Único de Supervisión, por tanto, está integrado por el BCE y las autoridades nacionales competentes, siendo el BCE el responsable del funcionamiento eficaz y coherente del MUS, y sujetos, tanto el uno como las otras, al deber de cooperación leal y a la

⁷³ Considerando 12 del Reglamento (UE) n° 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 (DO de 29.10.2013).

⁷⁴ Artículo 127 TFUE (antiguo artículo 105 TCE):

6. El Consejo, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo y al Banco Central Europeo, podrá encomendar al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y otras entidades financieras, con excepción de las empresas de seguros.

obligación de intercambiar información. El ejercicio de la supervisión por parte del BCE comenzó de manera efectiva el 1 de noviembre de 2014, aunque durante el año previo ya se llevaron a cabo una serie de tareas preparatorias que, entre otros aspectos, incluyeron un ejercicio de valoración de las 130 entidades del área de euro que pasarían a ser supervisadas directamente por el BCE (*comprehensive assesment*)⁷⁵.

En lo que a la supervisión prudencial se refiere⁷⁶, las competencias del BCE se concretaron en velar por el cumplimiento de las normas de la Unión que imponen a las entidades de crédito la obligación de poseer determinados niveles de capital para cubrir los riesgos inherentes a su actividad, de limitar el tamaño de las exposiciones frente a cada contraparte, de publicar información sobre su situación financiera, de disponer de activos líquidos suficientes para soportar situaciones de tensión de los mercados, y de limitar el apalancamiento, como condición previa para la solidez de las entidades de crédito; así como en lo relativo a la constitución de colchones de capital, la correcta asignación de capital interno, la existencia de estructuras de organización interna y de gobierno corporativo adecuadas y la supervisión en base consolidada, la supervisión adicional de los conglomerados financieros y la supervisión de las sociedades financieras y financieras mixtas de cartera, con exclusión de la supervisión de las empresas de seguros.

Las funciones de supervisión no atribuidas al BCE continúan siendo competencia de las autoridades nacionales. Entre otras, la facultad de recibir notificaciones de las entidades de crédito en relación con el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios, de supervisar a los organismos que no están incluidos en la definición de entidades de crédito de conformidad con el Derecho de la Unión pero que son supervisados como tales de conformidad con la legislación nacional (como es el caso de los EFC en España), de supervisar a las entidades de crédito de terceros países que establecen una sucursal o prestan servicios transfronterizos en la Unión, de supervisar los servicios de pago, de llevar a cabo las verificaciones regulares de las entidades de

⁷⁵<https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/aggreatereportonthecomprehensiveassessment201410.en.pdf?9489e19b3d415b3be92e15becc20f9ae>

⁷⁶ Dejando al margen las competencias en materia de autorización, transmisión de participaciones y valoración de la idoneidad de accionistas y administradores.

crédito, y de desempeñar la función de autoridad competente para las entidades de crédito en relación con los mercados de instrumentos financieros, con la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, y con la protección del consumidor.

2. Funciones supervisoras del BCE

Conforme a lo previsto en su artículo 1, el Reglamento el MUS atribuye al BCE *funciones específicas en lo que respecta a las medidas relativas a la supervisión prudencial de las entidades de crédito, con objeto de contribuir a la seguridad y la solidez de estas entidades y a la estabilidad del sistema financiero dentro de la Unión y en cada uno de los Estados miembros, teniendo plenamente en cuenta y ejerciendo el deber de diligencia en relación con la unidad y la integridad del mercado interior, partiendo de la base de la igualdad de trato para las entidades de crédito con miras a evitar el arbitraje regulatorio; y sin perjuicio de las responsabilidades y competencias conexas de las autoridades competentes de los Estados miembros participantes en lo que respecta a la realización de las funciones de supervisión que no se hayan atribuido al BCE.*

El ámbito subjetivo de las funciones de supervisión del BCE comprende a las entidades de crédito de los Estados miembros participantes, las sociedades financieras de cartera y sociedades financieras mixtas de cartera matrices de éstas y las sucursales establecidas en Estados miembros participantes de entidades de crédito establecidas en Estados miembros no participantes⁷⁷ y, en determinados aspectos, se extiende a empresas, incluso son financieras, integrantes de los grupos económicos de las entidades de crédito.

⁷⁷ A pesar de la afirmación contenida en el artículo 1 del Reglamento de que “*El ámbito de aplicación de las funciones de supervisión del BCE se limita a la supervisión prudencial de las entidades de crédito de conformidad con el presente Reglamento*”. A lo largo del articulado se van ampliando las entidades sujetas a la supervisión del BCE.

El Reglamento atribuye al BCE competencias exclusivas para ejercer, con fines de supervisión prudencial, una serie de funciones en relación con todas las entidades de crédito establecidas en los Estados miembros participantes:

- autorizar y revocar la autorización a las entidades de crédito; y el establecimiento de sucursales o la prestación de servicios transfronterizos en un Estado miembro no participante;
- evaluar las notificaciones de adquisición y de venta de participaciones cualificadas en entidades de crédito, salvo en caso de resolución;
- velar por el cumplimiento de la legislación aplicable de la Unión y, en los casos en que dicha legislación esté integrada por Directivas, la legislación nacional que las incorpore al ordenamiento jurídico nacional, que impone requisitos prudenciales a las entidades de crédito en materia de fondos propios, titulización, limitación de grandes exposiciones, liquidez, apalancamiento, y notificación y publicación de información sobre estas cuestiones;
- garantizar el cumplimiento de la legislación aplicable de la Unión y, en los casos en que dicha legislación esté integrada por Directivas, la legislación nacional que las incorpore al ordenamiento jurídico nacional, que impone a las entidades de crédito requisitos de implantación de estructuras sólidas de gobernanza, incluidos requisitos de idoneidad de las personas responsables de la gestión de las entidades de crédito, procesos de gestión de riesgos, mecanismos internos de control, y políticas y prácticas de remuneración, y procesos internos eficaces de evaluación de la adecuación del capital, en particular modelos basados en calificaciones internas;
- llevar a cabo revisiones supervisoras y la realización de pruebas de resistencia para determinar si las estructuras, estrategias, procesos y mecanismos establecidos por las entidades de crédito y los fondos propios de dichas entidades garantizan una gestión y cobertura adecuadas de sus riesgos, y, sobre la base de ese proceso de revisión supervisora, imponer a las entidades de crédito requisitos específicos de fondos propios adicionales, de publicación, o de liquidez y otras medidas en los casos en que el Derecho aplicable de la Unión permita expresamente a las autoridades competentes intervenir en ese sentido;

- proceder a la supervisión en base consolidada de las empresas matrices de entidades de crédito establecidas en uno de los Estados miembros participantes, incluidas las sociedades financieras de cartera y las sociedades financieras mixtas de cartera, y participar en la supervisión en base consolidada, en particular en los colegios de supervisores, en relación con las empresas matrices no establecidas en uno de los Estados miembros participantes;
- participar en la supervisión adicional de los conglomerados financieros en relación con las entidades de crédito que formen parte de ellos y asumir en su caso la función de coordinador;
- realizar funciones de supervisión en relación con los planes de recuperación y la intervención temprana cuando una entidad de crédito o un grupo respecto del cual el BCE sea el supervisor en base consolidada incumpla o vaya a incumplir probablemente los requisitos prudenciales aplicables, y, únicamente en los casos en que el Derecho aplicable de la Unión estipule explícitamente la intervención de las autoridades competentes, en relación con los cambios estructurales que han de introducir las entidades de crédito para evitar dificultades financieras o impagos, con exclusión de toda atribución en materia de resolución.
- ejercer aquellas funciones que sean competencia de las autoridades nacionales competentes en relación con las entidades de crédito establecidas en un Estado miembro no participante que establezcan una sucursal o presten servicios transfronterizos en un Estado miembro participante.

3. Reparto de competencias dentro del MUS

No obstante las funciones atribuidas al BCE, el ejercicio efectivo de las funciones citadas se organiza dentro del MUS conforme a un reparto de competencias entre supervisores que se estructura atendiendo a dos criterios: uno funcional y otro en base a la importancia de las entidades supervisadas.

Las entidades se clasifican en significativas y menos significativas atendiendo a su tamaño, la importancia para la economía de la Unión o de cualquier Estado miembro participante y al carácter significativo de las actividades transfronterizas que desarrolle.

Salvo que circunstancias particulares lo justifiquen tienen la consideración de entidades significativas y quedan sometidas a la supervisión directa del BCE aquellas en las que:

- el valor total de sus activos supere los 30.000 millones de euros en base consolidada (con el mayor nivel de consolidación existente dentro de los Estados miembros participantes, o individualmente en el caso específico de las sucursales de entidades de Estados miembros no participantes);
- 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 millones de euros (con el mismo criterio de consolidación citado);
- 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 de la entidad; o por iniciativa propia, considere que una entidad 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; y
- aquellas respecto de las cuales se haya solicitado o recibido ayuda financiera pública directa de la FEEF o del MEDE.

Aun no cumpliendo los requisitos anteriores, quedan igualmente sometidas a la supervisión directa del BCE las tres entidades de crédito más significativas en cada uno de los Estados miembros participantes, así como cualesquiera otras respecto de las cuales, por iniciativa propia previa consulta de las autoridades nacionales competentes o a instancias de éstas, el BCE decida ejercer por sí mismo directamente la supervisión cuando sea necesario para garantizar una aplicación coherente de normas de supervisión estrictas.

CAPÍTULO SEXTO
LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

El resto de entidades tienen la consideración de menos significativas⁷⁸, y referida a las mismas, se asigna a las autoridades nacionales competentes la responsabilidad en el ejercicio de las funciones antes enumeradas y la adopción de todas las decisiones de supervisión, con la excepción del régimen de autorización y de transmisión de participaciones y la supervisión adicional de los conglomerados financieros de los que formen parte. Además, las autoridades nacionales competentes conservan los poderes, acordes con el Derecho nacional, de recabar información de las entidades de crédito, las sociedades de cartera y las sociedades mixtas de cartera incluidas en las cuentas financieras consolidadas de la entidad de crédito y de efectuar inspecciones *in situ* en dichas entidades.

Además de la supervisión directa del resto de entidades (las significativas y las demás enumeradas), se reserva al BCE la vigilancia del funcionamiento del sistema y la competencia:

- para emitir, a la atención de las autoridades nacionales, reglamentos, directrices o instrucciones generales, de conformidad con las cuales las autoridades nacionales competentes ejercerán sus funciones y adoptarán las decisiones de supervisión correspondientes;
- para pedir a las autoridades nacionales, con carácter ocasional o permanente, información sobre el ejercicio de las funciones que desempeñen; y
- para recibir directamente la información comunicada de manera continua por las entidades de crédito, o para tener acceso directo a la misma, independientemente de que las autoridades nacionales habrán de facilitar al BCE toda la información necesaria para que pueda ejercer las funciones que le atribuye el Reglamento del MUS.

⁷⁸ La lista de entidades significativas y menos significativas supervisadas por el MUS puede consultarse en la página web del BCE:

https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/list_sse_lsi.en.pdf?ba470ef9a260abd31411397d0dcb1742

4. Potestades supervisoras

En los términos ya apuntados al hablar de la Directiva y de la LOSS, el BCE, en cuanto supervisor, cuenta con potestades autorizatorias referidas al acceso a la actividad y transmisión de participaciones de las entidades de crédito; a ellas nos hemos referido en el correspondiente apartado de esta Tesis dedicado específicamente a estos aspectos. En los puntos siguientes reseñamos lo que estamos llamando potestades de supervisión en sentido estricto, con excepción de las relativas a la adopción de medidas de intervención temprana, que serán abordadas más adelante en el capítulo dedicado a las medidas específicas de prevención de crisis.

4.1. Potestad reglamentaria

A los efectos de desempeñar las funciones que le atribuye el Reglamento del MUS, y con el objetivo de garantizar una supervisión rigurosa, el BCE podrá adoptar directrices y recomendaciones, y tomar decisiones en cumplimiento del Derecho aplicable de la Unión, incluidos los actos legislativos y no legislativos, y en particular, las normas técnicas de regulación y de ejecución de carácter obligatorio elaboradas por la ABE y adoptadas por la Comisión.

El BCE también podrá adoptar reglamentos, pero solo en la medida necesaria para organizar o especificar las modalidades de ejecución de las funciones encomendadas por el Reglamento del MUS. En virtud de lo previsto en el Artículo 132 TFUE (antiguo artículo 110 TCE) el BCE tiene competencia para elaborar reglamentos en la medida en que ello sea necesario para el ejercicio de sus funciones y, específicamente, las definidas en el artículo 25.2 de los Estatutos del SEBC, en el que, como ya comentamos anteriormente, se prevé que el BCE pueda llevar a cabo funciones específicas relativas a las políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito y otras entidades financieras, con excepción de las compañías de seguros. El Reglamento del MUS no hace más que reiterar esta potestad reglamentaria respecto de las funciones supervisoras asignadas al BCE.

4.2. Potestad de recabar información

El Reglamento del MUS otorga al BCE la potestad para recabar cuanta información sea necesaria para desempeñar las funciones que tiene atribuidas, incluida la información que se deba transmitir a intervalos regulares y en determinados formatos con fines de supervisión y fines estadísticos conexos, de las propias entidades de crédito y de las sociedades de cartera (financieras, financieras mixtas y mixtas) establecidas en los Estados miembros participantes, de las personas pertenecientes a (sic) las entidades y sociedades citadas y de los terceros a los que éstas hayan subcontratado funciones o actividades.

Las personas y entidades citadas quedan obligadas a suministrar la información solicitada, sin que las disposiciones en materia de secreto profesional las eximan de ello y sin que el hecho de facilitar dicha información sea considerado una violación del secreto profesional.

4.3. Potestad de realizar investigaciones generales

Respecto de las personas y entidades citadas, el BCE podrá realizar todas las investigaciones necesarias para el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Potestad que se concreta en la posibilidad de:

- exigir la presentación de documentos;
- examinar sus libros y registros, y obtener copias o extractos de dichos libros y registros;
- obtener explicaciones escritas o verbales de las entidades o de sus representantes o personal; y
- entrevistar a cualquier otra persona que acepte ser entrevistada a fin de recabar información relacionada con el objeto de una investigación.

4.4. Potestad de realizar inspecciones *in situ*

Con la misma finalidad y previa notificación con antelación a la autoridad competente correspondiente, el BCE podrá realizar cuantas inspecciones sean necesarias en los locales de uso profesional de las personas jurídicas citadas, y en cualquier otra

empresa incluida en la supervisión consolidada cuando el BCE sea el supervisor en base consolidada, incluso sin previo aviso a dichas personas jurídicas cuando así lo requieran la correcta realización y la eficacia de las inspecciones.

En caso de que, de acuerdo con la normativa nacional, la inspección *in situ* requiera una autorización judicial, se solicitará el correspondiente mandamiento judicial. El juez nacional verificará la autenticidad de la decisión del BCE y comprobará que las medidas coercitivas contempladas no son arbitrarias ni desproporcionadas en relación con el objeto de la inspección. Cuando verifique la proporcionalidad de las medidas coercitivas, el juez nacional podrá pedir al BCE explicaciones detalladas, en particular sobre los motivos que tenga el BCE para sospechar que se han infringido la legislación comunitaria o nacional que resulte de aplicación y sobre la gravedad presunta de la infracción y la naturaleza de la implicación de la persona sujeta a medidas coercitivas. No obstante, el juez nacional no podrá examinar la necesidad de proceder a la inspección ni exigirá que se le facilite la información que conste en el expediente del BCE. La legalidad de la decisión del BCE solo estará sujeta al control jurisdiccional del TJUE.

4.5. Potestad sancionadora

En el ámbito de las funciones que tiene atribuidas dentro del Mecanismo Único de Supervisión⁷⁹, la potestad sancionadora del BCE se circunscribe al incumplimiento por una entidad de crédito, una sociedad financiera de cartera o una sociedad financiera mixta de cartera, deliberadamente o por negligencia, de requisitos establecidos en un acto directamente aplicable del Derecho de la Unión, en relación con el cual las autoridades competentes estén facultadas para imponer sanciones pecuniarias administrativas.

⁷⁹ Recuérdese que el BCE tiene potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias en materia de ejecución de la política monetaria de la Unión, el funcionamiento de los sistemas de pago y la recopilación de información estadística en virtud de lo previsto en el Reglamento (CE) n° 2532/98 del Consejo, de 23 de noviembre de 1998, sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones (DO de 27.11.98).

La distinción que hace el Reglamento entre “actos directamente aplicables del Derecho de la Unión” por un lado y, por otro, “Derecho aplicable de la Unión”, induce a pensar que, en el primer caso se refiere a reglamentos comunitarios⁸⁰, mientras que en el segundo (*relevant Union law*, en la versión inglesa)⁸¹ incluiría también a las directivas.

Esto es, que la potestad sancionadora del BCE se limita a los supuestos de incumplimiento de reglamentos UE, en cuyo caso, el BCE podrá imponer sanciones pecuniarias administrativas, que deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, por un importe de hasta el doble de la cantidad correspondiente a los beneficios obtenidos o las pérdidas evitadas como resultado del incumplimiento, del 10 % del volumen de negocios total anual, en caso de que aquellos no puedan determinarse, u otras sanciones pecuniarias contempladas en el Derecho de la Unión que resulte aplicable para el ejercicio de las competencias que el Reglamento del MUS atribuye al BCE..

Adicionalmente, el BCE dispone de potestad sancionadora para el caso de infracciones de sus propios reglamentos y decisiones adoptados en el ejercicio de sus funciones de supervisión⁸². Además de las citadas multas, se prevé en este supuesto la posibilidad de que el BCE sancione con pagos periódicos o multas coercitivas, con el límite máximo del 5 % del volumen de negocios medio diario por cada día de infracción durante un período máximo de seis meses.

En los demás casos, el BCE podrá exigir a las autoridades nacionales que sean éstas las que inicien el procedimiento sancionador, conforme al Derecho nacional aplicable, e impongan sanciones, que deberán igualmente ser efectivas, proporcionadas y disuasoria,

⁸⁰ Y, eventualmente, a decisiones, en la medida en que éstas son también Derecho de la Unión directamente aplicable.

⁸¹ Véase el Artículo 4.3 del Reglamento del MUS:

“For the purpose of carrying out the tasks conferred on it by this Regulation, and with the objective of ensuring high standards of supervision, the ECB shall apply all relevant Union law, and where this Union law is composed of Directives, the national legislation transposing those Directives. Where the relevant Union law is composed of Regulations and where currently those Regulations explicitly grant options for Member States, the ECB shall apply also the national legislation exercising those options”.

⁸² Reglamento (UE) 2015/159 del Consejo, de 27 de enero de 2015, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2532/98 sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones (DO de 3.02.15).

ante infracciones de las disposiciones de Derecho interno que transpongan las directivas pertinentes por parte de entidades de crédito, sociedades financieras de cartera y sociedades financieras mixtas de cartera, así como a los miembros del consejo de administración u otras personas físicas responsables del incumplimiento⁸³.

5. Garantías procesales. El Comité Administrativo de Revisión

Salvo en los casos en que sea necesaria una intervención urgente para impedir que el sistema financiero sufra daños importantes, el BCE dará a las personas objeto de un procedimiento la oportunidad de ser oídas antes de adoptar una decisión de supervisión, decisión que en todo caso deberá estar motivada.

Además, en virtud de lo previsto en el Reglamento del MUS, el BCE ha establecido un Comité de Revisión, de carácter administrativo, encargado de llevar a cabo el examen interno de las decisiones adoptadas por el BCE en el ejercicio de las competencias que le atribuye el Reglamento, previa solicitud de examen presentada por cualquier persona física o jurídica que se considere concernida por la decisión o que ésta le afecte directa e individualmente.

El Comité Administrativo de Revisión está compuesto por cinco personas procedentes de los Estados miembros, de excelente reputación y con un demostrado historial de conocimientos y de experiencia profesional, incluida la experiencia en materia de supervisión, que actuarán con independencia y en pro del interés público. Las decisiones del Comité Administrativo de Revisión se adoptarán por mayoría de como mínimo tres de sus cinco miembros. Su decisión sobre cada caso concreto se eleva al Consejo de Supervisión del BCE para la preparación de un nuevo proyecto de decisión que derogará la decisión inicial, o bien la sustituirá por una decisión de idéntico contenido o por una decisión modificada.

⁸³ Obsérvese que, a diferencia de las autoridades nacionales, el Reglamento del MUS no permite al BCE sancionar a personas físicas. El Reglamento 2532/98 antes citado, sin embargo, sí que incluye dentro de su ámbito subjetivo de aplicación también a las personas físicas ante incumplimientos de reglamentos y decisiones del BCE.

La solicitud de examen presentada ante el Comité no tiene efectos suspensivos, si bien este podrá proponer al Consejo de Gobierno del BCE la suspensión de la aplicación de la decisión impugnada si considera que las circunstancias así lo requieren.

6. Derecho de recurso

La presentación de solicitud de examen ante el Comité de Revisión se entiende sin perjuicio del derecho a interponer un recurso ante el TJUE establecido en el artículo 263 del TFUE, que atribuye al Tribunal de Justicia de la Unión Europea el control de la legalidad de los actos del Banco Central Europeo, que no sean recomendaciones o dictámenes, destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros, y prevé que toda persona física o jurídica pueda interponer recurso contra los actos de los que sea destinataria o que le afecten directa e individualmente.

VI. LA SUPERVISIÓN MACROPRUDENCIAL

1. La supervisión macroprudencial. Características definitorias

1.1. Antecedentes

La supervisión macroprudencial está íntimamente ligada a las ideas de riesgo sistémico y estabilidad financiera⁸⁴, que ya fueron objeto de atención por los reguladores bancarios desde tiempo bastante anterior al inicio de la reciente crisis financiera.

⁸⁴ Aun a riesgo de resultar reiterativo, conviene recordar la definición de estabilidad financiera:

“Se puede considerar que un sistema financiero es estable si:

1) facilita la asignación eficaz de los recursos económicos, tanto geográficamente como en el tiempo, así como otros procesos financieros y económicos (como ahorro e inversión, préstamo y endeudamiento, creación y distribución de liquidez, fijación del precio de los activos y, en última instancia, acumulación de riqueza y crecimiento de la producción);

2) evalúa, valora, asigna y gestiona los riesgos financieros, y

3) mantiene su capacidad para desempeñar estas funciones esenciales incluso cuando se enfrenta a shocks externos o a un aumento de los desequilibrios”.

G.J. SCHINASI, “Preservación de la estabilidad financiera”. *Temas de Economía*, FMI, septiembre 2005.

En abril de 1999 se había constituido el *Financial Stability Forum* (FSF), creado poco antes por los ministros de finanzas y gobernadores de bancos centrales de los Estados integrantes del G-7. El FSF se estableció con la finalidad de promover el intercambio de información y la coordinación entre las autoridades nacionales, las instituciones internacionales y los reguladores y expertos con responsabilidad en cuestiones de estabilidad financiera internacional. Formaban parte del FSF los ministerios de finanzas, bancos centrales y reguladores de los países del G-7 junto con representantes de organizaciones regulatorias e instituciones financieras internacionales. En sus grupos de trabajo participaban las autoridades nacionales responsables de la estabilidad financiera en los centros financieros internacionales más significativos; reguladores y supervisores involucrados en el desarrollo de normas y códigos de buenas prácticas; instituciones financieras internacionales encargadas de la supervisión de los sistemas financieros y del seguimiento y fomento de la puesta en práctica de normas; y expertos involucrados en el funcionamiento y las infraestructuras de los mercados.

Coincidiendo con el cambio de siglo proliferaron las revistas e informes de estabilidad financiera publicados por bancos centrales y organismos internacionales⁸⁵.

Es difícil saber hasta qué punto el análisis macroprudencial apreció el desarrollo de los riesgos que se estaban acumulando y si fue capaz de prever sus consecuencias, pero ya sea por la insuficiencia de los instrumentos disponibles, la inadecuada estructura institucional existente o la ceguera colectiva, lo cierto es que, si las hubo, sus advertencias no parece que fuesen tomadas en consideración.

La crisis puso en evidencia la importancia de los riesgos de naturaleza sistémica y la necesidad de contar con instituciones y con instrumentos específicamente orientados a su seguimiento y prevención, y de adoptar medidas regulatorias y supervisoras de una naturaleza distinta a las referidas a la supervisión microprudencial.

⁸⁵ La *Financial Stability Review* del Bank of England apareció en 1996, le siguieron el Banco de España en 2001, el Fondo Monetario Internacional en 2002, el Banco Nacional de Suiza en 2003, el Banco Central Europeo en 2004, etc.

Es en este contexto en el que, impulsado por el G-20, se crea el FSB y, en la Unión Europea, en el marco del proceso de reformas que dieron lugar al *European System of Financial Supervision* (ESFS), la Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS) (*European Systemic Risk Board*, ESRB); a ambas instituciones nos referiremos en un apartado a continuación.

1.2. Definición

La definición de la supervisión macroprudencial se enfrenta a idénticas dificultades que las ya señaladas respecto de la definición de supervisión prudencial. En general, al intentar definir la regulación y supervisión macroprudenciales son frecuentes las referencias a la idea de contribuir al reforzamiento del sistema financiero ante la eventualidad de shocks de distinto origen, a la preocupación por el funcionamiento regular del sistema sin que la situación de las entidades afecte al conjunto de la economía, a la preservación de los recursos públicos en caso de que entidades en dificultades precisen de ayudas. Lo que es común a todos los intentos de definición es su coincidencia en los tres elementos esenciales del enfoque macroprudencial: a) la estabilidad financiera como objetivo de la supervisión; b) el riesgo sistémico como principal punto de interés; y c) su carácter marcadamente preventivo.

Si la supervisión microprudencial pone el foco en la fortaleza de las entidades individualmente consideradas y en la detección y corrección de sus debilidades, la supervisión macroprudencial centra su atención en las interrelaciones entre ellas y con otros agentes y en los riesgos que afectan al sistema considerado como un todo, con la finalidad, no tanto de corregir actuaciones pasadas, cuanto de prevenir problemas futuros. Es en este sentido en que la supervisión macroprudencial se entiende, no como sustitutiva, sino como un necesario complemento de la supervisión microprudencial.

La solvencia de cada una de las entidades es una condición necesaria pero no suficiente para la estabilidad del sistema, debido a que las múltiples interconexiones entre los operadores introducen un riesgo de contagio a partir de eventos, que serían irrelevantes aisladamente considerados, pero que alcanzan dimensión sistémica a través de esas interconexiones. Este riesgo de contagio genérico, así como la existencia de

entidades que, ya sea por su tamaño, por el lugar central que ocupan en el sistema financiero de un país o por la insustituibilidad de los servicios que prestan, se sitúan en una posición en la que su quiebra, e incluso su mera debilidad, supondrían un riesgo para el conjunto del sistema (las llamadas *too big to fail*, TBTF), constituyen uno de los motivos de atención de la supervisión macroprudencial.

El segundo bloque de factores objeto de interés para la supervisión macroprudencial tiene que ver con la existencia de riesgos, ligados o no a las fases del ciclo económico, que no estando vinculados directamente al comportamiento de las entidades individualmente consideradas, podrían sin embargo afectar a todas ellas, a una parte, o al sistema financiero en su conjunto.

En los siguientes apartados haremos una referencia al concepto de riesgo sistémico, a las instituciones encargadas de la supervisión macroprudencial y a los instrumentos propuestos para su ejercicio, centrando nuestra atención en tres de ellos: las provisiones contracíclicas, el tratamiento de las entidades de importancia sistémica y los colchones de capital.

2. Riesgo sistémico

En una definición generalmente aceptada, el riesgo sistémico sería el riesgo de que un acontecimiento desencadene una pérdida de valor económico o de confianza en una porción sustancial del sistema financiero, con la suficiente intensidad como para tener significativos efectos adversos sobre la economía real⁸⁶.

De manera algo más condensada, el Reglamento 1092/2010 lo define como un *“riesgo de perturbación del sistema financiero, que puede tener repercusiones negativas graves sobre el mercado interior y la economía real. Todos los tipos de*

⁸⁶ GROUP OF TEN. Report on consolidation in the financial sector, January 2001.

*intermediarios, mercados e infraestructuras financieros pueden ser sistémicamente importantes en cierto grado*⁸⁷.

Los desencadenantes pueden ser repentinos e inesperados, o bien generarse acumulativamente a lo largo de un periodo de tiempo. Los efectos adversos en la economía real procedentes de los problemas sistémicos se manifiestan en interrupciones en el sistema de pagos, el flujo de crédito, la destrucción del valor de los activos y, en ausencia de una adecuada respuesta, en una reducción que podría ser sustancial de la producción y el empleo.

Lo característico del riesgo sistémico es, en primer lugar, su capacidad para afectar a una porción significativa del sistema financiero o al sistema en su conjunto. Eventos que inicialmente afectan negativamente a pocas entidades, se convierten en sistémicos a través de mecanismos de contagio debidos a las interrelaciones entre ellas y entre las entidades y los mercados. La segunda característica definitoria es que su materialización genera efectos adversos de intensidad elevada para la economía; de forma que en ausencia de ese carácter generalizado para el sistema financiero y de tal intensidad para la economía, no estaríamos ante un fenómeno sistémico.

Es por tanto la existencia de externalidades negativas asociadas al mal funcionamiento del sistema financiero y los indeseables efectos para la economía que ello genera, lo que justifica la intervención de los poderes públicos y la preocupación por el seguimiento y análisis de los riesgos sistémicos que amenazan la estabilidad financiera.

3. Instituciones encargadas de la supervisión macroprudencial

3.1. Financial Stability Board (FSB)

Herederero directo del *Financial Stability Forum* (FSF) al que reemplazó, el *Financial Stability Board* (FSB), se creó en abril de 2009 en la cumbre de Pittsburgh de los Jefes

⁸⁷ Artículo 2.c) del 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 (DO de 15.12.2010).

de Estado y de Gobierno del Grupo de los Veinte (G-20), con el mandato de promover la estabilidad financiera global y coordinar el desarrollo de políticas regulatorias y supervisoras. El FSB está integrado por los ministerios de finanzas, bancos centrales y autoridades regulatorias y supervisoras de los países integrantes del G-20 y de otros centros financieros (entre ellos España), así como instituciones internacionales como la Comisión Europea y el Banco Central Europeo.

Los acuerdos adoptados en el seno del FSB no son legalmente vinculantes, y su adopción por los países participantes se sustenta en la persuasión (*moral suasion*), en la presión de grupo (*peer pressure*) y en el compromiso de sus miembros de poner en práctica a nivel nacional las políticas y los estándares mínimos acordados en su seno. Sus miembros se comprometen igualmente a intentar el mantenimiento de la estabilidad financiera y la apertura y transparencias del sector financiero, a aceptar someterse a revisiones (*peer reviews*) periódicamente y a implementar los estándares financieros internacionales, haciendo público su nivel de adhesión a los mismos (*leading by example*).

El FSB desarrolla sus actividades mediante un proceso en tres etapas: identificando los riesgos sistémicos en el sector financiero global y proponiendo las acciones precisas para afrontarlos (*vulnerabilities assessment*); coordinando los trabajos de las autoridades reguladoras y supervisoras nacionales e internacionales y promoviendo la implementación de políticas supervisoras y regulatorias efectivas (*policy development and coordination*); y supervisando la puesta en práctica de las reformas regulatorias acordadas (*implementation monitoring*).

Entre otras, al FSB se le han asignado las funciones⁸⁸ de:

- valorar las vulnerabilidades que afectan al sistema financiero global e identificar las medidas regulatorias, supervisoras u otras necesarias para afrontar tales vulnerabilidades desde una perspectiva macroprudencial;
- promover la coordinación y el intercambio de información entre autoridades responsables de la estabilidad financiera;

⁸⁸ <http://www.financialstabilityboard.org/about/>

- seguir el desarrollo de los mercados y sus implicaciones para la política regulatoria;
- desarrollar estrategias conjuntas y coordinar los trabajos de los reguladores;
- aconsejar acerca de las mejores prácticas en el cumplimiento de los estándares regulatorios;
- elaborar guías para el establecimiento de los colegios de supervisores;
- ayudar en la elaboración de planes de contingencia para la gestión de crisis *cross-border*, en especial de las entidades de importancia sistémica; y
- promover la implementación de los acuerdos, los estándares y las recomendaciones.

3.2. La Junta Europea de Riesgo Sistémico

La Junta Europea de Riesgo Sistémico, ESRB por sus siglas en inglés, fue creada por el Reglamento 1092/2010⁸⁹, formando parte del Sistema Europeo de Supervisión Financiera⁹⁰ (*European System of Financial Supervision*, ESFS), con el cometido de controlar y evaluar el riesgo sistémico en períodos de normalidad con miras a atenuar la exposición del sistema a los riesgos de fallo de los componentes sistémicos y a mejorar la resistencia del sistema financiero en caso de crisis; y de contribuir a garantizar la estabilidad financiera y a mitigar los impactos negativos sobre el mercado interior y la economía real.

⁸⁹ 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 (DO de 15.12.2010).

⁹⁰ Además de la Junta Europea de Riesgo Sistémico, el Sistema Europeo de Supervisión Financiera, cuyo objetivo es garantizar la supervisión del sistema financiero de la Unión, está integrado por:

- las tres Autoridades Europeas de Supervisión:
 - la Autoridad Bancaria Europea (*European Banking Authority*, EBA);
 - la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*, EIOPA);
 - la Autoridad Europea de Valores y Mercados (*European Securities and Markets Authority*, ESMA);
- el Comité Mixto de las Autoridades Europeas de Supervisión; y
- las autoridades competentes o las autoridades de supervisión de los Estados miembros.

El artículo 3 del Reglamento establece que la Junta *asumirá la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión a fin de contribuir a la prevención o mitigación del riesgo sistémico para la estabilidad financiera en la Unión que surge de la evolución del sistema financiero, y teniendo en cuenta la evolución macroeconómica, de modo que se eviten episodios de perturbaciones financieras generalizadas. Contribuirá al buen funcionamiento del mercado interior y garantizará así una contribución sostenible del sector financiero al crecimiento económico.*

Se encomienda a la Junta el desempeño de las siguientes funciones:

- determinar y/o recopilar y analizar toda la información pertinente y necesaria;
- identificar y priorizar los riesgos sistémicos;
- emitir avisos cuando dichos riesgos sistémicos se consideren significativos y, en caso necesario, hacerlos públicos;
- formular recomendaciones para la adopción de medidas correctoras en respuesta a los riesgos detectados y, en su caso, hacerlas públicas;
- cuando la JERS estime que pudiera producirse una situación de emergencia, emitir un aviso confidencial al Consejo junto con una evaluación de la situación para que este pueda adoptar una decisión dirigida a las Autoridades Europeas de Supervisión (AES) constatando la existencia de una situación de emergencia;
- realizar el seguimiento de la respuesta dada a los avisos y recomendaciones;
- colaborar estrechamente con las demás partes del Sistema Europeo de Supervisión Financiera (SESF); en su caso, facilitar a las AES la información sobre riesgos sistémicos necesaria para el desempeño de su cometido: en particular, elaborar, en cooperación con las AES, un conjunto de indicadores cuantitativos y cualitativos (cuadro de riesgos) para identificar y medir el riesgo sistémico;
- participar, cuando resulte necesario, en el Comité Mixto de las AES;
- coordinar su actuación con las organizaciones financieras internacionales, en particular el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Consejo de Estabilidad Financiera (*Financial Stability Board*, FSB), así como con los organismos pertinentes de terceros países, en lo que se refiere a la supervisión macroprudencial;

- realizar otras tareas conexas, conforme a lo dispuesto en la legislación de la Unión.

3.3. La autoridad nacional macroprudencial

El Reglamento CRR establece (art. 458) que los Estados miembros designen a una autoridad, que podrá ser el supervisor, encargada del seguimiento del riesgo macroprudencial o sistémico⁹¹.

Tanto la Directiva CRD IV como el Reglamento CRR ya contemplan medidas expresamente encaminadas a afrontar el riesgo sistémico. No obstante, si la autoridad macroprudencial de un Estado miembro observa cambios en la intensidad del riesgo sistémico capaz de entrañar perjuicios graves para el sistema financiero y la economía real y considera que para afrontarlo son necesarias medidas nacionales más estrictas que las ya contempladas en la Directiva y el Reglamento, el propio Reglamento CRR otorga unas amplísimas facultades a la autoridad macroprudencial para elevar los requerimientos a las entidades de crédito de su jurisdicción, si bien somete el ejercicio de estas mayores facultades a una serie de requisitos: comunicación a las instituciones europeas, preceptivos dictámenes de la JERS y la ABE, informe de la Comisión y pronunciamiento del Consejo, que en caso de ser negativo respecto de la pretensión del Estado miembro ha de adoptar la forma de actos de ejecución.

La autoridad macroprudencial nacional tendrá que notificar al Parlamento Europeo, al Consejo, a la Comisión, a la JERS y a la ABE, y presentar las pruebas cuantitativas y cualitativas pertinentes acerca de:

- los cambios observados en la intensidad del riesgo macroprudencial o sistémico;
- los motivos por los cuales dichos cambios podrían suponer una amenaza para la estabilidad financiera a nivel nacional;

⁹¹Sobre el papel del banco central en la supervisión macroprudencial, véase D. GLUCH, L. ŠKOVRAŇOVÁ and M. STENSTRÖM, “Central bank involvement in macro-prudential oversight”, *ECB. Legal Working Paper Series*, nº 14, January 2013.

- una explicación de la razón por la cual las medidas previstas en la Directiva y el Reglamento no permiten hacer frente adecuadamente al riesgo macroprudencial o sistémico observado, teniendo en cuenta la eficacia relativa de dichas medidas;
- los proyectos de medidas nacionales aplicables a las entidades autorizadas en el propio Estado miembro, o a un subconjunto de esas entidades, destinadas a mitigar los cambios observados en la intensidad del riesgo, relativas a:
 - el nivel de los fondos propios,
 - los requisitos aplicables a los grandes riesgos,
 - los requisitos para la divulgación pública,
 - el nivel del colchón de conservación de capital,
 - los requisitos en materia de liquidez,
 - las ponderaciones de riesgo para hacer frente a burbujas de activos en el sector inmobiliario residencial y comercial, o
 - las exposiciones dentro del sector financiero;
- una explicación de la razón por la cual la autoridad macroprudencial considera que los proyectos de medidas son adecuados, eficaces y proporcionados para hacer frente a la situación, y
- una evaluación del probable impacto positivo o negativo de los proyectos de medidas en el mercado interior sobre la base de la información de que disponga el Estado miembro de que se trate.

A la vista de los dictámenes de la JERS y la ABE, la Comisión podrá proponer al Consejo rechazar las medidas propuestas en caso de que haya pruebas sólidas, firmes y detalladas de que las medidas tendrán un impacto negativo en el mercado interior que superará los beneficios de la estabilidad financiera que se deriven de una reducción de los riesgos macroprudenciales o sistémicos observados.

A falta de un acto de ejecución del Consejo por el que se rechace las medidas nacionales propuestas adoptado en un plazo de un mes a partir de la recepción de la propuesta por la Comisión, el Estado miembro podrá adoptar las medidas y aplicarlas por un período máximo de dos años o hasta que el riesgo macroprudencial o sistémico deje de existir si ello ocurriera antes.

En España, la preocupación por los riesgos macroprudenciales se recogió de manera expresa en la Disposición adicional decimoctava de la Ley 10/2014 LOSS, referida al refuerzo del marco institucional de estabilidad financiera, instando al Gobierno a informar a las Cortes sobre las *medidas a adoptar para potenciar a nivel nacional la supervisión de la estabilidad financiera, el análisis macroprudencial, la coordinación e intercambio de información en la prevención de crisis financiera, y en general la cooperación entre las autoridades con competencias en la preservación de la estabilidad financiera.*

No obstante, en tanto la legislación española no prevea la creación de una autoridad macroprudencial específica, el Banco de España será la autoridad competente⁹² para la aplicación del artículo 458 del Reglamento al que hemos hecho referencia anteriormente.

En este sentido, la JERS emitió una recomendación⁹³ instando a los Estados miembros a que especifiquen que el objetivo final de la política macroprudencial es contribuir a la protección de la estabilidad del sistema financiero en su conjunto, incluso mediante el refuerzo de la capacidad de resistencia del sistema financiero y la atenuación de los riesgos sistémicos, garantizando así una aportación sostenible del sector financiero al crecimiento económico; y a que designen en su legislación nacional una autoridad responsable de la aplicación de la política macroprudencial, ya sea como una institución separada o como un consejo compuesto por las autoridades cuyas acciones tienen un efecto sustancial sobre la estabilidad financiera; se establezcan mecanismos de cooperación entre todas las autoridades cuyas acciones tengan un efecto importante sobre la estabilidad financiera; garanticen que el banco central desempeñe un papel principal en la política macroprudencial, y que la política macroprudencial no menoscabe su independencia; y otorguen a la autoridad macroprudencial el mandato de colaborar e intercambiar información, también de carácter transfronterizo, en particular

⁹² Disposición transitoria primera 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 (BOE de 14).

⁹³ Recomendación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico de 22 de diciembre de 2011 sobre el mandato macroprudencial de las autoridades nacionales. (JERS/2011/3) 2012/C 41/01 (DO de 14.2.2012).

informando a la JERS de las medidas adoptadas para solucionar los riesgos sistémicos en el plano nacional.

Adicionalmente, conviene recordar que en 2006 se suscribió un acuerdo de cooperación firmado por el Ministerio de Economía y Hacienda, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones para la prevención y gestión de crisis financieras, que dio lugar a la creación del Comité de Estabilidad Financiera⁹⁴.

Sus miembros son el Secretario de Estado de Economía, que lo preside, el Subgobernador del Banco de España, el Vicepresidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Director General de Seguros y Fondos de Pensiones y el Director General del Tesoro y Política Financiera. La Secretaría del Comité corresponde a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera.

Se señalan como funciones del Comité de Estabilidad Financiera:

- El intercambio sistemático de información y de opiniones en los ámbitos de la estabilidad financiera, prevención y gestión de crisis con efectos potencialmente sistémicos.
- El refuerzo de los instrumentos para preservar la estabilidad financiera, prevenir crisis y gestionarlas eficazmente, incluyendo el desarrollo de planes de contingencia y la realización de pruebas de resistencia y ejercicios de simulación.
- La mejora de la colaboración en el ámbito de la estabilidad financiera y la prevención y gestión de crisis con efectos potencialmente sistémicos con otras autoridades de la Unión Europea⁹⁵.

⁹⁴ Véase D. VEGARA, “Funciones y objetivos del Comité de Estabilidad Financiera (CESFI)”, *Estabilidad Financiera*, nº 11, noviembre 2006.

⁹⁵ http://www.bde.es/bde/es/areas/estabilidad/La_inestabilidad/

4. Los instrumentos de política macroprudencial

4.1. La Recomendación 2013/1 de la JERS

En abril de 2013 la JERS emitió una Recomendación⁹⁶ dirigida a las autoridades macroprudenciales para que definan y persigan objetivos intermedios de política macroprudencial para el conjunto de su respectivo sistema financiero nacional. Estos objetivos intermedios deben operar como especificaciones operativas del objetivo final de la política macroprudencial, que es el de contribuir a la protección del sistema financiero en su conjunto, incluso mediante el refuerzo de la capacidad de resistencia del sistema financiero y la atenuación de los riesgos sistémicos, garantizando así una aportación sostenible del sector financiero al crecimiento económico.

Sin perjuicio de que las autoridades macroprudenciales nacionales evalúen la necesidad de establecer otros objetivos intermedios en función de los fallos de mercado subyacentes y las características estructurales específicas del país o el sistema financiero de la Unión que puedan dar lugar a un riesgo sistémico, la JERS recomienda como objetivos intermedios de política macroprudencial:

- atenuar y evitar el excesivo crecimiento del crédito y apalancamiento;
- atenuar y evitar excesivos desajustes de vencimientos e iliquidez del mercado;
- limitar las concentraciones de riesgo directas e indirectas;
- limitar el efecto sistémico de los incentivos inadecuados para reducir el riesgo moral; y
- reforzar la capacidad de resistencia de las infraestructuras financieras.

⁹⁶ Recomendación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico, de 4 de abril de 2013, sobre objetivos intermedios e instrumentos de política macroprudencial (JERS/2013/1) (2013/C 170/01) (DO de 15.6.2013)

ESRB.	Objetivos intermedios e instrumentos macroprudenciales indicativos
<hr/>	
1. Atenuar y evitar el excesivo crecimiento del crédito y apalancamiento	
— reservas de capital anticíclicas	
— requisitos de capital sectoriales (también en el seno del sistema financiero)	
— ratio de apalancamiento macroprudencial	
— requisitos de ratio de préstamo sobre el valor de la garantía	
— requisitos de préstamo sobre la renta y de (servicio de) la deuda sobre la renta	
<hr/>	
2. Atenuar y evitar excesivos desajustes de vencimientos e iliquidez del mercado	
— Ajuste macroprudencial de la ratio de liquidez (por ejemplo, ratio de cobertura de liquidez)	
— Restricciones macroprudenciales sobre las fuentes de financiación (por ejemplo, ratio de financiación estable neta)	
— Límites macroprudenciales no ponderados a la financiación menos estable (por ejemplo, ratio de préstamos sobre depósitos)	
— Requisitos de depósito inicial de garantía y de recorte de valoración de los activos de garantía	
<hr/>	
3. Limitar la concentración de riesgo directa e indirecta	
— Restricciones a las grandes exposiciones	
— Requisito de compensación a través de una contraparte central	
<hr/>	
4. Limitar el efecto sistémico de los incentivos inadecuados para reducir el riesgo moral	
— Recargos de capital para las entidades financieras de importancia sistémica	
<hr/>	
5. Reforzar la capacidad de resistencia de las infraestructuras financieras	
— Requisitos de depósito inicial de garantía y de recorte de valoración de los activos de garantía en la compensación a través de una contraparte central	
— Mayor comunicación de información	
— Reserva frente al riesgo sistémico estructural	
<hr/>	

Y propone una lista indicativa de instrumentos macroprudenciales para cada uno de los objetivos señalados, sin perjuicio igualmente de que si los instrumentos disponibles no fuesen suficientes, los Estados miembros consideren, en colaboración con las autoridades macroprudenciales, otros instrumentos macroprudenciales adicionales que deban quedar *bajo control directo o sujetos a facultades de recomendación de estas últimas*.

En el siguiente apartado haremos referencia a tres de estos instrumentos: las provisiones contracíclicas, los mayores requerimientos exigidos a las entidades sistémicas y los colchones de capital⁹⁷.

4.2. Las provisiones dinámicas

Las provisiones dinámicas o contracíclicas fueron establecidas por el Banco de España ya en el año 2000 y en su formulación actual se encuentran recogidas en el Anejo IX de la Circular 4/2004⁹⁸. A diferencia de las provisiones específicas que las entidades de crédito deben constituir para cubrir las pérdidas incurridas en concretas operaciones que incorporan riesgo de crédito (préstamos, avales,...), las provisiones contracíclicas son de carácter genérico, no están asignadas a operaciones concretas, y tienen como finalidad cubrir aquellas pérdidas en las que se van incurriendo en la fase alcista del ciclo económico (debido fundamentalmente a la relajación en los criterios de selección del riesgo), pero que se manifiestan cuando se produce un cambio de tendencia y se entra en una fase recesiva. Su cálculo se realiza en base a unos coeficiente que atienden al tipo de operación, la naturaleza de la contraparte y las garantías aportadas, establecidos teniendo en cuenta la experiencia histórica de pérdidas, y su volumen se modula de forma que contrapesan las provisiones específicas (es decir, en época de bonanza las provisiones específicas -que cubren las pérdidas incurridas-, serán previsiblemente reducidas y habrá de constituir provisiones genéricas contracíclicas, para que, cuando cambie el ciclo y las pérdidas aumenten, se pueda disponer de ellas).

4.3. Las entidades de importancia sistémica

En el marco del proceso de reforma de los estándares internacionales en materia de solvencia de las entidades de crédito que dieron lugar a Basilea III, el Comité de Basilea abordó el problema que planteaban las instituciones financieras globales de importancia sistémica (*global systemically important financial institutions*, G-SIFIs) y acordó el

⁹⁷ Sobre estos instrumentos se encuentra una explicación y detallada bibliografía en J. SAURINA, “Riesgos sistémicos y supervisión macroprudencial”, *Papeles de Economía Española* nº 130, 2011.

⁹⁸ BANCO DE ESPAÑA, Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a Entidades de Crédito, sobre Normas de información financiera pública y reservada, y modelo de estados financieros. (BOE de 30).

establecimiento de medidas prudenciales adicionales, elevando los requerimiento de capital exigibles a los bancos globales de importancia sistémica (*global systemically important banks*, G-SIB)⁹⁹.

La adopción de medidas adicionales para los G-SIB se justifica, a juicio del Comité de Basilea, en la evidencia de que crean externalidades negativas transfronterizas, a las que las políticas reguladoras hasta entonces establecidas no respondían plenamente:

Son bien conocidas las externalidades negativas asociadas a instituciones cuya quiebra no se permitiría debido a su tamaño, interconexión, complejidad, insustituibilidad o alcance global. Al buscar maximizar sus beneficios privados, las instituciones financieras individuales pueden racionalmente tomar decisiones que, por no tener en cuenta dichas externalidades, son sub-óptimas para el conjunto del sistema. Además, los costes en forma de riesgo moral asociados a las garantías implícitas en el esperado apoyo del Gobierno pueden amplificar la asunción de riesgo, reducir la disciplina del mercado, crear distorsiones en la competencia y aumentar aún más la probabilidad de episodios de tensión en el futuro. Como resultado, los costes relativos al riesgo moral se suman a los costes directos de apoyo que puedan tener que sufragar los contribuyentes. Además, habida cuenta de que un problema en cualquier G-SIB podría tener repercusiones transfronterizas en instituciones financieras de muchos países y en la economía mundial en general, ese problema deja de ser exclusivo de las autoridades nacionales y requiere, en consecuencia, un acuerdo de mínimos a nivel mundial.

El Comité de Basilea desarrolló la metodología para evaluar la importancia sistémica mundial y establecer mayores requerimientos de absorción de pérdidas para los G-SIB , así como los acuerdos necesarios para su aplicación progresiva.¹⁰⁰

⁹⁹ Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. Bancos de importancia sistémica mundial: metodología de evaluación actualizada y mayor requerimiento de absorción de pérdidas. Julio de 2013.

http://www.bis.org/publ/bcbs255_es.pdf

¹⁰⁰ El origen de estas medidas se encuentra en el documento del FSB aprobado por los líderes del G-20 en noviembre de 2010:

De manera resumida, la metodología se fundamenta en una medición basada en indicadores. Los indicadores seleccionados reflejan los diferentes aspectos de los factores que generan externalidades negativas y hacen que un banco sea importante para la estabilidad del sistema financiero, entendiendo que la importancia sistémica mundial es función del impacto que la quiebra de un banco pueda tener en el sistema financiero global y en el conjunto de la economía¹⁰¹.

Los indicadores seleccionados reflejan:

- el tamaño de los bancos;
- su interconexión;
- la falta de sustitutos o de infraestructura financiera fácilmente disponibles para los servicios que prestan;
- el alcance global de su actividad (interjurisdiccional); y
- su complejidad.

Cada uno de estas categorías están representadas por unos indicadores, susceptibles de tomar valores numéricos (básicamente, el porcentaje que representa el valor del indicador del banco respecto de la totalidad de los bancos incluidos en el análisis¹⁰²) y a cada uno de los indicadores se le asigna una ponderación.

Los bancos cuya puntuación obtenida por el método de medición basado en indicadores supere un nivel de corte establecido por el Comité serán clasificados como G-SIB, si bien se otorga un cierto margen de discrecionalidad a las autoridades supervisoras nacionales para incluir a otras entidades en base a una serie de criterios que el propio Comité ha establecido.

FSB. Reducing the moral hazard posed by systemically important financial institutions – FSB Recommendations and Time Lines. 20 October 2010.

http://www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/r_101111a.pdf?page_moved=1

¹⁰¹ Es decir, lo que se toma en consideración es la pérdida global para el sistema en caso de quiebra (*loss given default*, LGD) y no el riesgo de que tal quiebra se produzca, (*probability of default*, PD).

¹⁰² Inicialmente los 75 mayores bancos por volumen de activos.

Los G-SIB se clasifican en cuatro tramos de igual tamaño según su puntuación de importancia sistémica, aplicándose a cada tramo niveles diferentes de mayores requerimientos de absorción de pérdidas, en términos de mayores requerimientos de capital ordinario de nivel 1 (CET 1), de entre el 1% y el 2,5% (en escalones de 0,5%)¹⁰³ de los activos ponderados por riesgo¹⁰⁴.

4.4. Los colchones de capital

La exigencia de mantenimiento de colchones de capital por encima de los requerimientos mínimos exigibles parte de la idea de que, salvo en periodos de tensión, los bancos deben mantener niveles de capital sensiblemente por encima del mínimo regulador. El componente contracíclico de los colchones de capital obedece a la misma lógica que las provisiones dinámicas: acumular reservas en épocas de bonanza, susceptibles de ser utilizadas en periodos de dificultad, sin poner en peligro la viabilidad de las entidades y la estabilidad del sector.

Cuando, debido a las circunstancias generales del mercado o particulares de la entidad, se hayan utilizado los colchones, una de las formas de recomponerlos que deben emplear los bancos es reducir las distribuciones discrecionales de beneficios, como el reparto de dividendos, la remuneración de los instrumentos híbridos, la recompra de acciones y el pago de bonificaciones a empleados¹⁰⁵.

¹⁰³ Se prevé la posibilidad de un quinto tramo, por el momento vacío, que supondría un requerimiento del 3.5%.

¹⁰⁴ La lista actualizada de los 30 G-SIBs se puede consultar en la página web del FSB:

<http://www.financialstabilityboard.org/2015/11/2015-update-of-list-of-global-systemically-important-banks-g-sibs/>

¹⁰⁵ Para el Comité de Basilea, *no es aceptable que los bancos que hayan consumido su capital de reserva apelen a provisiones futuras de recuperación como excusa para mantener generosas distribuciones a accionistas, otros proveedores de capital y empleados. Son estas partes implicadas, y no los depositantes, quienes deben asumir el riesgo de que la recuperación no se produzca pronto. ... Tampoco es aceptable que bancos con colchones de capital mermados intenten recurrir al reparto de capital para aparentar fortaleza financiera. Tal proceder no solo sería irresponsable desde el punto de vista de un banco individual, al primar los intereses de los accionistas sobre los depositantes, sino que podría también inducir a su imitación por otras entidades, con lo que la banca en su conjunto puede terminar incrementando el reparto de beneficios en el preciso momento en que debería conservarlos. ... El marco [Basilea III] limita la discrecionalidad de los bancos que han consumido sus colchones de capital para seguir mermándolos con pródigos repartos de beneficios, ayudando de este modo a reforzar su*

La legislación española, trasponiendo las previsiones contenidas en la CRD IV, contempla cuatro colchones:

- *Colchón de conservación del capital.*

Cuyo objetivo es garantizar que los bancos acumulen capital de reserva fuera de periodos de tensión que puedan utilizar en caso de incurrir en pérdidas. Está fijado legalmente en el 2,5 por ciento del importe total de la exposición al riesgo de la entidad.

- *Colchón de capital anticíclico específico.*

El objetivo del colchón anticíclico es garantizar que los requerimientos de capital del sector bancario tengan en cuenta el entorno macrofinanciero en que operan los bancos. Cuando se estime que el crecimiento excesivo del crédito agregado comporta un aumento del riesgo sistémico, las autoridades supervisoras nacionales exigirán su dotación a fin de garantizar que el sistema bancario tenga un colchón de capital que le proteja frente a eventuales pérdidas futuras y, en el caso de los bancos con actividad internacional, el colchón será una media ponderada de los colchones exigidos en todas las jurisdicciones en que tengan exposiciones al riesgo de crédito.

El Banco de España es el encargado de fijar los porcentajes de los colchones anticíclicos por exposiciones ubicadas en España y su periodicidad, así como del reconocimiento de porcentajes de colchones anticíclicos fijados por las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea y de terceros países.

capacidad de resistir en entornos adversos. La aplicación del marco de conservación de capital mediante normas internacionalmente acordadas aumentará la resistencia del sector al entrar en una coyuntura recesiva y facilitará el mecanismo para recomponer el capital en las fases iniciales de la recuperación económica. Retener un mayor porcentaje de los beneficios durante una recesión permitirá garantizar la disponibilidad de capital para sustentar la actividad comercial ordinaria de los bancos durante el periodo de tensión. Con ello, el marco contribuiría a reducir la prociclicidad.

Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. Basilea III: Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios. Diciembre de 2010 (rev. junio de 2011).

- *Colchón de capital para entidades de importancia sistémica.*

Al que ya hicimos referencia al hablar de los G-SIB. Su concreción en el derecho positivo se ha llevado a cabo por la LOSS, que asigna al Banco de España la tarea de identificar las entidades de crédito autorizadas en España que son entidades de importancia sistémica mundial (EISM) y a las demás entidades de importancia sistémica (OEIS).

Para la identificación de las primeras se tomará en consideración:

- el tamaño del grupo;
- la interconexión del grupo con el sistema financiero;
- la posibilidad de sustitución de los servicios o de la infraestructura financiera que presta el grupo;
- la complejidad del grupo; y
- la actividad transfronteriza del grupo, incluyendo la actividad transfronteriza entre Estados miembros de la Unión Europea y entre un Estado miembro y un tercer país.

En cuanto al método de identificación de las OEIS los criterios utilizados incluyen:

- el tamaño;
- la importancia para la economía española o de la Unión Europea;
- la importancia de las actividades transfronterizas; y
- la interconexión de la entidad o grupo con el sistema financiero.

- *Colchón contra riesgos sistémicos.*

Adicionalmente, y sin que ello suponga duplicidad con el colchón anterior, el Banco de España podrá exigir la constitución de un colchón contra riesgos sistémicos con el fin de prevenir o evitar los riesgos sistémicos o macroprudenciales acíclicos a largo plazo que no estén cubiertos por el Reglamento CRR, entendidos como aquellos que podrían producir una perturbación en el sistema financiero con consecuencias negativas graves en dicho sistema y en la economía real.

CAPÍTULO SEXTO
LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

Las entidades deben mantener en todo momento el capital de nivel 1 ordinario (CET1), adicional a los requerimientos mínimos de capital, necesario para cumplir con la obligación de disponer del conjunto de colchones que les resulte exigido (requisito combinado de colchones de capital).

En caso de incumplimiento de los requisitos de mantener los colchones de capital, se desencadenan dos efectos: por una parte, las entidades tienen restringida la capacidad para realizar distribuciones, en los términos que expondremos a continuación, y por otra, deberán presentar un plan de conservación del capital, sin perjuicio de que, en determinados supuestos, podrían incurrir en una infracción sancionable.

Las entidades de crédito que no cumplan el requisito combinado de colchones de capital o que realicen una distribución de capital de nivel 1 ordinario que implique su disminución hasta un nivel en el que ya no se respete el requisito combinado, tienen limitada su capacidad para realizar distribuciones (importe máximo distribuible) conforme a una escala de intensidad creciente (cuanto mayor sea el déficit, mayor es la limitación y menor el importe distribuible). A estos efectos, se consideran distribuciones:

- Realizar cualquier operación con instrumentos de capital de nivel 1 ordinario que suponga:
 - el pago de dividendos en efectivo;
 - la distribución de acciones u otros instrumentos de capital total o parcialmente liberados;
 - el rescate o la compra por una entidad de acciones propias u otros instrumentos de capital;
 - el reembolso de importes pagados en relación con los instrumentos de capital.
 - la distribución de reservas; y
 - cualesquiera otros que el Banco de España pudiera determinar o considerar que tienen un efecto similar a los mencionados en las letras anteriores.
- Realizar pagos vinculados a instrumentos de capital de nivel 1 adicional.

- Asumir una obligación de pagar una remuneración variable o beneficios discretos de pensión, o pagar una remuneración variable si la obligación de pago se asumió en un momento en que la entidad no cumplía el requisito combinado de colchón.

Adicionalmente, en caso de incumplimiento del requisito combinado de colchones de capital, la entidad viene obligada a elaborar un plan de conservación del capital y presentarlo al Banco de España en el que se incluyan:

- estimaciones de ingresos y gastos y una previsión de balance;
- medidas encaminadas a incrementar los ratios de capital de la entidad;
- un plan y un calendario de aumento de los recursos propios con el objetivo de cumplir plenamente los requisitos combinados de colchón; y
- cualesquiera otros datos que el Banco de España juzgue necesarios para llevar a cabo la evaluación del plan.

El Banco de España evaluará el plan de conservación del capital y lo aprobará si considera que, de ejecutarse, resulta razonablemente previsible la conservación u obtención de capital suficiente para que la entidad pueda cumplir el requisito combinado de colchones de capital en el plazo que el Banco de España juzgue adecuado. En caso de que no apruebe el plan de conservación del capital presentado, el Banco de España podrá:

- exigir a la entidad que aumente sus recursos propios en el plazo que determine;
- emplear las facultades de las que dispone para imponer mayores restricciones sobre las distribuciones.

En el marco del Mecanismo Único de Supervisión, conforme a la distribución de competencias entre el BCE y las autoridades supervisoras nacionales, se prevé que, antes de tomar una decisión en relación con las exigencias de colchones de capital, estas últimas notificarán su intención al BCE, que podrá oponerse exponiendo sus razones. La autoridad de que se trate deberá considerar debidamente las razones del BCE antes de proceder con la decisión según resulte oportuno.

CAPÍTULO SEXTO
LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

Además, el BCE podrá imponer requisitos más elevados que los aplicados por las autoridades nacionales competentes de los Estados miembros participantes en lo que respecta a los colchones de capital que han de mantener las entidades de crédito y aplicar medidas más rigurosas para subsanar riesgos sistémicos o macroprudenciales a nivel de las entidades de crédito en los casos expresamente previstos en la legislación pertinente de la Unión.

CAPÍTULO SÉPTIMO.

MECANISMOS ESPECÍFICOS DE PREVENCIÓN

I. MARCO REGULATORIO E INSTITUCIONAL

1. Especificidad de los mecanismos preventivos

En los capítulos precedentes, hemos ido analizando el conjunto de instrumentos y medidas contenidas en el ordenamiento bancario que, sin tener como finalidad específica la prevención de crisis, contribuyen al fortalecimiento de las entidades y a la sanidad del sistema crediticio, por la vía de limitar el acceso a la actividad a tan solo las empresas solventes que dispongan de recursos suficientes, sean transparentes y cuenten con accionistas y administradores considerados idóneos, exigir el mantenimiento de sistemas de gobernanza adecuados y poner en funcionamiento toda una batería de medidas defensivas para hacer frente a los riesgos que afrontan las entidades en el ejercicio de su actividad ordinaria, medidas que se concretan en mecanismos de control interno: gestión de los riesgos, cumplimiento normativo y auditoría interna, y de control externo a la propia entidad: la auditoría legal de cuentas, las obligaciones de transparencia al mercado y la información financiera pública y reservada.

La supervisión prudencial ocupa un lugar destacado en este esquema, con el objetivo de velar por el cumplimiento normativo y vigilar la situación financiera, la gestión y la solvencia de las entidades de crédito.

La finalidad de este conjunto de exigencias legales es asegurar el correcto funcionamiento de las entidades en el curso ordinario de sus negocios, y su condición preventiva se deriva del hecho de que, aunque no se puede evitar la inviabilidad de una empresa bancaria -que como todas está sometida a los riesgos propios de la actividad mercantil-, se reducen las probabilidades que llegar a una situación de insolvencia, por la vía de excluir de esas probabilidades a las debidas, *sensu contrario*, a la ausencia de controles interno, accionistas insolventes, gestores inapropiados, ocultamiento, etc., dejándolas limitadas, hasta donde sea posible, a las motivadas por el ejercicio de una actividad que comporta riesgo empresarial y que, por tanto, no tiene garantizado el éxito (a diferencia del paradigma regulatorio anterior, en el que la viabilidad de los bancos estaba prácticamente asegurada).

Las medidas preventivas que analizaremos en este capítulo, sin embargo, tienen una finalidad distinta. Aunque comparten con los mecanismos genéricos que hemos visto el hecho de que reducen las probabilidades de insolvencia, por la vía de añadir más controles a la actividad, están específicamente orientadas a evitar que se llegue a situaciones, reales o potenciales, de crisis. Una gestión sana y prudente y una supervisión efectiva reducen sustancialmente las probabilidades de que una entidad entre en crisis, pero no pueden evitar que la entidad resulte inviable. Las medidas preventivas tratan de atajar el que se pueda llegar a esa situación por una doble vía: la planificación y la intervención administrativa en las fases iniciales de las dificultades.

A estos aspectos, tal como están recogidos en la regulación actual, dedicaremos los próximos apartados, pero interesa destacar previamente dos circunstancias que concurren en las medidas preventivas. La primera es que los mecanismos específicos de prevención de crisis, como una categoría de medidas expresamente prevista por el ordenamiento con esta finalidad, han sido objeto de desarrollo legislativo en fechas muy recientes, como consecuencia de las reformas emprendidas tras la crisis financiera iniciada en 2007 y bajo el impulso de los organismos internacionales, con el FSB en

cabeza (a ello dedicaremos un apartado en el capítulo siguiente). La segunda es que, precisamente por lo novedoso de las medidas y la ausencia de experiencia histórica en su aplicación práctica, las funciones y competencias atribuidas a los organismos encargados de la supervisión y a las nuevas instituciones encargadas de la resolución, idealmente situadas en un marco de cooperación, se entrecruzan y en ocasiones se confunden.

En el presente capítulo haremos referencia a estas nuevas instituciones creadas con la finalidad específica de gestionar, conjuntamente con los supervisores, la prevención de crisis y a los instrumentos puestos a su disposición por el ordenamiento con fines de prevención.

2. Antecedentes

Con anterioridad a la última crisis, las medidas específicamente preventivas contenidas en el ordenamiento eran ciertamente escasas; nos referiremos a cuatro de ellas en este apartado.

2.1. El artículo 136 de la Directiva 2006/48 CRD

La Directiva 2006/48 de requerimientos de capital¹ (*Capital Requirement Directive*, CRD) incorporó una serie de medidas disponibles por el supervisor para afrontar situaciones de debilidad de las entidades.

Las medidas que, con carácter discrecional, podía exigir el supervisor *a toda entidad de crédito que no cumpla los requisitos* de la Directiva con el fin de corregir la situación consistían en:

- obligar a la entidad a mantener fondos propios superiores al nivel mínimo;
- exigir que se refuercen los sistemas, procedimientos, mecanismos y estrategias de control interno y gestión de riesgos;
- exigir a la entidad que aplique una política específica de dotación de provisiones o un tratamiento de activos en cuanto a exigencias de fondos propios;

¹ Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (refundición) (DO de 30.6.2006).

- restringir o limitar los negocios, las operaciones o la red; y
- exigir la reducción del riesgo inherente a las actividades, productos y sistemas de la entidad.

Desaparecía ese carácter discrecional para transformarse en una obligación del supervisor de imponer una exigencia de fondos propios específica, superior al nivel mínimo, al menos a las entidades de crédito que no cumpliesen los requisitos establecidos en relación con los procedimientos internos de control y gestión de riesgos, la identificación y registro de los grandes riesgos o el capital interno, o aquellas sobre las que se hubiese llegado a una determinación negativa acerca de si los sistemas, estrategias, procedimientos y mecanismos empleados y los fondos propios mantenidos por la entidad garantizaban una gestión y cobertura sólidas de sus riesgos, cuando resultase improbable que la mera aplicación de otras medidas mejorase los sistemas, procedimientos, mecanismos y estrategias en un plazo adecuado.

Interesa destacar que el supuesto de hecho que habilitaba al supervisor para la adopción de tales medidas era, exclusivamente, el incumplimiento por la entidad de los requisitos contenidos en la Directiva, bien es verdad que dentro de un amplísimo margen de apreciación (como corresponde al ámbito de la discrecionalidad supervisora del Pilar 2), pero sin que, a diferencia de las actuaciones incorporadas tras la reforma en la CRD IV, cupiese la posibilidad de que el supervisor actuase ante la mera probabilidad de incumplimiento.

La trasposición a la legislación española del contenido del artículo 136 de la CRD se llevó a cabo mediante la Ley 36/2007², por la que se modificó la Ley 13/1985, de recursos propios de los intermediarios financieros.

El carácter preventivo de las medidas tiene que ver con el hecho de que resultan de aplicación ante incumplimientos moderados de los requerimientos, como se desprende del régimen sancionador y, en todo caso, a situaciones que el supervisor

² Ley 36/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y otras normas del sistema financiero (BOE de 17).

entiende reversibles por la mera aplicación de las medidas propuestas. Confirman esta apreciación el hecho de que la Ley de Disciplina³ calificaba como grave la infracción consistente incurrir en insuficiente cobertura de los requerimientos de recursos propios mínimos solo si la entidad permanecía en tal situación por un periodo de, al menos, seis meses (salvo que se tratase de una infracción muy grave atendiendo a la cuantía del déficit) y como infracción muy grave el presentar deficiencias en la estructura organizativa, los mecanismos de control interno, los procedimientos administrativos y contables, y la gestión y control de los riesgos, pero tan solo cuando tales deficiencias pusiesen en peligro la solvencia o viabilidad de la entidad.

2.2. Las recomendaciones y requerimientos del Banco de España

El artículo 23.1.f de la Ley de Autonomía⁴ del Banco de España detalla las competencias atribuidas a su Comisión Ejecutiva, entre ellas la de:

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 Banco de España.

Y tal como el propio Banco de España explica en su Memoria de la Supervisión Bancaria en España de 2006⁵, *los requerimientos y recomendaciones que el Banco de España considera oportuno trasladar a las entidades supervisadas son medidas tendentes a subsanar tanto deficiencias observadas o incumplimientos de normas prudenciales como defectos de control interno y gestión, con el objetivo último mejorar el perfil de riesgo de las entidades de crédito y contribuir de este modo a la estabilidad del sistema financiero español.*

³ Ley 26/1988, de 29 de julio. Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (BOE de 30).

⁴ Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España (BOE de 2).

⁵ BANCO DE ESPAÑA. Memoria de la Supervisión Bancaria en España 2006. Pág. 73.

<http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaSupervisionBancaria/06/ms2006.pdf>

Requerimientos y recomendaciones constituyen, por tanto, instrumentos de los que dispone el supervisor, de inequívoco carácter preventivo, para afrontar situaciones que le preocupan y constituyen deficiencias que, por su levedad, no precisan de la utilización de instrumentos más intrusivos en la actividad de las entidades, de forma que, tal como se recoge en la citada Memoria, el ejercicio de la potestad sancionadora, *en su condición de corrección administrativa más relevante, queda reservada para la represión de las conductas que supongan una mayor vulneración del ordenamiento sectorial.*

2.3. Las medidas preventivas y de saneamiento del Fondo de Garantía de Depósitos

Tal como se recoge en la exposición de motivos del Real Decreto 2606/1996⁶, junto al reembolso de los depósitos, la *segunda finalidad clásica de nuestros fondos ha sido garantizar la estabilidad del sistema financiero, evitando que la crisis de una entidad de crédito repercuta en el resto de entidades operantes en el mercado.*

Para ello, se previó que, de manera excepcional, cuando la situación de una entidad de crédito, según la información facilitada por el Banco de España, fuese tal que hiciese previsible que el Fondo quedase obligado al pago de los depósitos, el Fondo podría adoptar medidas preventivas y de saneamiento tendentes a facilitar la viabilidad de la entidad en el marco de un Plan de actuación acordado por la entidad y aprobado por el Banco de España.

El Real Decreto estableció un sistema en el que era la propia entidad, con la aprobación de sus órganos de gobierno, quien diseñaba el Plan y solicitaba las ayudas precisas al Fondo y éste, previa aprobación del Plan por el Banco de España, podía adoptarlo tomando en consideración el coste de las medidas propuestas, encaminadas a procurar la viabilidad de la entidad en un plazo razonable, en comparación con los desembolsos que habría tenido que realizar en caso de tener que hacer frente el pago de los depósitos garantizados.

Las posibilidades de actuación del Fondo eran sumamente amplias:

⁶ Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito (BOE de 21).

- Ayudas financieras, incluso a fondo perdido, concesión de garantías, préstamos en condiciones favorables, financiaciones subordinadas, adquisición por el fondo de activos dañados o no rentables que figuren en el balance de la entidad y cualesquiera otros apoyos financieros.
- Reestructuración del capital de la entidad, que podría conllevar, entre otras medidas, la adecuada aplicación de los recursos propios de la entidad para absorber sus pérdidas; facilitar procesos de fusión o absorción con otras entidades de reconocida solvencia o el traspaso de su negocio a otra entidad de crédito; y la suscripción por el Fondo de ampliaciones de capital, para restablecer su situación patrimonial en el supuesto de que las mismas no fuesen cubiertas por los accionistas de la entidad.
- Medidas de gestión que mejoren la organización y los sistemas de procedimiento y control interno de la entidad.

Las acciones adquiridas serían ofrecidas a la venta en el plazo de un año, mediante un procedimiento en el que pudiesen concurrir entidades solventes que asegurasen el definitivo restablecimiento de la solvencia y normal funcionamiento de la entidad auxiliada y, para facilitar su venta, el fondo podría asumir pérdidas, prestar garantías y adquirir activos, así como responsabilizarse del balance económico de los expedientes o procedimientos de diverso orden que estuviesen en curso o pudiesen incoarse posteriormente.

Como veremos más adelante, estas posibilidades de actuación del Fondo de carácter preventivo anteriores al inicio de un procedimiento de resolución han sido restauradas por la Ley 11/2015, tras un breve paréntesis⁷.

2.4. Las medidas de intervención y sustitución de la Ley de Disciplina

Uno de los escasos ejemplos en los que el ordenamiento atribuía al supervisor la potestad para intervenir en las entidades de crédito, sin necesidad de mediar

⁷ El derogado Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE de 31) suprimió la posibilidad de adopción por el Fondo de medidas preventivas y de saneamiento y limitó el alcance de las que podría adoptar, ya no a fondo perdido, en apoyo a la resolución.

incumplimiento por parte de éstas, en base exclusivamente a la existencia de un riesgo apreciado por el propio supervisor, se encontraba en las medidas de intervención y sustitución de administradores contempladas en la derogada Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que estuvo vigente nada menos que durante 25 años.

La Ley preveía que el Banco de España podría acordar la intervención de la entidad o la sustitución provisional de sus órganos de administración o dirección cuando se encontrase en una situación de excepcional gravedad que pusiese en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia, incluso en aquellos casos en que, existiendo indicios fundados de que concurría la referida situación de excepcional gravedad, la verdadera situación de la entidad de crédito no pudiese deducirse de su contabilidad.

Además de oficio por el Banco de España, las medidas podían acordarse a petición fundada de la propia entidad, acordada por sus administradores, por el correspondiente órgano de fiscalización interna e incluso por una minoría de socios, al menos, igual a la exigida por la legislación respectiva para instar la convocatoria de una Asamblea o Junta General Extraordinaria.

Los acuerdos de intervención o sustitución requerían la previa audiencia de la entidad afectada durante un plazo no inferior a cinco días, salvo petición de la propia entidad o cuando el retraso pudiese comprometer gravemente la efectividad de la medida o los intereses económicos afectados.

En el supuesto de intervención, los actos y acuerdos de cualquier órgano de la entidad adoptados a partir de la fecha de publicación del acuerdo de intervención en el BOE no serían válidos ni podían llevarse a efecto sin la aprobación expresa de los interventores designados, salvo el ejercicio de acciones o recursos llevados a cabo por la propia entidad en relación con la medida de intervención o con la actuación de los interventores.

Los interventores disponían así tan solo de una especie de derecho de veto: podían oponerse a las decisiones del órgano de gobierno, pero carecían de iniciativa para instar

otras distintas, salvo por el hecho de que estaban facultados para revocar poderes o delegaciones previamente conferidos y promover la inscripción de la revocación en los registros públicos.

Caso distinto es el de sustitución del órgano de administración. Los administradores provisionales designados por el Banco de España lo eran a todos los efectos y tenían, además, el carácter de interventores respecto de los actos o acuerdos de la Junta General o Asamblea de la entidad de crédito, pudiendo incluso suspender, por plazo no superior a un año, la formulación y aprobación de las cuentas anuales de la entidad si se apreciaba, razonadamente, la inexistencia de datos o documentos fiables y completos para ello.

La Ley preveía igualmente la posibilidad de nombramiento por el Ministro de Economía de interventores en el supuesto de que una entidad de crédito decidiese su disolución y liquidación voluntaria, en las condiciones fijadas por el Banco de España, si por el número de afectados o por la situación patrimonial de la entidad tal medida resultaba aconsejable; supuesto que, por razones obvias, no cabe incluir entre las actuaciones preventivas.

En apartados posteriores nos referiremos a los supuestos de intervención y sustitución tras la derogación de la Ley de Disciplina.

2.5. La persuasión moral y la actividad informal

Un quinto elemento disponible por el supervisor con finalidad preventiva vendría a estar constituido por ese conjunto de medidas que, aunque no integradas en la regulación, forman parte del modo de relacionarse habitualmente con las entidades supervisadas.

La persuasión moral (*moral suasion*) es uno de los instrumentos habitualmente utilizados por las autoridades monetarias para influir en las decisiones de las entidades sin necesidad de recurrir a requerimientos o regulaciones expresas, por el procedimiento de apelar a la responsabilidad de sus gestores, orientar o sugerir determinadas actuaciones o, en el peor de los casos, formular veladas amenazas.

En el campo de la supervisión prudencial ha sido, sin duda, ampliamente empleada por los supervisores en el pasado, y si bien se trata de una medida que es más propia del paradigma regulatorio intervencionista que de un régimen de libre concurrencia, cabe suponer que seguirá siendo utilizada y que la finalidad preventiva ocupa un lugar preferente en este tipo de actuaciones.

La actividad informal de las Administraciones públicas tampoco es algo exclusivo de la supervisión bancaria, y es igualmente utilizada con frecuencia por ésta.

A diferencia de las recomendaciones individualizadas producto de la actividad inspectora, normalmente formalizadas en escritos a las entidades afectadas, cabría encuadrar dentro de esta llamada actividad informal, entre otras medidas, las recomendaciones hechas públicas por los supervisores con carácter general, por ejemplo, en materia de reparto de dividendos. Así, en febrero de 2014 el Banco de España recomendó que, durante el ejercicio 2014, se limitara el reparto de dividendos y que, en todo caso, los dividendos en efectivo que se abonaran en ese ejercicio no excedieran del 25 % del beneficio consolidado atribuido y que las entidades moderasen los dividendos satisfechos mediante entrega de acciones⁸. El BCE hizo otro tanto respecto de los dividendos de 2015.

3. Marco regulatorio e institucional I

3.1. Esquema normativo

Antes de entrar a describir cómo el ordenamiento, tras las reformas introducidas a partir de 2013, aborda el problema de la planificación de medidas tendentes a la recuperación (*recovery*) de entidades en dificultades y a la resolución (*resolution*) de las que resulten inviables, conviene detenerse en recordar el conjunto de estándares y normas que regulan los mecanismos legales e institucionales específicamente orientados a la prevención y resolución de crisis bancarias.

⁸ Comunicación del Banco de España sobre la política de dividendos de las entidades de crédito en 2014. Nota de prensa, Madrid, 21 de febrero de 2014.

http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/14/Arc/Fic/presbe2014_8.pdf

El estándar internacional en materia de resolución fue elaborado por el *Financial Stability Board* (FSB), a instancias del G-20⁹, y publicado en 2011 con el nombre de *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* (conocido como *Key Attributes*)¹⁰, tras su adopción formal en la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de noviembre de 2011 en Cannes¹¹.

Tras un largo y complicado proceso de negociación entre las instituciones comunitarias y entre éstas y los Estados miembros, los *Key Attributes* fueron adoptados por la Unión e incorporados al ordenamiento jurídico europeo mediante la Directiva 2014/59¹², conocida como BRRD (por *Banking Recovery and Resolution Directive*).

La Directiva establece el conjunto de normas que ordenan la totalidad del proceso: se requiere a los bancos que elaboren sus planes de recuperación con las medidas que les permitirían superar situaciones de dificultad; se encomienda a las autoridades la elaboración de los planes de resolución de cada entidad y que efectúen la valoración de su resolubilidad, y se les otorga la capacidad para exigir medidas correctoras si tal valoración no resultase convincente; se establece el supuesto de hecho que da lugar a la resolución administrativa de las entidades inviables y se atribuyen a la autoridad de resolución amplísimas potestades para ordenar el procedimiento. La Directiva pone a disposición de la autoridad de resolución el conjunto de herramientas necesarias para reestructurar y recapitalizar la entidad, incluyendo la posibilidad de asignar las pérdidas a accionistas y acreedores, sin necesidad de llegar a la liquidación concursal. Y todo ello

⁹ G20. The Seoul Summit Document. November 12, 2010, párrafo 32.

<http://www.g20.utoronto.ca/2010/g20seoul-doc.pdf>

¹⁰ FINANCIAL STABILITY BOARD. Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions. October 2011.

http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf

¹¹ G20. Cannes Summit Final Declaration. November 4, 2011, párrafo 28.

<http://www.g20.utoronto.ca/2011/2011-cannes-declaration-111104-en.html>

¹² 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) n° 1093/2010 y (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO de 12.06.2014).

con el objetivo de que la entidad no llegue a una situación de insolvencia y, de no conseguirlo, resolver las entidades fallidas de forma que se preserven las funciones críticas, no representen un riesgo para la estabilidad del conjunto del sistema y se evite que los contribuyentes deban soportar los costes.

Previamente, la modificación y ampliación por el Comité Basilea del estándar internacional en materia de solvencia de las entidades de crédito dio lugar a Basilea III, que impulsó un reforzamiento de la supervisión prudencial, y se materializó en la Unión Europea en la transformación de la antigua Directiva de requerimientos de capital, la Directiva 2006/48 CRD, en un nuevo bloque normativo integrado por un Reglamento y una Directiva conocidos conjuntamente como CRR/CRDIV (*Capital Requirement Regulation / Directive*).

Junto al reforzamiento de la supervisión prudencial, la CRD IV introdujo una sustancial modificación en las potestades del supervisor para adoptar medidas preventivas, ampliando sus posibilidades de actuación ante la mera probabilidad de incumplimiento por parte de las entidades, frente a la situación anterior en que, como dijimos, la condición que habilitaba al supervisor a actuar era el previo incumplimiento por el supervisado de normas de obligado cumplimiento.

La CRD IV, así como determinados aspectos del Reglamento CRR que requieren de desarrollo por la legislación nacional, han sido traspuesta y desarrollados en el ordenamiento español mediante la Ley 10/2014 de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (LOSS)¹³, completada por el Real Decreto 84/2015¹⁴ y la Circular xx/2015¹⁵ del Banco de España.

¹³ Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. (BOE de 27).

¹⁴ 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 (BOE de 14).

¹⁵ Proyecto de Circular x/2015 del Banco de España que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) n° 575/2013.

Por su parte, la trasposición de la Directiva BRRD se ha llevado a cabo mediante la Ley 11/2015 de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión¹⁶ y el Real Decreto 1012/2015¹⁷ que la desarrolla.

En el plano institucional, la BRRD obliga a los Estados miembros a designar las correspondientes autoridades encargadas de la resolución de entidades de crédito. En España, la solución adoptada por la Ley 11/2015, ha sido atribuir al Banco de España la condición de autoridad de resolución preventiva y al Fondo de Resolución Ordenada Bancaria (FROB) la de autoridad de resolución ejecutiva, encargados de las respectivas fases de prevención y gestión de crisis.

En la Unión Bancaria, la puesta en marcha del Mecanismo Único de Resolución (MUR) (*Single Resolution Mechanism*, SRM) ha dado lugar a que la mayor parte de las competencias en materia de resolución vaya a ser transferida a la Junta Única de Resolución (*Single Resolution Board*, SRB), agencia recientemente creada mediante el Reglamento UE 89/2014 del MUR¹⁸, encargada, en colaboración con las autoridades nacionales, de la resolución de las entidades de crédito de los Estados miembros participantes en el Mecanismos Único de Supervisión (MUS).

La Directiva establece igualmente la obligatoriedad por parte de los Estados miembros de constituir un Fondo o mecanismo equivalente para financiar, llegado el caso, concretas operaciones de resolución de entidades; que habrá de nutrirse con aportaciones realizadas *ex ante* por las propias entidades; mandato que en el caso

¹⁶ Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (BOE de 19).

¹⁷ Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 15/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión y por el que se modifica el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósito de entidades de crédito (BOE de 7).

¹⁸ Reglamento (UE) n° 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) n° 1093/2010 (DO de 30.07.2014).

español se ha materializado en la creación, también por la Ley 11/2015, del Fondo Nacional de Resolución, administrado por el FROB.

En el ámbito de la Unión Bancaria, se ha creado el Fondo Único de Resolución (FUR) que comenzará a estar operativo en 2016, una vez que los Estados miembros participantes ratifiquen el Acuerdo sobre la transferencia y mutualización de las aportaciones al Fondo Único de Resolución¹⁹ suscrito por sus gobiernos en mayo de 2014.

El marco regulatorio europeo esta integrado, asimismo, por una multitud de normas de rango inferior cuya elaboración se ha encomendado a la Autoridad Bancaria Europea, que habrá de redactar no menos de 22 normas técnicas de regulación y ejecución en desarrollo de la BRRD²⁰, que se incorporan al ordenamiento jurídico de la Unión tras su aprobación y publicación, respectivamente, como Reglamentos delegados y de ejecución de la Comisión (actos no legislativos en la terminología del TFUE), además de todos aquellos otros Reglamentos cuya elaboración la BRRD o el Reglamento del MUR encomiendan a la Comisión e incluso al Consejo²¹.

Completan el panorama las Guías, instrumento que no alcanza la categoría de normas jurídicas pero cuyo cumplimiento resulta obligado casi en la misma medida²², emitidas por múltiples organismos con capacidad para ello conforme a sus respectivos

¹⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Acuerdo sobre la transferencia y mutualización de las aportaciones al Fondo Único de Resolución, Bruselas, 14 de mayo de 2014.

²⁰ Véase el Programa de Trabajo de la EBA:

<http://www.eba.europa.eu/about-us/work-programme/current-work-programme>

Un detallado estudio de las normas técnicas en desarrollo de la BRRD elaboradas por la EBA, actualizado a octubre de 2015, se encuentra en:

GARCIA, J., PARDO, J.C. y SANTILLANA, V. BRRD: Overview of the EBA's level 2 regulation. BBVA Research. Europe Regulation Watch, 9 October 2015.

https://www.bbvaesearch.com/wp-content/uploads/2015/10/20151009_EBA-Consultation-Watch_vf.pdf

²¹ Entre estos últimos se encontraría, por ejemplo, el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/81 del Consejo de 19 de diciembre de 2014 que especifica condiciones uniformes de aplicación del Reglamento (UE) n° 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las aportaciones *ex ante* al Fondo Único de Resolución (DO de 22.01.2015).

²² Ya hicimos referencia en un apartado anterior al carácter “conminatorio” de las Guías emitidas por la Autoridad Bancaria Europea.

estatutos: el FSB, el BCBS, la EBA y el Banco de España. Haremos referencia a algunas de estas guías en los próximos apartados.

3.2. Los elementos básicos de los regímenes de resolución. Los *Key Attributes* del FSB

3.2.1. *Introducción*

La cumbre de los líderes mundiales integrantes del G20 reunidos en Seúl en 2010 constituye, probablemente, el punto de inflexión en las reformas de la regulación financiera internacional emprendidas como consecuencia de la crisis económica y financiera iniciada en 2007²³.

La crisis, la insospechada intensidad con que se manifestó y su alcance global, había sacado a la luz las múltiples carencias de la regulación financiera: la insuficiencia de las herramientas en manos de los supervisores para atajar la excesiva acumulación de riesgos en el sistema; el crecimiento generalizado del apalancamiento; los problemas de riesgo moral planteados por las entidades demasiado grandes para dejarlas caer (*too big to fail*); la necesidad de apelar a recursos públicos de manera recurrente en situaciones de crisis y, no menos importante, la inexistencia de un régimen de resolución específicamente bancario que sustituyese al, por lo general, inadecuado procedimiento concursal y evitase los efectos adversos de éste sobre la estabilidad financiera y la confianza de los depositantes e inversores.

De la cumbre de Seúl salieron las iniciativas para reformar el marco regulatorio global de la actividad bancaria con el objetivo de asegurar un sistema financiero más resistente, evitar los excesos del pasado y atender mejor las necesidades de la economía. Iniciativas que, entre otras manifestaciones, cristalizaron en los nuevos estándares de capital y liquidez representados por Basilea III²⁴; la mejora de la supervisión prudencial

²³ “Today, we have delivered core elements of the new financial regulatory framework to transform the global financial system”. G20. Seoul, 12 November 2010.

²⁴ BCBS. Basilea III: Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios Diciembre de 2010.

reflejada en la revisión de los *Core Principles*²⁵ de Basilea; la mayor atención a las entidades de importancia sistémica global²⁶; y el establecimiento de un marco de resolución bancaria para asegurar que todas las entidades pueden ser resueltas de forma segura, rápida y sin desestabilizar el sistema financiero y exponer a los contribuyentes al riesgo de pérdidas²⁷, que se concretó en los *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*²⁸ publicados por el *Financial Stability Board* (FSB), que constituyen el estándar internacional en materia de regímenes de resolución de entidades de crédito tras su adopción formal en la cumbre de Cannes de noviembre de 2011²⁹.

3.2.2. *Los Key Attributes del FSB*

El *Financial Stability Board* define régimen de resolución como el conjunto de elementos del ordenamiento y las políticas que rigen la aplicación de las potestades de una autoridad pública para realizar la resolución de entidades en dificultades, tanto si se desarrollan conforme a un genérico marco legal, como si obedecen a reglas sectoriales específicas y que, con independencia de su forma, permiten que todas las entidades de importancia sistémica en caso de fallo puedan ser resueltas de manera efectiva³⁰.

²⁵ BCBS. Principios básicos para una supervisión bancaria eficaz. Septiembre 2012

²⁶ BCBS. Banco de importancia sistémica global: metodología de evaluación y requerimiento de absorción de pérdidas adicional. Noviembre 2011.

²⁷ G20. The Seoul Summit Document. November 12, 2010. Párrafo 30.

<http://www.g20.utoronto.ca/2010/g20seoul-doc.pdf>

²⁸ FINANCIAL STABILITY BOARD. Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions. October 2011.

http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf

²⁹ G20. Cannes Summit Final Declaration. November 4, 2011. Párrafo 28.

<http://www.g20.utoronto.ca/2011/2011-cannes-declaration-111104-en.html>.

³⁰ FSB. Thematic Review on Resolution Regimes. Peer Review Report. 11 April 2013. Página 4.

http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_130411a.pdf

Los *Key Attributes* (KA) fijaron los tres elementos básicos de todo régimen de resolución: el establecimiento de los objetivos perseguidos por la resolución; las atribuciones conferidas a una autoridad específicamente designada e investida de las amplias potestades precisas para alcanzar dichos objetivos; y la salvaguarda de los derechos e intereses de los accionistas, acreedores y contribuyentes. El FSB incorporó tres requisitos más: la elaboración previa de planes de recuperación y resolución para, al menos, las entidades de importancia sistémica³¹, el establecimiento de mecanismos de financiación de la resolución que no se basen exclusivamente en fondos públicos y la consecución de acuerdos de cooperación entre autoridades respecto de las entidades de crédito con actividad transfronteriza.

FSB. Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions

The *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* (the ‘*Key Attributes*’) set out the core elements that the FSB considers to be necessary for an effective resolution regime. Their implementation should allow authorities to resolve financial institutions in an orderly manner without taxpayer exposure to loss from solvency support, while maintaining continuity of their vital economic functions. They set out twelve essential features that should be part of the resolution regimes of all jurisdictions. They relate to:

1. Scope
2. Resolution authority
3. Resolution powers
4. Set-off, netting, collateralisation, segregation of client assets
5. Safeguards
6. Funding of firms in resolution
7. Legal framework conditions for cross-border cooperation
8. Crisis Management Groups (CMGs)
9. Institution-specific cross-border cooperation agreements
10. Resolvability assessments
11. Recovery and resolution planning
12. Access to information and information sharing.

³¹ En relación con los planes de recuperación y resolución, véanse las tres *Guidance* publicadas por el FSB. http://www.financialstabilityboard.org/press/pr_130716.pdf

3.2.3. *Objetivos de la resolución*

El objetivo inmediato de un régimen efectivo de resolución es hacer viable la resolución de entidades financieras fallidas sin que ello suponga una grave perturbación sistémica y sin exponer a los contribuyentes a pérdidas, a la vez que preservando las funciones económicas vitales desarrolladas por la entidad, mediante mecanismos que hagan posible que sus accionistas y acreedores absorban las pérdidas conforme a la prelación establecida para la liquidación concursal³².

El ámbito subjetivo de aplicación de los regímenes de resolución no se limita por tanto a las entidades que, a priori, atendiendo a su tamaño, complejidad e interconexión, son calificadas como sistémicas globalmente, sino que es extensivo a todas aquellas en las que la interrupción, suspensión o discontinuidad de sus actividades u operaciones conduciría a una perturbación grave de servicios vitales para el funcionamiento del sistema financiero o la economía real, y cuyo fallo supondría igualmente un riesgo sistémico.

El régimen de resolución se enmarca, no obstante, en el conjunto de medidas que conforman el marco normativo de la regulación y supervisión prudenciales de las entidades de crédito y, en consecuencia, el objetivo último es contribuir a la preservación de la estabilidad financiera, es este caso mediante el incremento de la resistencia ante *shocks* inesperados, la atenuación de los riesgos sistémicos, la anticipación ante eventuales problemas y la planificación de sus posibles soluciones, la preservación de la confianza de los depositantes y acreedores de entidades fallidas y la protección de los fondos públicos..

Para alcanzar estos objetivos, los *Key Attributes* establecieron las características que resultan exigibles a un régimen efectivo de resolución:

- asegurar la continuidad de los servicios financieros de importancia sistémica y las funciones de los sistemas de pagos, compensación y liquidación;

³² FSB. *Ibidem*. Preamble.

- proteger a depositantes e inversores, conjuntamente con los respectivos esquemas de garantía, así como los activos y fondos propiedad de los clientes;
- asignar las pérdidas de la entidad en resolución a sus propietarios y a sus acreedores no asegurados o garantizados, atendiendo a su rango;
- no ser dependiente de las ayudas públicas de capital y no crear expectativas acerca de que tales ayudas estarán disponibles;
- evitar una innecesaria destrucción de valor, buscando minimizar los costes de la resolución en las distintas jurisdicciones y las pérdidas de los acreedores;
- proporcionar rapidez y transparencia y tanta previsibilidad como sea posible mediante la claridad de las normas y los procedimientos y la planificación anticipada para una ordenada resolución;
- otorgar un mandato legal para la cooperación, el intercambio de información y la coordinación entre las autoridades relevantes, tanto nacionales como extranjeras, antes y durante la resolución;
- asegurar que las entidades no viables pueden desaparecer de forma ordenada; y
- ser creíble, de forma que mejore la disciplina de mercado y proporcione incentivos para buscar las soluciones disponibles en el mercado.

3.2.4. *La autoridad de resolución*

En sus *Key Attributes* el FSB insta a los Estados a designar una autoridad pública (o varias coordinadas, con una de ellas como líder) encargada de la resolución de entidades financieras. La autoridad de resolución debe contar con un claro mandato legal en cuanto a sus funciones y objetivos, presidido por la idea de perseguir la estabilidad financiera y asegurar la continuidad de los servicios financieros esenciales, de manera coherente con los objetivos propios del régimen de resolución a los que acabamos de hacer referencia³³.

La autoridad de resolución debería disponer de la capacidad precisa para desarrollar procesos de resolución de entidades grandes y complejas, contar con independencia

³³ En este punto seguimos íntegramente el contenido del apartado correspondiente en PERNÍAS, S. “Los nuevos mecanismos de resolución de crisis bancarias”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, N° 3-4, 2013 (Ejemplar dedicado a: La banca ante el siglo XXI), págs. 23-80

operativa, con procesos transparentes, solida gobernanza, recursos adecuados y estar sometida a rigurosos procesos de evaluación y responsabilidad para valorar la efectividad de las medidas de resolución. La posibilidad de alcanzar acuerdos con otras autoridades extranjeras forma parte de estas capacidades, habida cuenta de la conveniencia de considerar los potenciales impactos de los procesos de resolución en la estabilidad financiera de otros países.

Para el cumplimiento de sus funciones la autoridad de resolución debe estar investida de ciertas potestades administrativas, potestades que no se manifiestan exclusivamente durante el procedimiento de resolución propiamente dicho, sino que se extienden a las fases previas de planificación y valoración de la resolubilidad de las entidades, tienen carácter preventivo y, por ello, interactúan o se solapan con las potestades de la autoridad de supervisión.

Para el FSB las potestades de la autoridades para resolver entidades no viables deben contener tanto lo que denomina opciones de estabilización, encaminadas a conseguir la continuidad de las funciones sistemáticamente importantes, como opciones de liquidación que permitan el cierre ordenado de la entidad o de todos o algunos de sus negocios.

Dicho en otros términos, el régimen de resolución no se concibe exclusivamente como un procedimiento de liquidación administrativa de entidades inviables alternativo al procedimiento (judicial en España) de liquidación concursal, sino que, junto a sus aspectos preventivos, lo que plantea es la posibilidad de un conjunto de actuaciones adicionales, alternativas, previas y preferibles a la liquidación, ejercitadas por una autoridad pública investida de potestades administrativas; actuaciones que, a juicio del FSB, incluirían la posibilidad de transferir negocios, activos y pasivos a otra entidad de crédito, a una entidad puente bajo control público o a un vehículo de gestión de activos; convertir en capital o reducir el principal de instrumentos de deuda (*bail-in*); o suspender temporalmente la ejecución de contratos; y en las que lo relevante, además de las concretas herramientas a disposición de la autoridad de resolución, es la capacidad de ésta para adoptarlas soslayando los derechos, y sin contar con el consentimiento, de accionistas y acreedores.

3.2.5. *Las medidas de salvaguarda*

El hecho de que las potestades otorgadas a la autoridad de resolución sean de tal intensidad que le permiten adoptar decisiones que afectan a los derechos de accionistas, acreedores y contrapartes y, en aras del interés público, imponer sus decisiones sin el consentimiento e incluso en contra de la voluntad de éstos, hacen necesario que el ordenamiento contemple toda una serie de medidas que permitan salvaguardar los legítimos derechos e intereses de las partes afectadas.

La salvaguarda de los derechos de los contribuyentes y del interés público se encuentra implícita en el propio mecanismo de resolución de las entidades inviables, concebido y estructurado, precisamente, para preservar la estabilidad financiera, evitar o minimizar el recurso a fondos públicos y para que las pérdidas serán asumidas, en primer lugar, por accionistas y acreedores de la entidad en resolución.

Por lo que se refiere a los acreedores, los *Key Attributes* recogen el denominado principio *no creditor worse off than in liquidation* (NCWO), en virtud del cual ningún acreedor recibirá en un procedimiento de resolución menos de lo que habría recibido si la entidad hubiese sido sometida a un procedimiento de liquidación concursal o, en caso contrario, será compensado por la diferencia. Esta restricción está justificada por la discrecionalidad de que disponen las autoridades para aplicar el procedimiento de resolución, en lugar del ordinario de insolvencia, y para apartarse del principio concursal de igualdad de trato de los acreedores del mismo rango, cuando ello sea necesario para contener el potencial impacto sistémico del fallo de la entidad o para maximizar el valor en beneficio de los acreedores en su conjunto. Es decir, el hecho de que la autoridad de resolución tenga la capacidad de elegir el procedimiento a seguir y las concretas medidas a adoptar para la resolución no puede tener como consecuencia un perjuicio para el acreedor mayor que el que habría de soportar en caso de someter la entidad al procedimiento concursal ordinario; el interés público que se protege con la resolución no puede ser a cargo del interés del acreedor.

Un segundo mecanismo de cautela recogido por el FSB está referido al acceso de los afectados a la tutela judicial, garantizando tanto el derecho a una revisión judicial de las

decisiones de la autoridad de resolución, derecho por lo demás ya reconocido en el ordenamiento jurídico-administrativo con carácter general, como el derecho a obtener, en su caso, una indemnización económica en compensación por los eventuales quebrantos sufridos. Derecho este último que, sin embargo, está acompañado de la recomendación del FSB de que las resoluciones judiciales no deberían dar como resultado un reversión de las medidas adoptadas por la autoridad de resolución, recomendación que, a su vez, se justifica en la necesidad de otorgar flexibilidad y rapidez al procedimiento y de proteger los derechos e intereses de terceros que, de buena fe, hubieran comprado negocios, activos y pasivos de la entidad objeto de resolución como resultado del ejercicio de sus competencias por parte de las autoridades de resolución.

Adicionalmente, como quiera que la autoridad de resolución dispone de un amplio abanico de posibilidades de actuación, el régimen de resolución debe contemplar un conjunto de medidas precautorias (integridad de los contratos, limitación temporal a su suspensión, conservación de las garantías,...) para preservar los derechos de las contrapartes que pudiesen verse afectados por el ejercicio de las acciones de resolución.

3.3. El marco europeo de resolución de crisis bancarias. La BRRD

De manera paralela a los trabajos del FSB, en 2010 la Comisión Europea inicio el diseño de la regulación comunitaria, con la finalidad de establecer en la Unión un marco de resolución de crisis atendiendo a las recomendaciones contenidas en los *Key Attributes*, que en diciembre de 2010 elevó al ECOFIN.

Las conclusiones adoptadas por el ECOFIN relativas a la prevención, gestión y resolución de crisis³⁴, precisaron que *“el objetivo de un marco de la UE para la prevención, gestión y resolución de crisis debe ser preservar la estabilidad financiera protegiendo la confianza del público y del mercado, atender, ante todo, a la prevención y preparación, dotarse de herramientas de resolución creíbles, actuar con rapidez y determinación, reducir el riesgo moral y reducir al mínimo posible los costes globales para las arcas públicas, garantizando un reparto de la carga equitativo entre los*

³⁴ <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/10/st17/st17006.es10.pdf>

accionistas de las entidades financieras, contribuir a facilitar la resolución en los grupos transfronterizos, garantizar la seguridad jurídica y limitar el falseamiento de la competencia”.

El Consejo estableció igualmente los principales elementos del futuro marco, de forma que:

- *“cumpla el objetivo de fomentar la cooperación transfronteriza y evite respuestas nacionales fragmentadas, garantizando así una coordinación eficaz de gestión y resolución de crisis transfronterizas;*
- *asegure que todas las clases de instituciones pueden ser liquidadas con independencia de su tamaño o interconexiones;*
- *comprenda tres tipos de medidas como sugirió la Comisión: medidas preparatorias y preventivas; intervención temprana; y competencias y herramientas de resolución de crisis...;*
- *designe claramente las autoridades de resolución en cada Estado miembro. ...;*
y
- *asegure igualdad de trato de acreedores y accionistas en los Estados miembros de origen y de acogida, conserve la estabilidad financiera en todos los Estados miembros afectados y proteja contra el riesgo de contagio de una crisis.”*

La Comisión Europea presentó en junio de 2012 su Propuesta de Directiva por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de inversión³⁵ que, tras un largo y difícil proceso negociación entre las instituciones europeas y los Estados miembros, se concretó finalmente en la Directiva

³⁵ COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de inversión, y por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE y 82/891/CE del Consejo, las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE y 2011/35/CE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010. Bruselas, 6.6.2012. COM(2012) 280 final. 2012/0150 (COD).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0280:FIN:ES:PDF>

2014/59³⁶, conocida como BRRD, por las siglas de su denominación habitual en inglés *Banking Recovery and Resolution Directive*.

La Directiva se publicó en mayo de 2014, y los Estados miembros debían transponerla antes del 31 de diciembre de 2014 para su aplicación a partir del 1 de enero de 2015, salvo por lo dispuesto respecto de la herramienta de recapitalización (*bail-in*) cuya aplicación se pospuso hasta el 1 de enero de 2016.

La Directiva establece la obligación de que cada Estado designe una o varias autoridades administrativas públicas encargadas de la resolución, con la obligación de coordinación si son más de una y con la debida separación de funciones si la designación recae en alguna de las autoridades ya existentes (supervisores, banco central o tesoro). En todo caso la autoridad designada deberá contar con los conocimientos, los recursos y la capacidad operativa necesarios para lograr los objetivos de resolución.

El ámbito subjetivo de aplicación comprende a las entidades de crédito y empresa de inversión, a las sociedades financieras de cartera (*holding*), a las entidades financieras consolidables filiales de las anteriores y a las sucursales de entidades con sede social fuera de la Unión.

El régimen de prevención y gestión de crisis bancarias diseñado por la Directiva se estructura en torno a tres grandes bloques de medidas:

- Medidas preparatorias y de prevención³⁷, que se materializan en la exigencia del mantenimiento de planes actualizados de recuperación por parte de las entidades y de resolución por las autoridades de resolución, autoridades a las que, además,

³⁶ 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) n° 1093/2010 y (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO de 12.06.2014))

³⁷ La Comisión Europea se encargó de aclarar que “prevención” *en este contexto significa eliminar la posibilidad de quiebras desordenadas que pudieran provocar inestabilidad financiera, aunque no la supresión de la quiebra en sí.*

se invita a alcanzar decisiones conjuntas al respecto cuando se trate de grupos con actividad transfronteriza.

- Medidas de intervención temprana, que habilitan al supervisor para exigir la adopción de medidas correctoras que permitan detener el deterioro de la entidad y evitar que desemboque en una situación de insolvencia, lo que incluye la posibilidad de nombrar administradores.
- Medidas de resolución, ejecutables, en defensa del interés público y en ausencia de alternativas menos gravosas, cuando la entidad se encuentra en graves dificultades o en peligro de quiebra, y entendidas, en palabras de la Comisión, como *un medio eficaz para reorganizar o liquidar el banco de forma ordenada, manteniendo al mismo tiempo sus funciones esenciales y limitando al máximo la exposición de los contribuyentes a pérdidas por insolvencia*³⁸.

Medidas que se articulan y tienen como denominador común el ejercicio por las autoridades de supervisión y resolución de una serie de potestades, adicionales a las potestades supervisoras ordinarias, crecientes en variedad e intensidad a medida que la situación financiera de la entidad se va deteriorando y que abarcan desde el mero requerimiento preventivo, para que sea la entidad la que adopte las medidas correctoras adecuadas, hasta, llegado el caso, el ejercicio directo por la autoridad de resolución de derechos y atribuciones que, en situaciones de normalidad, corresponderían a propietarios y administradores de la entidad inviable.

A los dos primeros conjuntos de medidas, preparatorias y de intervención temprana nos referiremos en los siguientes apartados y al tercero, las medidas de resolución, está dedicado el siguiente capítulo.

³⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Ibidem*, página 6.

4. Marco regulatorio e institucional II

4.1. El Fondo de Resolución Ordenada Bancaria

El Fondo de Resolución Ordenada Bancaria (FROB) fue creado por el Real Decreto-ley 9/2009³⁹ con la finalidad de gestionar la reestructuración de las entidades de crédito en crisis y contribuir a reforzar los recursos propios de las mismas. En la actualidad se encuentra regulado por la Ley 11/2015 y, además de su condición de autoridad de resolución ejecutiva, es el encargado de administrar las participaciones que el Estado ostenta en entidades de crédito (Bankia, Banco Mare Nostrum,...) como contrapartida de las ayudas otorgadas en los procesos de reestructuración realizados como consecuencia de la crisis.

El FROB se configura como una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada para el desarrollo de sus fines, sometido al ordenamiento jurídico-privado, salvo que actúe en el ejercicio de las potestades administrativas conferidas por normas con rango de ley o por el Derecho de la Unión Europea. Tiene por finalidad gestionar, en su fase ejecutiva, los procesos de resolución de las entidades de crédito.

El FROB estará regido y administrado por una Comisión Rectora integrada por 11 miembros: el Presidente (nombrado por el Consejo de Ministros), cuatro miembros designados por el Banco de España (uno de los cuales será el Subgobernador, que ostentará la Vicepresidencia); el Vicepresidente de la CNMV; tres representantes del Ministerio de Economía y Competitividad, y dos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Asistirán, asimismo, a las sesiones de la Comisión Rectora, con voz pero sin voto, un representante designado por el Interventor General de la Administración del Estado y otro por el Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado.

³⁹ Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito. (BOE de 27)

La Ley atribuye al FROB una serie de facultades, de carácter mercantil unas, que le permiten ejercer las facultades propias de la junta o asamblea general, de los accionistas o del órgano de gobierno de las entidades en las que intervenga, en los supuestos legalmente previstos; así como un amplio conjunto de facultades administrativas a las que nos referiremos al tratar las potestades de la autoridad en los procesos de resolución.

Sí interesa destacar que los actos administrativos dictados por el FROB para la aplicación de los instrumentos y acuerdos adoptados al amparo la Ley, serán inmediatamente eficaces desde su adopción sin necesidad de dar cumplimiento a ningún trámite ni requisito establecidos, normativa o contractualmente, distinto de los previstos en la Ley 11/2015 y de las obligaciones formales de constancia, inscripción o publicidad exigidas legalmente, a cuyos efectos será suficiente una certificación del acto administrativo o del acuerdo correspondiente, sin necesidad de contar con informes de expertos independientes o auditores. La aplicación de las medidas y facultades previstas en la Ley no tienen la condición de procedimiento concursal, lo que impide la rescisión de contratos por esta causa, sin perjuicio de su posible vencimiento o resolución anticipada en los términos y condiciones contractualmente establecidos.

Las decisiones y acuerdos adoptados por el FROB en el ejercicio de sus facultades mercantiles serán únicamente impugnables de acuerdo con las normas y los procedimientos previstos para la impugnación de acuerdos sociales de las sociedades de capital que sean contrarios a la ley, estando legitimados para ello los accionistas, socios, obligacionistas, acreedores o cualesquiera otros terceros que consideren que sus derechos e intereses legítimos se han visto lesionados por las decisiones adoptadas por el FROB, quienes podrán solicitar que se les indemnicen los daños y perjuicios sufridos. No se podrá ejercer la acción social de responsabilidad respecto de las actuaciones realizadas por las autoridades de supervisión, las de resolución preventiva o el FROB en el marco de un proceso de actuación temprana o de resolución de la entidad.

Por lo que se refiere a las decisiones y actos administrativos dictados en el marco de procesos de actuación temprana y resolución, la aprobación de los planes de recuperación y de resolución, y los actos y decisiones del supervisor y de las

autoridades de resolución dictados en el marco de procesos de actuación temprana y las fases preventiva y ejecutiva de la resolución, pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sin que pueda ser objeto de recurso separado la valoración de la entidad, siendo únicamente impugnables en los recursos que se planteen contra aquellos actos y decisiones..

Cuando el acto administrativo impugnado diera cobertura a las decisiones de carácter mercantil adoptadas por el FROB, el órgano judicial competente para decidir sobre estas últimas suspenderá el procedimiento iniciado y quedará vinculado por la decisión que adopte el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo.

La imposibilidad material de ejecutar una sentencia que declare contraria a derecho alguna de las decisiones o de los actos del FROB en el ejercicio de sus facultades mercantiles y administrativas podrá ser alegada ante el Juez o Tribunal sentenciador y valorada por éste teniendo particularmente en cuenta:

- el volumen especialmente significativo o la complejidad de las operaciones afectadas o que pudieran verse afectadas;
- 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; y
- la existencia de derechos o intereses legítimos de otros accionistas, socios, obligacionistas, acreedores o cualesquiera otros terceros, amparados por el ordenamiento jurídico.

La indemnización que, en caso de apreciación de dicha imposibilidad, resulte procedente alcanzará, como máximo, la diferencia entre el daño efectivamente sufrido por el recurrente y la pérdida que habría soportado en caso de que, en el momento de adoptarse la correspondiente decisión o acuerdo, se hubiera producido la liquidación de la entidad en el marco de un procedimiento concursal.

4.2. El Fondo Nacional de Resolución

Un elemento más del marco de resolución diseñado por la BRRD es el establecimiento en cada Estado miembro de un mecanismo de financiación de la

resolución, sea un fondo o cualquier otro mecanismo equivalente que produzca idénticos resultados en cuanto a recaudación de las entidades y posibilidades de utilización por las autoridades de resolución, nutrido con aportaciones *ex ante* de las entidades de crédito, y *ex post* en caso de necesidad, con la finalidad de disponer de recursos que permitan financiar las medidas adoptadas por la autoridad de resolución y de que sea el propio sector el que asuma una parte del coste de la resolución de entidades fallidas. La utilización de los recursos financieros del fondo se limita a las actuaciones previstas por la Directiva en el marco de un concreto procedimiento de resolución y en ningún caso se utilizarán directamente para absorber las pérdidas de la entidad resuelta.

En cumplimiento de las previsiones de la BRRD, en España la Ley 11/2015 creó el Fondo de Resolución Nacional, sin personalidad jurídica, administrado por el FROB y constituido como patrimonio separado, cuyos recursos financieros deberán alcanzar un nivel objetivo en un plazo de diez años mediante aportaciones *ex ante* de las entidades españolas, y cuyo patrimonio no comprometido deberá estar materializado en deuda pública o en otros activos de elevada liquidez y bajo riesgo.

Con el fin de alcanzar este nivel, se encomienda al FROB recaudar, al menos anualmente, contribuciones ordinarias de las entidades, conforme a los criterios recogidos en la BRRD: la contribución de cada entidad corresponderá a la proporción de sus pasivos, excluidos los recursos propios y el importe garantizado de sus depósitos, sobre el total agregado del conjunto de entidades españolas de los mismos conceptos, ajustada al perfil de riesgo de cada entidad.

Y se habilita al FROB para recaudar de las entidades contribuciones extraordinarias, cuando la cuantía de las ordinarias resulten insuficientes, que no podrán superar el triple del importe anual de las contribuciones ordinarias y cuyo pago el FROB podrá aplazar, total o parcialmente, por un período máximo de seis meses, renovable, si pusiera en peligro la liquidez o la solvencia de la entidad.

Las aportaciones de las entidades al Fondo Nacional de Resolución comenzarán a recaudarse el ejercicio 2015 y éste deberá alcanzar no más tarde del 31 de diciembre de

2024 (como prevé la Directiva) un nivel objetivo del 1 por ciento del importe de los depósitos garantizados, si bien la propia Ley aclara que, de conformidad con lo previsto en el Reglamento (UE) n.º 806/2014 y el Acuerdo Intergubernamental sobre la transferencia y mutualización de las aportaciones al Fondo Único de Resolución europeo, la parte que corresponda del Fondo de Resolución Nacional se transferirá al Fondo Único de Resolución en la cuantía y forma establecida en las citadas normas y acuerdo, a los que nos referiremos más adelante⁴⁰.

4.3. La Junta Única de Resolución europea

4.3.1. Organización y funcionamiento

El Reglamento 806/2014 del MUR, creó la Junta Única de Resolución (*Single Resolution Board*, SRB) como una agencia de la Unión, con personalidad jurídica y la más amplia capacidad que las legislaciones nacionales reconocen a las personas jurídicas en cada uno de los Estados miembros. Tiene su sede en Bruselas.

La Junta está integrada por un Presidente, otros cuatro miembros a tiempo completo y un miembro nombrado por cada uno de los Estados miembros participantes, en representación de sus autoridades de resolución nacionales. La Comisión y el BCE designarán cada uno un representante con derecho a participar en las reuniones de las sesiones plenarias y ejecutivas como observador permanente, sin voto.

El Presidente y los cuatro miembros a tiempo completo son nombrados por el Consejo, mediante una decisión de ejecución, a propuesta de la Comisión y tras la aprobación por el Parlamento Europeo. Ejercerán sus funciones de conformidad con las decisiones de la Junta, del Consejo y de la Comisión. Actuarán con independencia y objetividad únicamente en interés de la Unión en su conjunto y no pedirán ni aceptarán

⁴⁰ Téngase en cuenta que la Directiva BRRD requería a los Estados miembros que sus disposiciones se aplicasen a partir del 1 de enero de 2015 (artículo 130), lo que ha obligado a la constitución y puesta en funcionamiento del Fondo Nacional ya en el ejercicio 2015. El Reglamento del Mecanismo Único de Resolución prevé, sin embargo, la entrada en funcionamiento del Fondo Único de Resolución el 1 de enero de 2016 (considerando 124 y artículo 99), por lo que, a partir de ese momento, las aportaciones ya recaudadas para el Fondo Nacional serán transferidas al Fondo Único y las que se recauden en lo sucesivo al amparo del Reglamento del MUR lo serán para el Fondo Único y no para el Fondo Nacional.

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.

La estructura administrativa y de gestión de la Junta se organiza en torno a el Presidente, una sesión plenaria de la Junta, una sesión ejecutiva de la Junta y una Secretaría, que presta la asistencia técnica y administrativa necesaria para la ejecución de las funciones asignadas a la Junta.

En su sesión ejecutiva, la Junta está compuesta por el Presidente, los cuatro miembros independientes y, en su caso, los representantes de los Estado miembros donde radiquen las entidades afectadas por las decisiones de resolución.

Sus funciones son las referidas a la adopción de todas las decisiones necesarias para la aplicación del Reglamento no reservadas a la sesión plenaria y para preparar las decisiones que vaya a adoptar esta última y, más concretamente, respecto de las entidades y grupos cuya resolución está asignada a la Junta: elaborar, evaluar y aprobar los planes de resolución; determinar el requisito mínimo de fondos propios y de pasivos elegibles que aquellos deben cumplir en todo momento; y facilitar a la Comisión, tan pronto como sea posible, el esquema de la concreta resolución de entidades y grupos, acompañado de toda la información que permita oportunamente a ésta evaluar y adoptar una decisión o, si procede, proponer una decisión al Consejo.

En su sesión plenaria, en la que participan todos los miembros de la Junta, cada uno de ellos con un voto, se adoptan por mayoría simple las decisiones organizativas (presupuesto, programa de actividades, informe anual, reglamento interno, estrategia,...) y, en especial, corresponde a la sesión plenaria:

- decidir sobre la utilización del Fondo Único de Resolución si en la medida de resolución específica es necesario un apoyo del Fondo superior al umbral de 5.000 millones de euros (a estos efectos, los apoyos en forma de provisión de liquidez se valoran por la mitad de su importe); el dispositivo de resolución elaborado por la sesión ejecutiva se considerará adoptado a menos que, en un plazo de tres horas a partir de la presentación del proyecto por la sesión ejecutiva a la sesión plenaria, al menos un miembro de ésta convoque una reunión de la

sesión plenaria; en este último caso, será la sesión plenaria quien adopte la decisión sobre el dispositivo de resolución;

- evaluar la aplicación de los instrumentos de resolución, en particular la utilización del Fondo, cuando la utilización neta acumulada del Fondo en los doce meses consecutivos precedentes alcance el umbral de los 5.000 millones de euros 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; y
- decidir sobre la necesidad de recaudar aportaciones *ex post* extraordinarias de las entidades, 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 antes citado.

Las decisiones sobre la utilización del Fondo, así como las decisiones sobre la mutualización de los mecanismos nacionales de financiación limitadas a la utilización de los recursos financieros disponibles en el Fondo, serán tomadas por mayoría simple de los miembros de la Junta que represente al menos un 30 % de las aportaciones. Por su parte, las decisiones que supongan la recaudación de aportaciones *ex post*, sobre préstamos voluntarios entre mecanismos de financiación, sobre recursos de financiación alternativos y sobre la mutualización de los mecanismos 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. Cada miembro con derecho a voto dispondrá de un voto y en caso de empate decidirá el voto de calidad del Presidente.

4.3.2. *Funciones de la Junta y distribución de competencias en el MUR*

La Junta será responsable del funcionamiento eficaz y coherente del MUR. El Reglamento atribuye a la Junta la competencia en la elaboración de los planes de

resolución y de la adopción de todas las decisiones relacionadas con la resolución de las entidades sometidas a la supervisión directa del BCE y de los grupos transfronterizos.

Las autoridades nacionales de resolución, por su parte, tiene atribuidas, respecto del resto de entidades y grupos, las funciones, y serán responsables, de:

- adoptar los planes de resolución y evaluar la resolubilidad;
- adoptar medidas durante la fase de actuación temprana;
- imponer obligaciones simplificadas o eximir de la obligación de elaborar los planes de resolución;
- fijar el nivel del requisito mínimo de fondos propios y pasivos elegibles;
- adoptar decisiones de resolución y aplicar los instrumentos de resolución, siempre que la medida de resolución no exija utilización alguna del Fondo y se financie con otros instrumentos y/o por el sistema de garantía de depósitos;
- amortizar o convertir instrumentos de capital.

La Junta tiene encomendada la supervisión de la ejecución del dispositivo de resolución por parte de las autoridades nacionales, para lo cual éstas vienen obligadas a cooperar con la Junta, prestarle asistencia en el ejercicio de su deber de supervisión y proporcionarle regularmente información precisa, fiable y completa sobre la ejecución del dispositivo, la aplicación de los instrumentos de resolución y el ejercicio de las facultades de resolución; la Junta, por su parte, podrá dar instrucciones a las autoridades nacionales de resolución sobre cualquier aspecto de la ejecución del dispositivo de resolución y el ejercicio de las facultades de resolución.

No obstante lo anterior, cuando sea necesario para garantizar la aplicación coherente de las normas de resolución, la Junta podrá formular una advertencia a la autoridad nacional de resolución competente cuando considere que el proyecto de decisión relativo a un ente o grupo no cumple el Reglamento o las instrucciones generales dadas por ella y, en particular, si la advertencia anterior no se está teniendo debidamente en cuenta, tomar la decisión de ejercer directamente todos los poderes de resolución previstos en el Reglamento, también respecto de los entes o grupos competencia de la autoridad nacional, por iniciativa propia y previa consulta a la autoridad nacional de resolución correspondiente, o a petición de dicha autoridad.

Adicionalmente, los Estados miembros participantes podrán decidir que la Junta ejerza todos los poderes y competencias que le confiere el Reglamento en lo que respecta a todos los entes y los grupos que estén establecidos en su territorio⁴¹.

4.3.3. *Potestades de la Junta*

Para el ejercicio de sus funciones, el Reglamento ha investido a la Junta de una serie de potestades que pasamos a detallar.

a) Potestad de emitir directrices y recomendaciones

A fin de garantizar la aplicación coherente y eficiente de las normas referidas a la elaboración y adopción de los planes de resolución, la Junta puede emitir directrices y dirigir instrucciones a las autoridades nacionales de resolución para la preparación de los proyectos de planes de resolución relativos a entes o grupos específicos.

b) Potestad de recabar información

La Junta, a través de las autoridades nacionales de resolución o directamente después de haberlas informado, podrá exigir toda la información necesaria para llevar a cabo sus funciones a las entidades de crédito establecidas en los Estados miembros participantes, sus matrices y las empresas de inversión y entidades financieras sometidas a la supervisión en base consolidada por el Banco Central Europeo; a su personal; y a terceros a los que los hayan subcontratado funciones o actividades, que quedan obligados a facilitar la información solicitada, sin que ello suponga una violación de los requisitos del secreto profesional.

La Junta deberá estar en condiciones de obtener, incluso de forma permanente o continuada, cualquier información necesaria para el ejercicio de sus funciones, especialmente sobre el capital, la liquidez, los activos y los pasivos de cualquier entidad sujeta a sus competencias de resolución.

⁴¹ Obsérvese que esta posibilidad no existe en el Mecanismo Único de Supervisión: el Reglamento del MUS no contempla la posibilidad de que los Estados miembros deleguen en su totalidad el ejercicio de la supervisión en el BCE.

c) Potestad de investigación

La Junta, en el ejercicio de sus funciones, directamente o a través de las autoridades de resolución nacionales, podrá llevar a cabo toda investigación que resulte necesaria en relación con cualquiera de las personas físicas o jurídicas antes citadas, establecidas o situadas en un Estado miembro participante.

A tal fin, la Junta podrá exigir a las personas físicas y jurídicas citadas en el punto anterior:

- la presentación de documentos;
- el poder examinar sus libros y registros y obtener copias o extractos de los mismos;
- obtener explicaciones escritas o verbales de sus representantes o personal; y
- entrevistar a cualquier otra persona física o jurídica que acepte ser entrevistada a fin de recabar información relacionada con el objeto de una investigación.

d) Potestad inspectora

A fin de llevar a cabo sus funciones y con sujeción a otras condiciones establecidas en el Derecho pertinente de la Unión, la Junta podrá realizar, previa notificación a las autoridades nacionales de resolución y supervisión interesadas y, si procede, en cooperación con ellas, cuantas inspecciones *in situ* sean necesarias en los locales de uso profesional de las personas físicas o jurídicas sujetas a las funciones de resolución de la Junta, incluso, cuando así lo requieran la correcta realización y la eficiencia de las inspecciones, sin previo aviso a dichas personas jurídicas.

e) Potestad sancionadora

El Reglamento del MUS tipifica como infracciones de las personas físicas y jurídicas afectadas por las decisiones de la Junta en el desempeño de las funciones atribuidas por el Reglamento: no facilitarle la información solicitada; no someterse a una investigación general o a una inspección *in situ*; y no cumplir una decisión que les dirija la Junta en el marco de un procedimiento de resolución.

Cuando la Junta considere que uno de los entes sometidos a sus competencias de resolución ha cometido, intencionada o negligentemente, una de las infracciones enumeradas adoptará la decisión de imponerle una multa, establecida en términos de porcentaje del volumen de negocios neto anual total, dentro de una banda mínimo/máximo y modulado en función del tipo de infracción, el tamaño de la entidad infractora (medido también sobre su volumen de negocios); los factores atenuantes (brevedad de la infracción, adopción pronta de medidas correctoras, ...) o agravantes (intencionalidad, reiteración, ...); así como multas coercitivas, efectivas y proporcionadas, para obligar a las personas afectadas a cumplir las decisiones, facilitar la información o someterse a la investigación o inspección acordadas por la Junta.

Antes de decidir sobre una multa o una multa coercitiva, la Junta ofrecerá a las personas físicas o jurídicas objeto del procedimiento la oportunidad de ser oídas en relación con sus conclusiones y basará sus decisiones únicamente en las conclusiones en relación con las cuales las personas físicas o jurídicas objeto del procedimiento hayan tenido la oportunidad de presentar sus alegaciones.

Las multas y multas coercitivas impuestas por la Junta son de carácter administrativo, tendrán fuerza ejecutiva y se harán públicas, salvo que las circunstancias del caso requiera anonimato.

La ejecución se regirá por las normas de procedimiento vigentes en el Estado miembro en cuyo territorio se lleve a cabo. 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.

4.3.4. Rendición de cuentas

La Junta rendirá cuentas ante el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión de la aplicación del Reglamento del MUR, y publicará en su web y remitirá al Parlamento Europeo, a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros participantes, al Consejo, a la Comisión y al Tribunal de Cuentas Europeo un informe anual sobre la ejecución de las funciones que le atribuye el Reglamento.

4.4. El Fondo Único de Resolución

El Reglamento del MUR creó el Fondo Único de Resolución, propiedad y a disposición de la Junta Única de Resolución para su utilización, exclusivamente, en el ejercicio de sus competencias de resolución, sin que, en ningún caso, el presupuesto de la Unión o de los Estados miembros participantes sean responsables de gastos o pérdidas del Fondo.

El Fondo se nutrirá de las aportaciones *ex ante* y, en caso de necesidad, aportaciones *ex post* acordadas por la Junta, realizadas por la totalidad de las entidades de crédito autorizadas en los Estados miembros participantes. Las aportaciones al Fondo serán recaudadas por las respectivas autoridades nacionales de resolución y transferidas al Fondo de conformidad con el Acuerdo intergubernamental al que nos referiremos más adelante.

Se fija un nivel objetivo del Fondo, que habrá de alcanzarse al término de un período inicial de ocho años que comenzará a correr a partir del 1 de enero de 2016 (es decir, hasta el 1 de enero de 2024), que será como mínimo el 1% de los depósitos con cobertura de todas las entidades de crédito autorizadas en todos los Estados miembros participantes⁴².

La aportación de cada entidad será determinada por la Junta Única de Resolución, se recaudará al menos cada año y se establece en función de dos componentes: uno a tanto alzado, a prorrata del importe de los pasivos de la entidad, con exclusión de sus fondos propios y depósitos con cobertura, con respecto a los pasivos totales, con exclusión de los fondos propios y los depósitos con cobertura, de todas las entidades autorizadas en el territorio de los Estados miembros participantes; y un ajuste en función del riesgo apreciado en la entidad, en base a una serie de criterios establecidos en la Directiva 2014/59 BRRD, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, y sin crear distorsiones entre estructuras del sector bancario de los Estados miembros.

⁴² Cuantía que inicialmente se estimó en unos 55.000 millones de euros.

El método para el cálculo de las aportaciones basadas en riesgo a los fondos de resolución en la Unión fue desarrollado con carácter general por el Reglamento Delegado 2015/63 de la Comisión de 21 de octubre de 2014⁴³ y específicamente para el Fondo Único de Resolución por el Reglamento de Ejecución 2015/81 del Consejo de 19 de diciembre de 2014⁴⁴.

El cambio desde los fondos nacionales de resolución a un Fondo Único de nueva creación, compartido por los 19 países inicialmente integrantes del MUR, planteó dos problemas: el cambio de escala en las aportaciones derivado de pasar de una referencia nacional a una europea; y el del traspaso y la mutualización de unos recursos inicialmente diseñados como nacionales.

Para el primero de los problemas se ha establecido un régimen transitorio, incluido en el Reglamento de Ejecución 2015/81 citado, en el que durante los ocho primeros años, las aportaciones se calculan como la suma de aplicar un porcentaje, decreciente anualmente, de las que corresponderían a un fondo nacional y un porcentaje complementario del anterior, creciente, de las que corresponderían al Fondo Único.

El segundo de los problemas es el derivado de las reticencias de algunos Estados miembros a la hora de transferir a, y mutualizar en, el Fondo Único las aportaciones recaudadas a nivel nacional. Para solventarlo, en mayo de 2014 los gobiernos de los Estados miembros suscribieron un Acuerdo Intergubernamental⁴⁵ con la finalidad de establecer, de conformidad con sus respectivas exigencias constitucionales, la obligación de transferir al Fondo Único de manera irrevocable las aportaciones que recauden en el plano nacional.

⁴³ Reglamento Delegado (UE) 2015/63 de la Comisión de 21 de octubre de 2014 por el que se completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a las contribuciones *ex ante* a los mecanismos de financiación de la resolución (DO de 17.1.2015).

⁴⁴ Reglamento de Ejecución (UE) 2015/81 del Consejo de 19 de diciembre de 2014 que especifica condiciones uniformes de aplicación del Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las aportaciones *ex ante* al Fondo Único de Resolución (DO de 22.1.2015).

⁴⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Acuerdo sobre la transferencia y mutualización de las aportaciones al Fondo Único de Resolución. Bruselas, 14 de mayo de 2014.

También en este caso se ha establecido un régimen transitorio de ocho años durante el cual la mutualización se irá alcanzando de manera progresiva, mediante la asignación temporal de lo recaudado a compartimentos nacionales que soportarán en primer lugar, en proporción decreciente en el tiempo, el coste de la eventual resolución de entidades autorizadas en el Estado miembro, hasta que al término de dicho período transitorio tales compartimentos asignados a cada Estado desaparezcan y la mutualización lo sea por el total del Fondo.

II. PLANIFICACIÓN DE LA RECUPERACIÓN Y LA RESOLUCIÓN

1. La planificación preventiva

La CRD IV ya preveía (artículo 74) que *“Las autoridades competentes garantizarán que se pongan en marcha planes de rescate⁴⁶ para restablecer la situación financiera de las entidades, en caso de deterioro significativo de las mismas, y planes de resolución”*, y, en relación a dichos planes, estableció el principio de proporcionalidad, en virtud del cual, *“podrá limitarse lo exigido a una entidad en relación con la elaboración, mantenimiento y actualización de planes de rescate, así como lo exigido a la autoridad de resolución, tras consultar a la autoridad competente, en relación con la preparación de planes de resolución, en caso de que, previa consulta a la autoridad macroprudencial nacional, las autoridades competentes consideren que la quiebra de una entidad específica debida, entre otros, a su tamaño, su modelo empresarial, su interconexión con otras entidades, o al sistema financiero en general, no tendrá repercusiones negativas sobre los mercados financieros, sobre otras entidades o sobre las condiciones de financiación”*.

La BRRD por su parte ofreció además una detallada justificación de la necesidad de la planificación de las medidas de recuperación y resolución:

⁴⁶ El término *recovery* ha sido traducido al español en distintos textos legislativos europeos como rescate, reestructuración y recuperación; preferimos éste último, recuperación, por entender que su significado es el que mejor se ajusta al contenido de la BRRD y es el recogido en la Ley 11/2015.

“Vista la incidencia que podría tener la inviabilidad de una entidad en los mercados financieros, en otras entidades, en las condiciones de financiación o en la economía en general debido a la naturaleza de las actividades de la entidad, la estructura de su accionariado, su forma jurídica, su perfil de riesgo, su tamaño y su estatuto jurídico, su interconexión con otras entidades o con el sistema financiero en general, el ámbito y la complejidad de sus actividades, su pertenencia a un SIP o a otros sistemas de solidaridad mutua de cooperación... y cualquier ejercicio de servicios o actividades de inversión..., así como los posibles efectos negativos de la citada inviabilidad y su ulterior liquidación con arreglo a los procedimientos concursales normales en los mercados financieros, en otras entidades, en las condiciones de financiación o en la economía en general, los Estados miembros se asegurarán de que las autoridades competentes y las autoridades de resolución determinen”⁴⁷: el contenido y los pormenores de los planes de reestructuración y resolución; la fecha límite en que deberán estar listos los primeros planes de reestructuración y resolución y la frecuencia de actualización de los mismos; el contenido y los pormenores de la información exigida de las entidades; y el nivel de detalle de la valoración de la resolubilidad.

Y el Real Decreto 1012/2015 de desarrollo de la Ley 11/2015 se ha encargado de fijar los criterios para modular el establecimiento y la aplicación de las obligaciones y requisitos legalmente exigibles y la utilización de los diferentes instrumentos de que disponen el supervisor y la autoridad de resolución, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en la entidad:

- la naturaleza de sus actividades;
- la estructura de su accionariado;
- la forma jurídica;
- el perfil de riesgo;
- el tamaño;
- el estatuto jurídico;
- la interconexión de la entidad con otras entidades o con el sistema financiero en general;

⁴⁷ Artículo 4.1 de la BRRD

- el ámbito y la complejidad de sus actividades;
- la pertenencia a un sistema institucional de protección o a otros sistemas de solidaridad mutua de cooperación; y
- si ejerce algún servicio o actividad de inversión.

En base a estos criterios y atendiendo al principio de proporcionalidad, el supervisor y la autoridad de resolución, tras consulta, en su caso, a la autoridad macroprudencial, decidirán sobre la aplicación de obligaciones simplificadas a determinadas entidades, decisión que deberán revisar periódicamente y que, por razones obvias, no alcanza a las entidades de importancia sistémica.

Partiendo del contenido de la Directiva BRRD, centraremos nuestro análisis en cómo la Ley 11/2015 y el Reglamento del MUR han concretado los requisitos y el contenido de los planes de recuperación y de resolución, a los que nos referiremos en los siguientes apartados.

Para evitar reiteraciones innecesarias, en lo sucesivo nos referiremos a las obligaciones, requisitos e instrumentos aplicables con carácter general a las entidades de crédito individualmente consideradas, dando por sentado que:

- cuando resulte aplicable, algunas entidades, atendiendo a los criterios de proporcionalidad antes señalados, estarán sometidas a exigencias de menor intensidad ⁴⁸.
- los grupos consolidables de entidades de crédito exigen de procedimientos más complejos, por cuanto en ellos están involucrados la matriz, las filiales y las entidades financieras consolidadas, así como los supervisores y autoridades de resolución de todos ellos. Salvo por esta mayor complejidad, el tratamiento regulatorio de los grupos es, *mutatis mutandis*, similar al de las entidades que los

⁴⁸ EBA. Guidelines on the application of simplified obligations under Article 4(5) of Directive 2014/59/EU (EBA/GL/2015/16). 7 July 2015.

EBA. Implementing Technical Standards on the uniform formats, templates and definitions for the identification and transmission of information by competent authorities and resolution authorities to the EBA for the purposes of Article 4(7) of Directive 2014/59/EU (EBA/ITS/2015/05). 7 July 2015.

componen; no obstante, haremos referencia a ellos en caso de diferencias significativas; y

- atendiendo al reparto de competencias establecido en la Unión Bancaria y en España:
 - las referencias al supervisor deben entenderse realizadas al Banco Central Europeo, respecto de las entidades y grupos sometidos a la supervisión directa de éste, al Banco de España respecto del resto de entidades y grupos españoles y a las respectivas autoridades nacionales supervisoras en los demás casos.
 - las referencias a la autoridad de resolución deben entenderse referidas a la Junta Única de Resolución en el caso de las entidades y grupos respecto de los cuales ésta tiene las competencias en materia de resolución⁴⁹; al Banco de España como autoridad de resolución preventiva y al FROB como autoridad de resolución ejecutiva en el caso de las demás entidades y grupos españoles; y a las respectivas autoridades nacionales de resolución en los demás casos.

2. Plan de recuperación (*recovery plan*)

El plan de recuperación tiene por finalidad el contemplar el conjunto de medidas y acciones que la entidad tendría que adoptar con el objetivo de restablecer su posición financiera en el caso de que se produjera un deterioro significativo de la misma.

Las entidades de crédito y, en el caso de entidades que formen parte de un grupo consolidable, las matrices de los grupos de entidades, están obligadas a elaborar y mantener actualizado un plan de recuperación en el que se contemplen las medidas a aplicar por la entidad (o por la matriz y cada una de las filiales en el caso de un grupo)⁵⁰,

⁴⁹ Que, como vimos en un apartado anterior, incluye a las entidades sometidas a la supervisión directa del BCE, a los grupos transfronterizos, a las entidades y grupos respecto de los cuales la Junta decida ejercer directamente las competencias de resolución y a las entidades de grupos respecto de los cuales los Estados miembros decidan delegar en la Junta las competencias de resolución.

⁵⁰ En todo caso, será obligatoria la elaboración de planes de recuperación individuales para las entidades sujetas a la supervisión directa del Banco Central Europeo, y el supervisor podrá exigir a las filiales de un grupo que elaboren y presenten planes de recuperación individuales.

sin presuponer el acceso a ayudas financieras públicas, en el que, además, se incluyan las variables e indicadores, cuantitativos y cualitativos, que la entidad tomará en consideración para emprender las medidas y acciones previstas, entre los que se incluirán, al menos, los indicadores de capital, liquidez y calidad y rentabilidad de los activos así como con indicadores macroeconómicos, de mercado o de otra índole que sean relevantes para evaluar la situación financiera de la entidad⁵¹. Los indicadores deben ser de fácil monitorización tanto para la entidad como para el supervisor y la entidad debe establecer mecanismos adecuados para su seguimiento regular. En todo caso, los indicadores no deben entenderse como umbrales absolutos que impliquen necesariamente la reestructuración de la entidad en caso de ser rebasados, y el órgano de administración podrá abstenerse de emprender las acciones previstas en el plan si no las considera oportunas dadas las circunstancias y, en sentido contrario, emprender las acciones previstas sin necesidad de que se haya alcanzado el valor del indicador pertinente de los indicadores, notificándolo al supervisor.

El plan debe actualizarse anualmente, siempre que cambios en la estructura jurídica u organizativa o en la situación financiera de la entidad lo requiera y cuando el supervisor lo estime conveniente. El plan y sus actualizaciones deben ser aprobados por el órgano de administración de la entidad. El plan de recuperación se considera un procedimiento de gobierno corporativo y, como vimos en un capítulo anterior, los sistemas, procedimientos y mecanismos de gobierno corporativo “*serán exhaustivos y proporcionados a la naturaleza, escala y complejidad de los riesgos inherentes al modelo empresarial y las actividades de la entidad*”⁵².

Por lo que se refiere al concreto contenido del plan de resolución, deberá incluir, como mínimo:

- Distintos escenarios hipotéticos de inestabilidad financiera y macroeconómica que afecten tanto al conjunto del sistema financiero como a la entidad o al

⁵¹ EBA. Guidelines on the minimum list of qualitative and quantitative recovery plan indicators (EBA/GL/2015/02). 6 May 2015.

⁵² Artículo 29.1 de la LOSS

grupo⁵³. Los planes de recuperación de grupo deberán incluir disposiciones para garantizar la coordinación y la coherencia de las medidas que deban adoptarse en la matriz y en las filiales y si existen obstáculos para la aplicación de las medidas de recuperación y para la rápida transmisión de fondos propios o el reembolso de pasivos o activos dentro del grupo.

- Las medidas que podrá adoptar la entidad cuando se cumplan las condiciones para la actuación temprana, a la que nos referiremos más adelante.
- Las condiciones y procedimientos apropiados para garantizar la correcta y oportuna aplicación de medidas de recuperación, así como una amplia gama de opciones para dicha recuperación.
- Los acuerdos de ayuda financiera intragrupo que, en su caso, se hayan concertado.
- Un análisis de las condiciones en las que la entidad podría hacer uso de las facilidades de crédito de los bancos centrales y de los activos que a tal fin pudieran calificarse como garantías.
- Un conjunto de informaciones sobre las características del plan y las disposiciones y medidas que se prevé adoptar para superar la situación de debilidad: un resumen del plan, información sobre su gobernanza, un análisis de la estrategia a seguir, el plan de comunicación y una descripción de las medidas preparatorias⁵⁴.

La Ley no prevé un procedimiento formal de aprobación del plan por el supervisor, algo que resulta criticable si tenemos en cuenta que la propia Ley (art.72) establece que la aprobación de plan de recuperación por el supervisor agota la vía administrativa y solo es recurrible ante la jurisdicción contencioso administrativa.

⁵³ EBA. Guidelines on the range of scenarios to be used in recovery plans (EBA/GL/2014/06). 18 July 2014.

Véase también FSB. Recovery and Resolution Planning for Systemically Important Financial Institutions: Guidance on Recovery Triggers and Stress Scenarios. 16 July 2013

⁵⁴ EBA. Regulatory Technical Standards on the content of recovery plans under Article 5(10) of Directive 2014/59/EU establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms. (EBA/RTS/2014/11). 18 July 2014.

En su lugar, establece que el supervisor “revisará” el plan (“evaluará” en la BRRD y en el Real Decreto), en un plazo máximo de seis meses desde su presentación, y sus actualizaciones, teniendo en cuenta las posibilidades que ofrece el plan para mantener o restaurar la viabilidad de la entidad de forma ágil y efectiva⁵⁵, y la adecuación de la estructura de capital y financiación de la entidad al nivel de complejidad organizativa y el perfil de riesgo de la entidad, en base, fundamentalmente, de dos criterios:

- la aplicación del plan debe ofrecer posibilidades razonables de mantener o restaurar la viabilidad y la posición financiera de la entidad o del grupo, teniendo en cuenta las medidas preparatorias que la entidad haya adoptado o tenga previsto adoptar; y
- el plan y las opciones específicas que se adopten deben poder aplicarse de forma rápida y efectiva en caso de inestabilidad financiera y evitando, en la medida de lo posible, todo efecto adverso significativo en el sistema financiero, incluso en escenarios que lleven a otras entidades a aplicar planes de recuperación.

Adicionalmente, el supervisor remitirá el plan de recuperación a las autoridades de resolución, quienes podrán formular propuestas de modificación en la medida en la que el plan pudiera afectar negativamente a la resolubilidad de la entidad⁵⁶. En el caso de los grupos, se remitirá igualmente a los supervisores y autoridades de resolución afectados. El proceso de evaluación del plan de resolución de un grupo se organiza, bajo el liderazgo del supervisor en base consolidada, con la finalidad de alcanzar un acuerdo entre los supervisores de las entidades integrantes del grupo, con la mediación rogada, en su caso, de la Autoridad Bancaria Europea.

En el caso de las entidades bajo la supervisión directa del Banco Central Europeo, corresponde a éste *“realizar funciones de supervisión en relación con los planes de recuperación y la intervención temprana cuando una entidad de crédito o un grupo respecto del cual el BCE sea el supervisor en base consolidada incumpla o vaya a*

⁵⁵ EBA. Regulatory Technical Standards on the assessment of recovery plans under Article 6(8) of Directive 2014/59/EU (EBA/RTS/2014/12). 18 July 2014

⁵⁶ En el Reglamento del MUR, esta función de la Junta Única de Resolución, respecto de las entidades de las que es la autoridad de resolución, se encuentra ubicada, aparentemente por error, en el artículo 10.2 referido a la evaluación de la resolubilidad.

incumplir probablemente los requisitos prudenciales aplicables, y, únicamente en los casos en que el Derecho aplicable de la Unión estipule explícitamente la intervención de las autoridades competentes, en relación con los cambios estructurales que han de introducir las entidades de crédito para evitar dificultades financieras o impagos, con exclusión de toda atribución en materia de resolución”.

Si de la revisión del plan de recuperación el supervisor concluye que el plan presenta deficiencias o que existen impedimentos que dificultan la aplicación del mismo, podrá, tras ser oída la entidad, requerir a ésta para que realice modificaciones, y si no fuera posible subsanar dichas deficiencias o impedimentos, podrá requerir a la entidad la adopción de cualquier medida adicional, en particular:

- reducir su perfil de riesgo, incluido el riesgo de liquidez;
- permitir la adopción puntual (sic) de medidas de recapitalización;
- revisar su estrategia y estructura;
- modificar la estrategia de financiación para mejorar la solidez de las áreas principales de actividad y de las funciones esenciales; o
- realizar cambios en su sistema de gobierno corporativo.

La falta de remisión al supervisor del plan de recuperación y la falta de remisión de las revisiones del plan que hayan sido exigidas por el supervisor competente, así como no mantener el plan de recuperación actualizado anualmente o tras haber ocurrido un cambio en la estructura jurídica u organizativa de la entidad que requiera cambios en el mismo, siempre que las circunstancias de la entidad hayan variado significativamente y justifiquen una alteración sustancial del plan, se tipifican por la Ley 11/2015 como infracciones muy graves.

Información que se debe incluir en los planes de recuperación

El plan de recuperación contendrá la siguiente información:

- 1.. Un resumen de los elementos fundamentales del plan y de la capacidad total de recuperación.
2. Un resumen de los cambios importantes de la entidad desde el plan de recuperación aprobado más recientemente.
3. Un plan de comunicación y divulgación que describa cómo se propone gestionar cualquier posible reacción negativa de los mercados.

4. Una serie de medidas en materia de capital y liquidez necesarias para mantener o restablecer la viabilidad y la posición financiera de la entidad.
5. Una estimación del plazo de ejecución de cada aspecto importante del plan.
6. Una descripción detallada de cualquier obstáculo sustancial a una ejecución eficaz y oportuna del plan, incluida una consideración del impacto sobre el resto del grupo, los clientes y las contrapartes.
7. La determinación de las funciones esenciales.
8. Una descripción detallada de los procesos para determinar el valor y la capacidad de comercialización de las operaciones, los activos de la entidad y las ramas de actividad principales.
9. Una descripción detallada de cómo se integra el plan de recuperación en la estructura de gobernanza de la entidad, así como las políticas y procedimientos que rigen la aprobación del plan de recuperación y la identificación de las personas de la organización responsables de elaborar y aplicar el plan.
10. Disposiciones y medidas para conservar o restaurar los fondos propios de la entidad.
11. Disposiciones y medidas para garantizar que la entidad cuente con un acceso adecuado a fuentes de financiación de contingencia, incluyendo las fuentes de liquidez potenciales, una evaluación de las garantías disponibles y una evaluación de la posibilidad de transmitir liquidez entre las ramas de actividad y las entidades del grupo, a fin de garantizar que pueda seguir adelante con sus actividades y cumplir sus obligaciones en la fecha de su vencimiento.
12. Disposiciones y medidas para reducir el riesgo y el apalancamiento.
13. Disposiciones y medidas para la reestructuración del pasivo.
14. Disposiciones y medidas para la reestructuración de las ramas de actividad.
15. Disposiciones y medidas necesarias para mantener el acceso continuo a las infraestructuras de los mercados financieros.
16. Disposiciones y medidas necesarias para mantener el funcionamiento de los procesos operativos de la entidad, incluyendo las infraestructuras y los servicios de las tecnologías de la información.
17. Disposiciones preparatorias para facilitar la venta de activos o ramas de actividad en un momento adecuado para la restauración de la solidez financiera.
18. Otras acciones o estrategias de gestión para restaurar la solidez financiera y el efecto financiero previsto de estas acciones o estrategias.
19. Medidas preparatorias que la entidad ha adoptado ya o tenga intención de adoptar para facilitar la aplicación del plan de recuperación, incluidas las necesarias para permitir la recapitalización interna de la entidad en el momento oportuno.
20. Un marco de indicadores que determine los puntos en los que se podrán emprender las acciones adecuadas contempladas en el plan.

3. Plan de resolución (*resolution plan*)

El plan de resolución tiene por objeto disponer las acciones que la autoridad de resolución podría adoptar si la entidad cumpliera las condiciones para su resolución.

En él se identifican los obstáculos sustanciales a la resolubilidad de la entidad y se esbozan las medidas pertinentes para abordar dichos obstáculos, teniendo en cuenta distintos escenarios, referidos tanto a que la posible inviabilidad de la entidad sea de carácter idiosincrático, como que se produzca en un momento de inestabilidad financiera general o a causa de factores que afectan a todo el sistema. El plan no presupondrá la existencia de apoyo financiero público extraordinario, ni el apoyo del banco central en forma de asistencia urgente de liquidez o de provisión de liquidez atendiendo a criterios no convencionales en cuanto a garantías, vencimiento y tipos de interés.

La elaboración y aprobación de cada uno de los planes de las entidades no integradas en un grupo corresponde a la autoridad de resolución, previa consulta con el supervisor. En el caso de los grupos, el plan de resolución del grupo debe incluir el de la matriz y las filiales, formularse por la autoridad de resolución en base consolidada, en colaboración con el resto de autoridades de resolución y supervisores involucrados y aprobarse, preferentemente, de común acuerdo. La adopción del plan de resolución se plasmará en una decisión conjunta con las autoridades de resolución de las filiales del grupo. Los planes de resolución de grupo deberán identificar las medidas para la resolución de la matriz, las filiales del grupo y las sociedades de cartera con domicilio social en la Unión Europea y las filiales del grupo con domicilio social fuera de la Unión Europea⁵⁷.

Respecto de las entidades y grupos de los que la Junta Única de Resolución sea la autoridad de resolución, será ésta quien elaborará y adoptará los planes de resolución,

⁵⁷ En todo caso las entidades que estén sujetas a la supervisión directa del Banco Central Europeo, o que constituyan una parte considerable del sistema financiero español, serán también objeto de planes de resolución individuales.

tras consultar con el BCE o los correspondientes supervisores nacionales y las autoridades nacionales de resolución de los Estados miembros participantes.

Respecto del resto de entidades y grupos serán las respectivas autoridades nacionales de resolución las encargadas de elaborar y adoptar los correspondientes planes. En el caso de España, el encargado de su elaboración y, previo informe del FROB y del supervisor, de su aprobación, es la autoridad de resolución preventiva, es decir, el Banco de España⁵⁸.

Por su parte, el Reglamento del MUS establece que el BCE cooperará estrechamente con las autoridades facultadas para llevar a cabo la resolución de entidades de crédito, en particular en la preparación de los planes de resolución⁵⁹.

El plan de resolución de cada entidad se actualizará al menos anualmente, siempre que un cambio en la estructura jurídica u organizativa o en su situación financiera de la entidad pudiera afectar significativamente a la eficacia del plan o requerir cambios del mismo, y siempre que la autoridad de resolución lo estime conveniente. Las entidades están obligadas a facilitar al supervisor la información precisa para la elaboración del plan de resolución⁶⁰.

⁵⁸ La BRRD exige que cada Estado miembro designe una o, excepcionalmente, varias autoridades de resolución encargadas de ejercer las competencias de resolución («la autoridad de resolución»), incluso excepcionalmente al supervisor, pero exige que, para garantizar la independencia operativa y evitar conflictos de intereses entre las funciones de supervisión y las funciones de las autoridades de resolución, se adopten las adecuadas disposiciones estructurales, sin perjuicio del intercambio de información y las obligaciones de cooperación prescritos por la Directiva y, en particular, que exista, una independencia operativa entre la función de resolución y las funciones de supervisión o de otra índole de la autoridad de que se trate.

En el caso del Banco de España, el Departamento de Resolución está integrado en la Dirección General de Estabilidad Financiera y Resolución, mientras que las funciones de supervisión están asignadas a la Dirección General de Supervisión.

⁵⁹ Téngase en cuenta que el Reglamento del MUS es anterior a la creación del Mecanismo Único de Resolución y que en el momento de su publicación, octubre de 2013, las competencias en materia de resolución eran todavía nacionales.

⁶⁰ EBA. Implementing Technical Standards on procedures, forms and templates for the provision of information for resolution plans under Article 11(3) of Directive 2014/59/EU (EBA /ITS/2015/6). 7 July 2015.

En cuanto a su contenido, el plan debe incluir un resumen, una descripción de la estrategia de resolución, los acuerdos sobre información, los acuerdos sobre continuidad de las operaciones, la financiación, comunicación, conclusiones de la valoración de la resolubilidad y las respuestas de la entidad o grupo⁶¹.

4. Valoración de la resolubilidad

“Se considerará que puede llevarse a cabo la resolución de una entidad si resulta factible y creíble que la autoridad de resolución proceda, bien a su liquidación con arreglo a procedimientos de insolvencia ordinarios, o bien a su resolución haciendo uso de los diferentes instrumentos y competencias de resolución evitando en la medida de lo posible consecuencias adversas significativas para los sistemas financieros (incluida la eventualidad de inestabilidad financiera general o la existencia de factores que afecten a todo el sistema) del Estado miembro en el que se encuentra la entidad, de otros Estados miembros o de la Unión, y con el fin de garantizar la continuidad de las funciones esenciales desarrolladas por la entidad”⁶².

Las consecuencias adversas significativas para el sistema financiero o la amenaza para la estabilidad financiera se refieren a una situación en la que el sistema financiero está real o potencialmente expuesto a una perturbación que puede provocar dificultades financieras que podrían poner en peligro la integridad, la eficiencia y el correcto funcionamiento del mercado interior o de la economía o el sistema financiero de uno o más Estados miembros⁶³.

La valoración de la resolubilidad de la entidad ha de ser realizada por la autoridad de resolución, al mismo tiempo que la elaboración y actualización del plan de resolución, y tomando en consideración, como mínimo, una serie de aspectos que la BRRD detalla y tienen que ver con el grado en que sería factible la adopción de medidas por la autoridad

⁶¹ EBA. Regulatory Technical Standards on the content of the resolution plan and the assessment of the resolvability (EBA/RTS/2014/15). 19 December 2014.

Véase igualmente FSB. Recovery and Resolution Planning for Systemically Important Financial Institutions: Guidance on Developing Effective Resolution Strategies. 16 July 2013.

⁶² Artículo 15 de la Directiva BRRD.

⁶³ Artículo 10.5 del Reglamento 806/2014 del MUR.

de resolución para, en caso de inviabilidad de la entidad, alcanzar una solución, ya sea la liquidación concursal, ya la resolución, que no comprometa la estabilidad financiera. Conforme al *technical standard* de la EBA, el proceso de valoración de resolubilidad se desarrolla en tres etapas: en primer lugar la autoridad de resolución debe valorar si es factible y creíble la liquidación de la entidad conforme al procedimiento concursal ordinario; en caso contrario, en una segunda etapa debe identificar la estrategia de resolución preferida; y, finalmente, proceder a valorar la viabilidad y credibilidad de tal estrategia⁶⁴.

Si, a raíz de la evaluación de la resolubilidad de una entidad, la autoridad de resolución, tras consultar con las autoridades de supervisión, determina que existen obstáculos importantes que impiden su resolución, elaborará, en cooperación con el supervisor, un informe dirigido a la entidad 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.

El informe examinará el impacto en el modelo empresarial de la entidad y recomendará todas las medidas específicas y proporcionadas que la autoridad de resolución considera necesarias o apropiadas para eliminar dichos obstáculos, exponiendo los motivos que justifican la evaluación realizada y las medidas propuestas.

La entidad dispone de un plazo de cuatro meses a partir de la fecha de recepción del informe, para proponer a la autoridad de resolución las posibles medidas para abordar o eliminar los obstáculos señalados en el informe. La autoridad de resolución, tras consultar con el supervisor valorará si las medidas propuestas permiten abordar o eliminar de forma efectiva los obstáculos materiales en cuestión.

Si a juicio de la autoridad de resolución las medidas propuestas por la entidad no suponen una reducción o eliminación efectiva de los obstáculos a la resolución, la autoridad de resolución, tras consultar con el supervisor y, en su caso, con la autoridad macroprudencial, adoptará una decisión en la que constate este hecho y, ya sea a través

⁶⁴ EBA. Regulatory Technical Standards on the content of the resolution plan and the assessment of the resolvability (EBA/RTS/2014/15). 19 December 2014.

de las autoridades nacionales en el caso de las entidades cuya resolución corresponde a la Junta Única, ya sea directamente por la autoridad de resolución preventiva en el caso de las demás entidades españolas, la autoridad de resolución podrá exigir⁶⁵ a la entidad que adopte cualquiera de las medidas previstas en la BRRD a las que nos referiremos a continuación, básicamente de tres tipos: medidas estructurales relativas a la organización los negocios o la estructura legal; medidas financieras referidas a los activos, pasivos, productos y operaciones; y medidas tendentes a incrementar los requerimientos de información⁶⁶. Al determinar las medidas alternativas, la autoridad habrá de demostrar por qué las medidas propuestas por la entidad no podrían eliminar los obstáculos a la resolubilidad y por qué las medidas alternativas presentadas son adecuadas, necesarias y proporcionadas a la hora de eliminarlos, teniendo en cuenta el riesgo que para la estabilidad financiera entrañan dichos obstáculos, los efectos de las medidas sobre la actividad y la estabilidad de la entidad y sobre su capacidad de contribución a la economía, sobre el mercado interior de servicios financieros y sobre la estabilidad financiera en otros Estados miembros y en la Unión en su conjunto, así como la necesidad de evitar toda incidencia en la entidad afectada que exceda de lo necesario para eliminar los obstáculos a la resolución o sea desproporcionada.

En el caso de grupos de entidades de crédito, la autoridad de resolución en base consolidada con el resto de autoridades de resolución competentes y en colaboración con los supervisores, procurarán alcanzar en el colegio de autoridades de resolución una decisión conjunta sobre los obstáculos a la resolución del grupo, la evaluación de las medidas propuestas por la empresa matriz y las medidas que se exigirán para eliminar tales obstáculos, atendiendo a las posibles repercusiones de éstas en los Estados miembros de la Unión Europea en los que opere el grupo. Se prevé la posibilidad de solicitar la mediación de la EBA para alcanzar tal acuerdo.

⁶⁵ “*podrá solicitar*” (sic) es la expresión utilizada en el artículo 17 de la Ley 11/2015

⁶⁶ EBA. Guidelines on the specification of measures to reduce or remove impediments to resolvability and the circumstances in which each measure may be applied under Directive 2014/59/EU (EBA/GL/2014/11). 19 December 2014.

Entre las medidas cuya adopción puede exigir la autoridad de resolución podrán figurar las siguientes:

- exigir a la entidad la revisión de los mecanismos de financiación o la elaboración de acuerdos para garantizar el desarrollo de sus funciones esenciales;
- establecer límites a los riesgos individuales y globales de la entidad;
- imponer requisitos adicionales de información relevante para llevar a cabo la resolución;
- exigir a la entidad que se deshaga de activos específicos;
- exigir a la entidad que limite o cese determinadas actividades;
- restringir o impedir el desarrollo de ciertas ramas de actividad o la venta de ciertos productos;
- imponer cambios en la estructura jurídica u operativa de la entidad o de cualquier entidad del grupo que se encuentre directa o indirectamente bajo su control, con el fin de reducir su complejidad y garantizar que las funciones esenciales puedan separarse jurídica y operativamente de otras funciones mediante la aplicación de instrumentos de resolución;
- exigir a una entidad o a una empresa matriz la constitución de una sociedad financiera de cartera matriz en España o matriz en la Unión Europea;
- exigir a una entidad la emisión de pasivos admisibles para dar cumplimiento a los requisitos de MTEL a los que nos referiremos a continuación;
- exigir a una entidad que adopte otras medidas para cumplir el requisito mínimo de fondos propios y pasivos admisibles (MREL). en particular, la autoridad de resolución preventiva podrá exigir a la entidad que renegocie cualquier pasivo admisible o instrumento de capital adicional de nivel 1 o nivel 2 emitido, para garantizar que las decisiones de amortización o conversión que adopte la autoridad de resolución ejecutiva se apliquen con arreglo a la legislación que rija el instrumento; y
- cuando una entidad sea filial de una sociedad mixta de cartera, exigir a la sociedad mixta de cartera que constituya una sociedad financiera de cartera separada para controlar la entidad, si ello fuera necesario para evitar que la

aplicación de los instrumentos de resolución tuviesen efectos adversos en la parte no financiera del grupo.

En el plazo de un mes desde la recepción de la notificación de las medidas alternativas impuestas por la autoridad de resolución preventiva competente en virtud del apartado anterior, la entidad deberá presentar un plan de implementación de dichas medidas.

En este sentido, no proponer a la autoridad de resolución preventiva las medidas adecuadas para reducir o eliminar los obstáculos a la resolubilidad y la no aplicación de las medidas alternativas propuestas por la autoridad de resolución preventiva para reducir o eliminar los obstáculos, están tipificadas como infracciones graves cuando tenga carácter ocasional o aislado y muy graves en caso contrario.

De la misma manera, se tipifican como infracciones graves o muy graves la falta de colaboración necesaria por parte de la entidad con la autoridad de resolución preventiva, a los efectos de la elaboración de los planes de resolución y la falta de remisión a la autoridad de resolución preventiva de la información necesaria para la elaboración del plan de resolución.

Cuestiones que las autoridades de resolución deben considerar al valorar la resolución de una entidad o un grupo

Al evaluar la oportunidad de proceder a la resolución de una entidad o un grupo, las autoridades de resolución competentes tomarán en consideración los factores que se exponen a continuación.

1. El grado en que la entidad puede asignar las ramas de actividad principales y las operaciones esenciales a personas jurídicas.
2. El grado de compatibilidad entre las estructuras jurídicas y corporativas con respecto a las ramas de actividad principales y las operaciones esenciales
3. El grado en que existen mecanismos para proporcionar personal básico, infraestructura, financiación, liquidez y capital para ayudar y mantener las ramas de actividad principales y las operaciones esenciales.
4. El grado en que los acuerdos de servicio que la entidad mantiene son plenamente ejecutables en caso de resolución de la entidad.
5. El grado en que la estructura de gobernanza de la entidad es adecuada para gestionar y garantizar el cumplimiento de las políticas internas de la entidad con respecto a sus acuerdos sobre nivel de servicio.
6. El grado en que la entidad cuenta con un proceso para transmitir a terceras partes los servicios prestados en virtud de acuerdos sobre nivel de servicio, en caso de segregación de las funciones esenciales o de las ramas de actividad principales
7. El grado en que existen planes y medidas de contingencia para garantizar la continuidad del acceso a los sistemas de pago y de liquidación.
8. La adecuación de los sistemas de gestión de información para garantizar que las autoridades de resolución pueden recopilar información precisa y completa sobre las ramas de actividad principales y las operaciones esenciales a fin de permitir una rápida toma de decisiones.
9. La capacidad de los sistemas de gestión de información de proporcionar la información esencial para una resolución eficaz de la entidad en cualquier momento, incluso en condiciones que cambien rápidamente.
10. El grado en que la entidad ha probado sus sistemas de información de gestión en escenarios de tensión definidos por la autoridad de resolución.
11. El grado en que la entidad puede garantizar la continuidad de sus sistemas de información de gestión, tanto para la entidad afectada como para la nueva entidad, en caso de que las operaciones esenciales y las ramas de actividad principales sean separados del resto de las operaciones y ramas de actividad
12. El grado en que la entidad ha creado procesos adecuados para proporcionar a las autoridades de resolución la información necesaria para identificar a los depositantes y los importes garantizados por los sistemas de garantía de depósitos.
13. En el caso de que el grupo utilice garantías a nivel interno, el grado en que estas garantías se ofrecen a condiciones de mercado y la solidez de los sistemas de gestión del riesgo relativos a estas garantías.

14. Cuando el grupo lleve a cabo transacciones vinculadas o espejo, la medida en que estas transacciones se realizan en condiciones de mercado y la solidez de los sistemas de gestión del riesgo relativos a estas transacciones.
15. La medida en que el uso de garantías dentro del grupo o de transacciones vinculadas o espejo aumenta el contagio dentro del grupo.
16. El grado en que la estructura jurídica del grupo impide la aplicación de los instrumentos de resolución como consecuencia del número de personas jurídicas, de la complejidad de la estructura del grupo o de la dificultad a la hora de asignar las ramas de actividad a las entidades del grupo.
17. El importe y el tipo de pasivos admisibles de la entidad.
18. Cuando la evaluación se refiera a una sociedad mixta de cartera, el grado en que la resolución de las entidades del grupo podría afectar a la parte no financiera del grupo.
19. La existencia de acuerdos de nivel de servicios y su solidez.
20. Si las autoridades de países no pertenecientes a la Unión Europea cuentan con los instrumentos de resolución necesarios para respaldar las acciones de resolución emprendidas por las autoridades de resolución de la Unión Europea, y las posibilidades de una acción coordinada entre las autoridades de la Unión Europea y las de otros países.
21. La viabilidad de utilizar instrumentos de resolución de forma que se cumplan los objetivos de resolución, dados los instrumentos disponibles y la estructura de la entidad.
22. La medida en que la estructura del grupo permite que la autoridad de resolución proceda a la resolución de todo el grupo o de una o varias de las entidades del grupo sin que se produzcan repercusiones negativas significativas, directas o indirectas, sobre el sistema financiero, la confianza de los mercados o la economía, y teniendo como objetivo maximizar el valor del grupo en su conjunto
23. Los medios y disposiciones que podrían facilitar la resolución en el caso de grupos que tengan filiales establecidas en diferentes jurisdicciones.
24. La credibilidad del uso de los instrumentos de resolución de manera que cumplan los objetivos de resolución, atendiendo a las posibles repercusiones en los acreedores, las contrapartes, los clientes y el personal, así como a las posibles acciones que pudieran adoptar las autoridades de países no pertenecientes a la Unión Europea
25. El grado en que el impacto de la resolución de la entidad en el sistema financiero y en la confianza de los mercados financieros puede ser evaluado debidamente.
26. El grado en que la resolución de la entidad podría tener repercusiones negativas significativas, directas o indirectas, sobre el sistema financiero, la confianza de los mercados o la economía.
27. El grado en que el contagio a otras entidades o a los mercados financieros podría contenerse a través de la aplicación de los instrumentos y competencias de resolución
28. El grado en que la resolución de la entidad podría tener un efecto significativo en el funcionamiento de los sistemas de pago y liquidación.

5. Acuerdos de ayuda financiera dentro de un grupo

La Directiva BRRD previó la posibilidad (que no la obligación) de que, dentro de las medidas tendentes a la planificación de la recuperación, las entidades integrantes de un grupo puedan suscribir un acuerdo específico para prestarse ayuda financiera en el caso de que alguna de ellas cumpla las condiciones para la actuación temprana, sin perjuicio de los mecanismos financieros intragrupo que resulten de aplicación en situaciones normales.

El acuerdo de ayuda financiera al que se refiere la Directiva no debe entenderse como un requisito previo que resulte exigible para operar en un Estado miembro, ni su inexistencia impide proporcionar ayuda financiera a cualquier entidad del grupo que experimente dificultades financieras, en las condiciones exigibles en cada caso. Los Estados miembros deben suprimir sus respectivos ordenamientos nacionales los obstáculos a las operaciones de apoyo financiero intragrupo previstas en la Directiva.

Los acuerdos de ayuda financiera habrán de ser: autorizados previamente por el supervisor⁶⁷; sometidos a la aprobación de la junta de accionistas de cada una de las entidades que pretenda ser parte; remitidos a las autoridades de resolución; y publicados incluyendo una descripción de las características generales del acuerdo y los nombres de las entidades participantes⁶⁸. Los acuerdos de apoyo financiero tendrán efectos exclusivamente entre las partes que los hubiesen suscrito, no pudiendo exigirse su cumplimiento por ningún tercero ajeno a los mismos.

Llegado el caso, la competencia para conceder la ayuda financiera acordada corresponde al órgano de administración de la entidad. Esta decisión deberá ser motivada, indicando el objetivo de la ayuda propuesta y justificando que se cumplen las

⁶⁷ EBA. Guidelines specifying the conditions for group financial support under Article 23 of Directive 2014/59/EU (EBA/GL/2015/17). 9 July 2015.

EBA. Regulatory Technical Standards specifying conditions for group financial support under Article 23 of Directive 2014/59/EU (EBA/RTS/2015/08). 9 July 2015.

⁶⁸ EBA. Implementing Technical Standards on the form and content of disclosure of financial supports agreements under Article 26 of Directive 2014/59/EU (EBA/ITS/2015/07). 9 July 2015.

condiciones establecidas. El supervisor podrá prohibir o restringir los términos de la ayuda financiera concedida si considera, justificadamente, que no se han cumplido las condiciones para su prestación.

Una entidad solo podrá prestar ayuda financiera de grupo si se cumplen las condiciones siguientes:

- que exista una probabilidad razonable de que la ayuda prestada contribuya significativamente a resolver las dificultades financieras de la entidad receptora.
- que la prestación de la ayuda financiera tenga el objetivo de garantizar la estabilidad financiera del grupo en su conjunto o de una entidad en concreto y atienda a los intereses de la entidad que presta la ayuda;
- que la ayuda financiera se proporcione en condiciones, incluida la compensación, previamente acordadas;
- que, a juzgar por la información disponible para el órgano de administración de la entidad que presta la ayuda financiera, existan probabilidades razonables de que la entidad receptora abone la compensación de la ayuda;
- que la prestación de ayuda financiera no ponga en peligro la liquidez ni la solvencia de la entidad que la preste;
- que la prestación de ayuda financiera no genere una amenaza para la estabilidad financiera en el Estado miembro de la Unión Europea de la entidad que preste la ayuda;
- salvo que el supervisor competente en base individual lo autorice, que la entidad que facilite la ayuda no incumpla en el momento de la prestación o como consecuencia de la prestación de la ayuda los requisitos de la normativa de solvencia de entidades de crédito en materia de capital, liquidez o grandes riesgos ni cualquier requisito adicional de recursos propios impuesto por el supervisor; y
- que la prestación de ayuda financiera no ponga en peligro la resolubilidad de la entidad que la preste.

Antes de prestar apoyo en el marco de un acuerdo de ayuda financiera de grupo, el órgano de administración de la entidad que se proponga prestar la ayuda deberá

informar al supervisor en base individual, al supervisor en base consolidada, al supervisor de la entidad receptora de la ayuda y la Autoridad Bancaria Europea, incluyendo la motivación de la decisión y los pormenores de la ayuda financiera propuesta.

El supervisor en base individual de la entidad que preste ayuda financiera dispone de un plazo de cinco días hábiles para prohibir o restringir la concesión de la ayuda si considera que no se cumplen las condiciones arriba descritas, justificando su decisión y comunicándola inmediatamente al supervisor en base consolidada, al supervisor de la entidad que recibe la ayuda y a la Autoridad Bancaria Europea.

En tal caso, si el plan de recuperación del grupo contemplaba esta ayuda, el supervisor de la entidad que habría de recibirla podrá pedir al supervisor en base consolidada que emprenda una nueva evaluación del plan de recuperación del grupo.

En todo caso, si el supervisor en base consolidada o el supervisor en base individual de la entidad que recibe la ayuda, tienen objeciones relativas a la decisión de prohibir o restringir la ayuda financiera, podrán trasladar el asunto a la Autoridad Bancaria Europea y solicitar su asistencia.

El incumplimiento de las obligaciones, requisitos y limitaciones previstos en la Ley 11/2015 en relación con la ayuda financiera intragrupo y en particular: haber otorgado la ayuda financiera de grupo sin contar con la autorización del supervisor competente; habiendo obtenido dicha autorización con falseamiento de las circunstancias y requisitos exigibles; haber celebrado un acuerdo de apoyo financiero intragrupo cuando alguna de las partes se encuentre en un supuesto de actuación temprana; no haber publicado las entidades que pertenezcan a un grupo la información procedente respecto a si han suscrito o no un acuerdo de ayuda financiera; y la falta de comunicación al supervisor competente de los acuerdos adoptados para prestar ayuda financiera de grupo; se tipifica como infracción grave cuando tenga carácter ocasional o aislado y muy grave en caso contrario.

6. Requerimiento mínimo de fondos propios y pasivos admisibles (*MREL*)

Con ocasión de la elaboración, valoración y revisión del plan de resolución, la autoridad de resolución preventiva, previo informe de la autoridad de resolución ejecutiva y del supervisor, establecerá, para cada entidad, un requerimiento mínimo de fondos propios y pasivos exigibles (requerimiento conocido por sus siglas en inglés como MREL; *minimum requirement for own funds and eligible liabilities*), expresado como un porcentaje respecto al total de pasivos y fondos propios de la entidad. Además, del requerimiento a nivel individual, las entidades matrices de la Unión Europea, deberán cumplir con un requerimiento mínimo también con carácter consolidado.

Los criterios para fijar, en cada caso, el requerimiento mínimo⁶⁹ estarán basado en:

- la necesidad de garantizar la resolución de la entidad mediante la aplicación de cualquiera de los instrumentos de resolución;
- la necesidad de garantizar que, cuando proceda, la entidad cuente con los pasivos admisibles suficientes para una eficaz aplicación del instrumento de recapitalización interna;
- la necesidad de garantizar que, si el plan de resolución anticipa que determinadas categorías de pasivos admisibles podrían quedar excluidas de la recapitalización interna, o podrían ser transmitidas totalmente a un adquirente en virtud de una transmisión parcial, la entidad cuente con otros pasivos admisibles suficientes para que el instrumento de recapitalización interna puede aplicarse eficazmente;
- el tamaño, tipo de empresa, modelo de financiación y perfil de riesgo de la entidad;
- la medida en que el sistema de garantía de depósitos puede contribuir a la financiación de la resolución; y
- la medida en que la inviabilidad de la entidad tendría un efecto adverso en la estabilidad financiera debido, entre otros, al fenómeno de contagio como consecuencia de su interconexión con otras entidades o con el resto del sistema financiero.

⁶⁹ EBA. Regulatory Technical Standards on criteria for determining the minimum requirement for own funds and eligible liabilities under Directive 2014/59/EU (EBA/RTS/2015/05). 3 July 2015.

El requisito mínimo de fondos propios y pasivos elegibles no superará la cantidad que resulte suficiente para garantizar que, si se aplica el instrumento de recapitalización interna (*bail-in*), puedan absorberse las pérdidas de la entidad y restablecerse el coeficiente de capital ordinario de nivel 1 a un nivel suficiente para permitir que siga cumpliendo las condiciones para su autorización, llevando a cabo las actividades a las que está autorizada y mantener la suficiente confianza del mercado.

A estos efectos, tienen la consideración de fondos propios los instrumentos y partidas del balance que resultan computables como capital ordinario de nivel 1, capital adicional de nivel 1 y capital de nivel 2, conforme a los requerimientos de recursos propios establecidos en la regulación de solvencia; y tienen la consideración de pasivos admisibles, los pasivos e instrumentos de capital no calificados como instrumentos de capital ordinario o adicional de nivel 1 o de nivel 2, que no están excluidos del ámbito de aplicación del instrumento de recapitalización, incluyendo los instrumentos de deuda subordinada y los préstamos subordinados que no puedan considerarse capital adicional de nivel 1 o de nivel 2, cuando el instrumento o el pasivo cumplan las siguientes condiciones:

- que esté emitido y plenamente desembolsado;
- que no se le adeude a la propia entidad, ni esté asegurado o garantizado por ella.
- que la adquisición del instrumento no haya sido financiada directa o indirectamente por la entidad;
- que tenga un plazo de vencimiento remanente de, al menos, un año;
- que no proceda de un instrumento derivado; y
- que no surja de un depósito de los que gozan de preferencia en caso de concurso.

Y están excluidos de la recapitalización interna y por ello no integran los pasivos admisibles para el cumplimiento de los requerimientos de MREL, los siguientes pasivos:

- depósitos garantizados, hasta el nivel garantizado por la normativa del fondo de garantía de depósitos;
- pasivos garantizados, incluidos los bonos garantizados (cédulas y bonos hipotecarios, territoriales y de internacionalización) y los pasivos que formen

parte integrante de la cartera de cobertura de tales bonos, en la parte que no exceda del valor de los activos que lo garantizan;

- pasivos resultantes de la tenencia por la entidad afectada de activos o dinero de clientes, incluidos los depositados en nombre de instituciones de inversión colectiva, entidades de capital-riesgo o entidades de inversión colectiva de tipo cerrado cuando dicho cliente esté protegido con arreglo a la normativa concursal;
- pasivos resultantes de una relación fiduciaria entre la entidad o sociedad afectada, como fideicomisario, y otra persona, como beneficiaria, cuando dicho cliente esté protegido con arreglo a la normativa concursal;
- pasivos de entidades, excluidas las sociedades que formen parte del mismo grupo, cuyo plazo de vencimiento inicial sea inferior a siete días;
- pasivos que tengan un plazo de vencimiento restante inferior a siete días, respecto de sistemas u operadores de sistemas de pagos y de liquidación de valores, o de sus participantes, y resultantes de la participación en uno de estos sistemas; y
- pasivos contraídos con:
 - empleados, en concepto de salarios, pensiones u otras remuneraciones fijas devengadas;
 - acreedores comerciales, por el suministro a la entidad afectada de bienes y servicios que son esenciales para el desarrollo cotidiano de sus actividades;
 - la Administración tributaria o de la Seguridad Social; y
 - los sistemas de garantía de depósitos por contribuciones debidas.

A propósito del nivel mínimo exigible de instrumentos con capacidad de absorción de pérdidas, hay que señalar que el pasado 9 de noviembre de 2015 el *Financial*

Stability Board (FSB) emitió su documento sobre *Total Loss-Absorbing Capacity (TLAC) standard for global systemically important banks (G-SIBs)*⁷⁰.

El estándar ha sido diseñado para que las G-SIBs dispongan de suficiente capacidad para absorber pérdidas y recapitalizarse en caso de resolución, y las autoridades puedan poner en práctica su resolución ordenada de forma que minimice el impacto en la estabilidad financiera, mantenga la continuidad de las funciones críticas y evite que los fondos públicos se vean expuestos a pérdidas. La nueva norma internacional define los requerimientos mínimos exigibles a los instrumentos y pasivos para que resulten fácilmente disponibles para su amortización o conversión (*bail-in*) en caso de resolución de los G-SIBs, sin que ello limite los poderes de las autoridades para la aplicación de otras medidas de bajo sus respectivas legislaciones nacionales aplicables a la resolución.

Aunque, en principio, los requerimientos de TLAC están referidos exclusivamente a los G-SIBs, mientras que los de MREL resultan exigibles a la totalidad de entidades de crédito de la Unión, cabe razonablemente pensar que ambos estándares tenderán a coincidir en un plazo no muy largo.

III. LAS MEDIDAS DE ACTUACIÓN TEMPRANA

1. El Pilar 2 de Basilea

Junto al Pilar 1, referido a los requerimientos mínimos de capital en función de los riesgos que resultan cuantificables, ya sea con modelos internos, ya sea por métodos estandarizados, Basilea II estableció un Pilar 2 referido al proceso de examen supervisor⁷¹ con el objetivo de garantizar que los bancos, además de que posean el capital necesario para cubrir los riesgos de sus actividades, desarrollen y utilicen, bajo la responsabilidad de la dirección, mejores técnicas de gestión de riesgos, de seguimiento

⁷⁰ <http://www.financialstabilityboard.org/wp-content/uploads/TLAC-Principles-and-Term-Sheet-for-publication-final.pdf>

⁷¹ En un capítulo anterior ya hicimos referencia al Pilar 3 de Basilea.

y control de los mismos, así como, procesos internos que les permitan autoevaluar su capital y fijar objetivos de capital adecuados a su perfil de riesgo.

Conviene en primer lugar precisar que el Pilar 2 de Basilea no es en sí mismo un mecanismo de intervención temprana, ni es esa su exclusiva, ni siquiera principal, finalidad. El objetivo perseguido por el Pilar 2 es que sean las propias entidades las que realicen un proceso de autoevaluación de sus necesidades de capital en función de sus riesgos y, a tal fin, desarrollen: políticas y procedimientos para garantizar que identifiquen, cuantifiquen e informen de todos los riesgos importantes; procedimientos que permitan relacionar el capital con el nivel de riesgo y establecer objetivos de suficiencia de capital en función del riesgo, teniendo en cuenta el enfoque estratégico del banco y su plan de negocios; así como, procedimientos internos de controles, exámenes y auditorías al objeto de garantizar la exhaustividad del proceso general de gestión.

“El papel de los supervisores consistirá en evaluar si los bancos cuantifican adecuadamente sus necesidades de capital en función de sus riesgos, interviniendo cuando sea necesario. Esta interacción persigue fomentar un diálogo activo entre los bancos y los supervisores, de modo que cuando se identifiquen deficiencias, pueda actuarse con rapidez y decisión al objeto de reducir el riesgo o de restituir el capital. En consecuencia, los supervisores podrán adoptar una política que incida en mayor medida en aquellos bancos cuyo perfil de riesgo o historial de operaciones justifique tal atención”⁷².

El Proyecto de Circular del Banco de España que desarrolla la LOSS ha recogido con claridad estos dos aspectos del Pilar 2⁷³ :

- el proceso de autoevaluación del capital realizado por la propia entidad, que permita evaluar y mantener de forma permanente el importe, los tipos y la distribución del capital que considere adecuado para cubrir, en función de su

⁷² BCBS. Convergencia internacional de medidas y normas de capital. Marco revisado. Junio 2004, Párrafo 722.

⁷³ El Pilar 2 está recogido en los artículos 51, 52 y 53 de la LOSS, en el artículo 76 del Real Decreto 804/2005 y en los artículos 43 y 44 del Proyecto de Circular del Banco de España.

naturaleza y nivel, todos los riesgos a los que esté o pueda estar expuesta, incluso en escenarios de estrés; y

- el proceso de revisión y evaluación supervisora de los sistemas, estrategias, procedimientos y mecanismos aplicados por las entidades de crédito y la adecuación de los fondos propios mantenidos con respecto a las exposiciones y riesgos asumidos.

Cuando de dicha revisión y evaluación resulte que la entidad no dispone de procedimientos adecuados de gobierno interno, de políticas y prácticas de remuneración coherentes con la promoción de una gestión de riesgo sólida y efectiva, o resulte inadecuado su proceso de autoevaluación del capital, la entidad deberá, subsanar las deficiencias advertidas y cumplir con las medidas que, en su caso, exija el supervisor, entre las que se encuentra la de elaborar un programa de cumplimiento y adecuación del capital que presentará para su aprobación al supervisor.

Dicho es otros términos, la eventual adopción de medidas de actuación temprana es la consecuencia no deseada del Pilar 2. Más concretamente, uno de los cuatro principios básicos del examen supervisor integrantes del Pilar 2 establece que:

Principio 4: Los supervisores tratarán de intervenir con prontitud a fin de evitar que el capital descienda por debajo de los niveles mínimos que exigen las características de riesgo del banco. Asimismo, deberán demandar la inmediata adopción de medidas correctoras si el capital no se mantiene en el nivel requerido o no se recupera ese nivel⁷⁴.

Esta capacidad del supervisor para actuar *con rapidez y decisión al objeto de reducir el riesgo o de restituir el capital* cuando se identifiquen deficiencias tuvo su plasmación regulatoria en el artículo 136 de la Directiva 2006/48 CRD, al que hemos hecho referencia en un apartado anterior al inicio de este capítulo, que otorgó al supervisor la posibilidad de exigir la adopción de una serie de medidas *a toda entidad de crédito que no cumpla los requisitos* de la Directiva.

⁷⁴ BCBS. Convergencia internacional de medidas y normas de capital. Marco revisado. Junio 2004, párrafos 759 y ss.

Las reformas realizadas con la crisis, que han dado lugar a la Directiva 2013/36 CRD IV, han ampliado la capacidad de actuación del supervisor para acometer situaciones de debilidad de las entidades en una fase temprana, tanto en lo relativo a los supuestos de hecho que le habilitan para intervenir, como en el abanico de medidas de las que dispone.

Paralelamente, la Directiva 2014/59 BRRD diseñó el marco completo de los procedimientos de recuperación y resolución de entidades de crédito en la Unión, incluyendo, entre los mecanismos de prevención, las medidas de intervención temprana (*early intervention*); de forma que en estos momentos dos normas comunitarias regulan una misma supuesto: la capacidad de actuación del supervisor para acometer preventivamente debilidades de las entidades supervisadas.

Este esquema se ha trasladado de manera mimética a la regulación española en la Ley 10/2014 LOSS⁷⁵ y la Ley 11/2015, respectivamente, y, tras la puesta en marcha de la Unión Bancaria, en los Reglamentos 1024/2013 del MUS y 806/2014 del MUR. A todo ello nos referiremos en los siguientes apartados.

2. Las medidas de actuación temprana en el artículo 104 de la CRD IV

En la sección que la CRD IV dedica a las medidas y facultades de supervisión, el artículo 102 establece que el supervisor exigirá a la entidad que adopte las medidas necesarias rápidamente para solventar los problemas pertinentes: cuando la entidad no cumpla los requisitos impuestos por la Directiva CRD IV o el Reglamento CRR, y cuando el supervisor tengan datos que indiquen que es probable que la entidad incumpla los requisitos impuestos por la Directiva o por el Reglamento en un plazo de 12 meses.

Es decir, el supuesto de hecho recogido en la CRD, el incumplimiento de los requisitos prudenciales, lo amplía la CRD IV incluyendo, además, la mera probabilidad de incumplimiento, apreciada por el supervisor, en un plazo de 12 meses.

⁷⁵ El Pilar 2 ha quedado recogido con detalle en los artículos 43. Proceso e informe de autoevaluación del capital y 44. Proceso de revisión y evaluación supervisora, del Proyecto de Circular x/2015 del Banco de España sobre supervisión y solvencia; y el artículo 104 de la Directiva en los artículos 68 y 69 de la LOSS.

Las medidas de actuación temprana, como consecuencia del proceso de revisión y evaluación supervisoras al que hemos hecho referencia al hablar del Pilar 2 y/o ante una situación de incumplimiento o de probabilidad de incumplimiento, han quedado recogidas en el artículo 104 de la CRD IV que otorga al supervisor, como mínimo, las siguientes facultades:

- exigir a las entidades de crédito que mantengan fondos propios superiores a los requisitos establecidos en la CRD IV (colchones de capital) y en el Reglamento CRR relativos a riesgos y elementos de riesgo no cubiertos por el artículo 1 del mencionado Reglamento⁷⁶;
- exigir que se refuercen los sistemas, procedimientos, mecanismos y estrategias (capital interno, gobierno interno y planes de recuperación);
- exigir a las entidades que presenten un plan para restablecer el cumplimiento de los requisitos de supervisión establecidos en la Directiva CRD IV y en el Reglamento CRR y fijen 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;
- 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;
- 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;
- exigir la reducción del riesgo inherente a las actividades, productos y sistemas de las entidades;
- exigir a las entidades que limiten la remuneración variable como porcentaje de los ingresos netos, cuando resulte incompatible con el mantenimiento de una base sólida de capital;
- exigir a las entidades que utilicen los beneficios netos para reforzar los fondos propios;

⁷⁶ Los requisitos de fondos propios relativos a elementos del riesgo de crédito, del riesgo de mercado, del riesgo operativo y del riesgo de liquidación.

- prohibir o restringir la distribución por la entidad de dividendos o intereses a accionistas, socios o titulares de instrumentos de capital de nivel 1 adicional, siempre y cuando la prohibición no constituya un supuesto de impago de la entidad;
- imponer obligaciones de información adicionales o más frecuentes, incluida información sobre la situación de capital y liquidez;
- imponer requisitos específicos de liquidez, incluidas restricciones de los desfases de vencimiento entre activos y pasivos; y
- exigir la comunicación de información complementaria.

Y ya no como posibilidad, sino como obligación, el supervisor exigirá el mantenimiento de fondos propios adicionales, como mínimo en los siguientes supuestos:

- si la entidad no cumple los requisitos establecidos en la Directiva en lo relativo a autoevaluación del capital interno y gobierno corporativo, o en el Reglamento respecto de la gestión de los grandes riesgos;
- si hay riesgos o elementos de riesgo que no quedan cubiertos por los requisitos de fondos propios establecidos la Directiva o el Reglamento;
- si resulta probable que la aplicación de otras medidas administrativas no baste por sí sola para mejorar suficientemente los sistemas, procedimientos, mecanismos y estrategias en un plazo adecuado;
- si la revisión supervisora (Pilar 2) y de los modelos internos pone de manifiesto que el incumplimiento de los requisitos exigidos para la aplicación del método correspondiente dará lugar probablemente a unos requisitos de fondos propios insuficientes;
- si resulta probable que los riesgos queden subestimados a pesar del cumplimiento de los requisitos aplicables de la Directiva y del Reglamento; o
- si la entidad notifica a la autoridad competente que los resultados de la prueba de resistencia rebasan de forma significativa el requisito de fondos propios que le es aplicable en lo que respecta a la cartera de negociación de correlación (*correlation trading portfolio*).

Adicionalmente, las autoridades supervisoras valorarán si es preciso exigir fondos propios adicionales para cubrir riesgos a los que esté o pueda estar expuesta una entidad, atendiendo a los aspectos cuantitativos y cualitativos del proceso de evaluación llevado a cabo por la propia entidad y los resultados de la revisión y la evaluación supervisoras, es decir, el Pilar 2 (artículo 104.3)⁷⁷; así como si es preciso imponer un requisito de liquidez específico para cubrir los riesgos de liquidez a los que esté o pueda estar expuesta una entidad (artículo 105).

Como resumen de la posición de la Directiva respecto de las medidas de actuación temprana, su artículo 64, referido a las facultades de supervisión y facultad sancionadora, recoge de manera taxativa que:

“Las autoridades competentes dispondrán de todas las facultades supervisoras de intervención en la actividad de las entidades que resulten necesarias para el ejercicio de sus funciones, en particular el derecho a revocar la autorización de conformidad con el artículo 18, las facultades exigidas con arreglo al artículo 102 y las facultades establecidas en los artículos 104 y 105”.

E incluye entre las causas de revocación de la autorización el que la entidad *“deje de cumplir los requisitos prudenciales que se establecen en las partes tercera, cuarta y*

⁷⁷ En este punto, atendiendo a la redacción dada al artículo 104 de la Directiva, cabe una duda razonable acerca de si la habilitación otorgada al supervisor se refiere a la posibilidad de exigir recursos propios adicionales a los constituidos por la entidad, tras el proceso de autoevaluación del capital desarrollado por ésta, si (y solo si) considera que los riesgos están insuficientemente cubiertos, lo que parece acorde con el espíritu del Pilar 2 de Basilea, o si, por el contrario, faculta al supervisor para que sea él quien fije el nivel mínimo de recursos propios, adicionales a los requerimientos de Pilar 1, lo que convierte al Pilar 2 en una potestad discrecional del supervisor, que según parece es la interpretación que estaría haciendo el BCE (como quiera que los requerimientos de Pilar 2 realizados a las entidades no son públicos, es difícil contrastar este extremo).

En el primer caso, cabría entender que los requerimientos de capital del Pilar 2 son requerimientos *ex lege*, al igual que los del Pilar 1, pero a diferencia de éstos que están predeterminados por la norma, los de Pilar 2 son determinables por la propia entidad, en base al proceso de autoevaluación de capital, sujetos a revisión supervisora y, en su caso, susceptibles de ser incrementados por el supervisor si, y solo si, los considera insuficientes, lo que requiere, entre otras cosas, de un juicio de suficiencia razonado y de un requerimiento expreso y singularizado, susceptible de recurso por la entidad.

En el segundo caso, estaríamos a un puro requerimiento supervisor, ante una potestad discrecional del supervisor para fijar el nivel de recursos propios exigibles, adicionales a los de Pilar 1, a todas y cada una de las entidades supervisadas, en el que el proceso de autoevaluación del capital juega un papel de mero elemento informador de la decisión.

sexta del Reglamento (UE) n° 575/2013 o impuestas en virtud del artículo 104, apartado 1, letra a), o el artículo 105 de la presente Directiva, o deje de ofrecer garantías de poder cumplir sus obligaciones frente a sus acreedores, y en especial haya dejado de garantizar los fondos que le han confiado los depositantes”.

La Ley 10/2014 LOSS, ha recogido íntegramente el contenido de la Directiva en su Capítulo IV del Título III referido a la supervisión, por lo que no insistiremos en ello.

3. El Título III de la BRRD

La BRRD dedica su Título III a la actuación temprana y recoge en el artículo 27 el supuesto de hecho⁷⁸ que habilita al supervisor a intervenir de manera preventiva: *Cuando una entidad infrinja, debido entre otras cosas a un deterioro rápido de la situación financiera, en especial un deterioro rápido de su situación de liquidez, un incremento rápido de su nivel de apalancamiento, mora o concentración de exposiciones, evaluado según una serie de umbrales, que pueden incluir los requisitos de fondos propios del ente más 1,5 puntos porcentuales, o resulta probable en un futuro próximo que infrinja los requisitos del Reglamento (UE) n° 575/2013, la Directiva 2013/36/UE ...*, y detalla las medidas a disposición del supervisor, *“sin perjuicio de las medidas a que se refiere el artículo 104 de la Directiva 2013/36/UE”*.

Entres esas medidas, cuya exigencia debe ir acompañada de un plazo adecuado para su realización y para que el supervisor evalúe la eficacia de la medida, se encuentran, como mínimo, las siguientes:

- exigir al órgano de dirección de la entidad que aplique uno o varios de los procedimientos o medidas establecidos en el plan de recuperación o actualizar dicho plan cuando las circunstancias que hayan desencadenado la actuación temprana difieran de los supuestos del plan de recuperación original y aplicar uno o más de los mecanismos o medidas previstos para ello dentro de un plazo determinado a fin de que dejen de aplicarse las condiciones a que se refiere la frase introductoria;

⁷⁸ EBA. Guidelines on triggers for use of early intervention measures pursuant Article 27(4) of Directive 2014/59/EU (EBA/GL/2015/03). 8 May 2015.

- exigir al órgano de dirección de la entidad que examine la situación, determine las medidas necesarias para superar los problemas encontrados y elabore un programa de actuación para resolver dichos problemas y un calendario de ejecución;
- exigir al órgano de dirección de la entidad que convoque o, si el órgano de dirección no cumpliera con este requisito, convocar directamente una junta de accionistas de la entidad, y en ambos casos fijar el orden del día y exigir que los accionistas consideren la posibilidad de adoptar determinadas decisiones;
- exigir a la entidad que destituya o sustituya a uno o varios miembros del órgano de dirección o alta dirección, si se determina que dichas personas no son aptas para cumplir sus obligaciones de conformidad con el artículo 13 de la Directiva 2013/36;
- exigir al órgano de dirección 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;
- exigir cambios en la estrategia empresarial de las entidades;
- exigir cambios en las estructuras jurídicas u operativas de la entidad; y además
- recabar, también mediante inspecciones *in situ*, y facilitar a la autoridad de resolución toda la información necesaria para actualizar el plan de resolución y preparar la posible resolución de la entidad y la realización de una evaluación de sus activos y pasivos.

En relación con el último punto, adicionalmente al requerimiento al supervisor para que informe sin demora a las autoridades de resolución cuando se hayan cumplido las condiciones para la actuación temprana respecto de una entidad, la Directiva insta a los Estados miembros para que otorguen a la autoridad de resolución la facultad de exigir a la entidad que tome contacto con posibles compradores con el fin de preparar la resolución de la entidad.

4. La actuación temprana en la Ley 11/2015

El artículo 68 de la Ley 10/2014 LOSS recoge fielmente el contenido del artículo 104 de la CRD IV, por lo que no insistiremos en ello. El Real Decreto 84/2015 que

desarrolla la Ley ha recogido, además, la obligación, no prevista en la Ley⁷⁹, de que la entidad que presente un déficit de recursos propios computables respecto de los exigidos por la normativa de solvencia informe de ello, con carácter inmediato, al Banco de España y presente en el plazo de un mes un programa en el que se concreten los planes para retornar al cumplimiento, salvo si la situación se hubiera corregido en ese período, y en el que se detallen la identificación de las causas determinantes del déficit, las medidas que se pretende adoptar y los plazos previsibles para retornar al cumplimiento. El programa deberá ser aprobado por el Banco de España, que podrá incluir las modificaciones o medidas adicionales que considere necesarias, y se entenderá aprobado si a los tres meses de su presentación no se hubiera producido resolución expresa.

Pero sí conviene detenerse en cómo la Ley 11/2015 ha concretado el mandato de la BRRD en lo relativo a la actuación temprana.

La Ley define en su artículo 8 el supuesto de hecho de la actuación temprana de la siguiente manera:

“Cuando una entidad, o una matriz de un grupo consolidable de entidades, incumpla o existan elementos objetivos conforme a los que resulte razonablemente previsible que no pueda cumplir en un futuro próximo con la normativa de solvencia, ordenación y disciplina, pero se encuentre en disposición de retornar al cumplimiento por sus propios medios, el supervisor competente declarará iniciada la situación de actuación temprana y podrá adoptar todas o algunas de las medidas establecidas en este Capítulo”.

De esta definición interesa destacar tres aspectos:

- El incumplimiento está referido a la normativa de solvencia, ordenación y disciplina, y como vimos en un capítulo anterior, son normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito, no solo las contenidas en el Reglamento CRR y la Ley 10/2014 LOSS y las disposiciones que la desarrollen, sino también

⁷⁹ Como hemos visto en el apartado anterior, la LOSS (art. 68.2) plantea el plan de retorno al cumplimiento como una medida que podrá exigir el supervisor (*el Banco de España podrá adoptar*) más que como una obligación de la entidad.

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 (artículo 2 de la Ley 10/2014 LOSS).

- El hecho de que la entidad debe encontrarse en disposición de retornar al cumplimiento por sus propios medios, lo que permite diferenciar el supuesto de actuación temprana del supuesto de hecho que da lugar a la resolución.
- La situación de intervención temprana es una situación administrativa, declarada por el supervisor, que, por un lado, comporta la restricción en determinados derechos de accionistas y administradores de la entidad y, por otro, habilita al supervisor para la adopción de medidas que suponen un alto grado de intervención en la actividad de la entidad de crédito. Y conforme a lo previsto en el mismo artículo 8, cuando la entidad deje de encontrarse en las circunstancias descritas, el supervisor declarará finalizada la situación de actuación temprana.

Un elemento más introducido por la Ley en relación con este último punto tiene que ver con el hecho de que no procederá la revocación de la autorización de una entidad, desde el momento en que se haya iniciado un “proceso de actuación temprana”, salvo que la entidad no adopte durante esa fase las medidas que requiera el supervisor o que dicha revocación tuviese carácter sancionador.

Cuando una entidad se encuentre en alguna de las circunstancias descritas está obligada a informar de ello con carácter inmediato al supervisor y desde el momento en que el supervisor tenga conocimiento de que una entidad se encuentra en esa situación, ya sea por conocimiento directo, ya sea por comunicación de la propia entidad, podrá adoptar las medidas de actuación temprana previstas, aunque, a pesar de que ésta es la previsión legal, entendemos que la adopción de medidas debería estar condicionada a la previa declaración administrativa de inicio de la situación de actuación temprana.

Por lo que se refiere al conjunto de medidas a adoptar por el supervisor, la Ley añade una más a las previstas en la Directiva, consistente en la posibilidad de designar un delegado del supervisor 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; figura ésta del delegado que, sin embargo, no ha tenido por el momento desarrollo normativo.

La entidad tendrá que remitir al supervisor, al menos, trimestralmente o con la periodicidad que aquel fije, un informe sobre el grado de cumplimiento de las medidas adoptadas, que el supervisor a su vez remitirá a las autoridades de resolución.

Adicionalmente, tanto la Directiva BRRD como la Ley prevén la posibilidad de nombrar administradores de la entidad sometida a medidas de actuación temprana. A ello dedicaremos el siguiente apartado.

El régimen sancionador es especialmente intenso en relación con las obligaciones derivadas de la situación de actuación temprana y se encuentra doblemente regulado (artículos 92 y 93 de la LOSS y artículos 79 y 80 de la Ley 11/2015). Así, se tipifican como infracciones graves o muy graves, dependiendo de su intensidad:

- La falta de comunicación o la comunicación manifiestamente demorada, por parte de una entidad de que se encuentra en alguna de las circunstancias de actuación temprana, cuando fuera conocido o, dadas las circunstancias objetivas, debiera ser conocido por el órgano de administración.
- No remitir al Banco de España por parte de los administradores de una entidad de crédito el plan de retorno al cumplimiento de las normas de solvencia exigido en virtud del artículo 68.2 c)⁸⁰ de la Ley 10/2014 LOSS o de los planes de actuación o de reestructuración a los que se refiere la Ley 9/2012⁸¹, cuando ello resulte procedente. Se entenderá que existe falta de remisión cuando hubiera transcurrido el plazo establecido para efectuar la misma, a contar desde el momento en que los administradores conocieron o debieron conocer que la

⁸⁰ c) *Exigir a las entidades de crédito y sus grupos que presenten un plan para retornar al cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Ley y en el Reglamento (UE) n° 575/2013, de 26 de junio, así como que introduzcan en el plan las mejoras necesarias en cuanto a su alcance y plazo de ejecución.*

⁸¹ Ley 11/2015. Disposición adicional séptima. Referencias a la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

Las referencias que en el ordenamiento jurídico se realicen a la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, se entenderán efectuadas al precepto correspondiente de esta Ley.

entidad se encontraba en alguna de las situaciones que determinan la existencia de dicha obligación⁸².

- La falta de la colaboración exigible o la obstrucción por parte de la entidad respecto a las medidas de actuación temprana que haya decidido aplicar el supervisor.
- La falta de remisión al supervisor por parte de la entidad del informe sobre el grado de cumplimiento de las medidas contempladas en el plan de actuación y de las demás medidas de actuación temprana.
- Incumplir las políticas específicas que, con carácter particular, hayan sido exigidas por el Banco de España a una entidad determinada en materia de colchones de capital, provisiones, tratamiento de activos o reducción del riesgo inherente a sus actividades, productos o sistemas, e incumplir las restricciones o limitaciones impuestas por el Banco de España respecto de los negocios, las operaciones o la red de una determinada entidad.

5. Multiplicidad de planes

Además del plan de recuperación al que hemos hecho referencia en un apartado anterior, la nueva regulación contempla una multiplicidad de planes para prevenir y afrontar situaciones de dificultad:

- El Plan General de Viabilidad, previsto en el artículo 30 de la LOSS, elaborado por la entidad, que contemple las medidas que se vayan a adoptar para restaurar la viabilidad y la solidez financiera en caso de que estas sufran algún deterioro significativo. Medida carente del previsto desarrollo reglamentario para concretar su contenido y que cabe entender subsumido en el plan de recuperación (aunque la norma que lo recoge no ha sido derogada).

⁸² Este último párrafo es una reminiscencia de la derogada Ley 9/2012. Con la norma actual, tanto el plan de retorno al cumplimiento previsto en el artículo 68.2.c) de la LOSS, como el plan de actuación previsto en el artículo 9 de la Ley 11/2015, obedecen a concretas exigencias que, en su caso, realice el supervisor, y no a iniciativa de los administradores de la entidad. La obligación de presentar, a iniciativa de la entidad, un plan de retorno al cumplimiento como hemos visto está recogida, no en la Ley, sino en el artículo 57 del Real Decreto 84/2015 que desarrolla la Ley 10/2014 LOSS.

- El plan de conservación del capital derivado de la insuficiencia de los colchones de capital (art. 49 de la LOSS, 75 del Real Decreto y 24 del Proyecto de circular del Banco de España).
- El plan de retorno al cumplimiento que podrá exigir el Banco de España ante el incumplimiento por la entidad de los requerimientos de solvencia (art. 68.2 de la LOSS).
- El plan de retorno al cumplimiento que debería presentar la entidad con déficit de recursos propios (art. 57 del Real Decreto 84/2015).
- El plan de actuación que podrá requerir el supervisor a la entidad que se encuentre en un supuesto de intervención temprana (art. 9 de la Ley 11/2015).

6. Intervención o sustitución provisional de administradores como medida de actuación temprana.

En un apartado inicial de este mismo capítulo hemos expuesto las medidas de intervención y sustitución de administradores contenidas en la derogada Ley 26/1988 de Disciplina de las entidades de crédito, que se encuentran ahora recogidas, en términos similares a los ya descritos, en la Ley 10/2014 LOSS, salvo en lo relativo a las causas de intervención y sustitución del órgano de administración.

Decíamos que, en su redacción original, la Ley de Disciplina preveía que únicamente cuando una entidad de crédito se encuentre en una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia, podría acordarse la intervención de la misma o la sustitución provisional de sus órganos de administración o dirección, así como en aquellos casos en que, existiendo indicios fundados de que concurría la situación de excepcional gravedad, la verdadera situación de la entidad de crédito no podía deducirse de su contabilidad.

En su formulación actual, la Ley 10/2014 LOSS establece que:

Procederá la intervención de una entidad de crédito o la sustitución provisional de su órgano de administración en los siguientes supuestos:

- a) *De acuerdo con lo previsto en Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de las Entidades de Crédito, en relación con la sustitución del órgano de administración.*
- b) *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 la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de las Entidades de Crédito, pero de excepcional gravedad y que pueda poner en peligro su estabilidad, liquidez o solvencia.*
- c) *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 financiera.*

Por lo que se refiere a la letra a), las referencias a la derogada Ley 9/2012 se entienden hechas a la Ley 11/2015, que incluye, entre las medidas de actuación temprana que puede adoptar el supervisor, el 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, pero solo en el caso de que las restantes medidas de actuación temprana no fueran suficientes.

Más complicada es la interpretación del contenido de la letra b), por cuanto resulta difícil imaginar que una entidad se encuentre en una situación de excepcional gravedad que pueda poner en peligro su estabilidad, liquidez o solvencia y, simultáneamente, en una situación distinta de las expresamente previstas en la Ley, precisamente, para abordar tales situaciones.

Las medidas de intervención o sustitución se acordarán por el Banco de España, dando cuenta razonada de su adopción al Ministro de Economía y Competitividad y al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, y se mantendrá en vigor durante el plazo de un año, pudiendo renovarse por periodos iguales mientras se mantengan las condiciones que justificaron la intervención o sustitución provisional.

Por lo que se refiere concretamente a la figura del administrador provisional, los designados deberán cumplir los requisitos de idoneidad exigibles legalmente a los administradores de entidades de crédito, que ya vimos en un capítulo anterior, y su actuación no irá en menoscabo de los derechos de los accionistas de la entidad. Las competencias y funciones del administrador provisional serán las que en el momento de la designación o con posterioridad, establezca el supervisor, deberán ser proporcionales a las circunstancias de la entidad y podrán comprender algunos o todos los poderes del órgano de administración de la entidad⁸³, estar sometidas a ciertas limitaciones, requerir la previa consulta o aprobación del supervisor (la convocatoria de la Junta de accionistas en todo caso) y sujetas al deber de informar al supervisor, periódica o puntualmente, sobre su actuación durante el transcurso de su mandato

La Ley española no recoge de manera expresa la figura del cese de la alta dirección y del órgano de dirección, expresamente contemplada en la BRRD para aquellos casos en los que exista un deterioro significativo de la situación financiera de la entidad o se hayan infringido gravemente disposiciones legales, reglamentarias o de los estatutos de la entidad o existan graves irregularidades administrativas, y las medidas de actuación temprana tomadas no sean suficientes para poner fin al deterioro. En ese caso, el supervisor está facultado para exigir el cese de la alta dirección y del órgano de dirección de la entidad, en su totalidad o individualmente. La entidad llevará acabo la designación de la nueva dirección conforme a la legislación nacional, y estará sujeta a la aprobación o consentimiento del supervisor. Conforme a las previsiones de la Directiva, solo cuando la sustitución de la dirección sea considerada insuficiente para poner remedio a la situación, el supervisor podrá designar a uno o más administradores provisionales de la entidad.

Conviene finalmente precisar que la Ley 11/2015 prevé otro supuesto, distinto de las medidas de intervención temprana, de nombramiento temporal de miembros del órgano de administración por parte del supervisor y la autoridad de resolución, para el caso de

⁸³ En el supuesto de la resolución de la entidad: “... se le atribuyen todas aquellas facultades que legal o estatutariamente pudieran corresponder a la junta o asamblea general de la entidad y que resulten necesarias para el ejercicio de las competencias previstas en la Ley 11/2015, de 18 de junio, en relación con los instrumentos de resolución contemplados en ella”.

que, por el número y cargo de las personas afectadas por las sanciones de suspensión o separación, resulte estrictamente necesario para asegurar la continuidad en la administración y dirección de la entidad, hasta que por el órgano competente de la entidad se provean los correspondientes nombramientos.

7. Competencias de intervención temprana en el MUS

De acuerdo con las previsiones contenidas en el Reglamento 1024/2013 del MUS, entre las atribuciones del Banco Central Europeo, en su calidad de supervisor único, se encuentra la de:

“realizar funciones de supervisión en relación con los planes de recuperación y la intervención temprana cuando una entidad de crédito o un grupo respecto del cual el BCE sea el supervisor en base consolidada incumpla o vaya a incumplir probablemente los requisitos prudenciales aplicables, y, únicamente en los casos en que el Derecho aplicable de la Unión estipule explícitamente la intervención de las autoridades competentes, en relación con los cambios estructurales que han de introducir las entidades de crédito para evitar dificultades financieras o impagos, con exclusión de toda atribución en materia de resolución.

El Reglamento recoge de manera expresa en su artículo 16 la atribución al BCE de la facultad de exigir a las entidades y grupos integrados en el MUS que adopten en una fase temprana las medidas necesarias para subsanar los problemas pertinentes en cualquiera de las siguientes circunstancias: si la entidad de crédito no cumple los requisitos establecidos en la regulación de solvencia; si el BCE tiene pruebas de que es probable que la entidad de crédito incumpla dentro de los doce meses siguientes los requisitos citados; o 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 riesgos⁸⁴.

⁸⁴ A este respecto, téngase en cuenta que la LOSS tipifica como infracción muy grave:

“Presentar la entidad de crédito, o el grupo consolidable o conglomerado financiero a que pertenezca, deficiencias en su estructura organizativa, en sus mecanismos de control interno o en sus procedimientos

Las medidas de actuación temprana que el BCE puede adoptar son las establecidas en la Directiva BRRD, que hemos detallado en un apartado anterior, incluso la posibilidad de destituir en cualquier momento a los miembros del órgano de gestión de la entidad de crédito incumplidora.

Recuérdese además que en el ejercicio de las funciones supervisoras atribuidas al BCE, éste debe aplicar, no solo la legislación de la Unión, sino que, en los casos en que dicha legislación esté integrada por Directivas, como es el caso de la CRD IV y la BRRD, la legislación nacional que las incorpore al ordenamiento jurídico nacional.

Por último, tras la entrada en funcionamiento del Mecanismo Único de Resolución, el Reglamento 806/2014 del MUR, impone al BCE y a los supervisores nacionales la obligación de informar a la Junta Única de Resolución de todas las medidas que exijan adoptar a una entidad o grupo o que adopten ellos mismos: con arreglo al artículo 16 del Reglamento 1024/2013 que acabamos de reseñar; con arreglo a los artículos 27, 28 y 29 de la Directiva 2014/59 BBRRD, sobre medidas de actuación temprana, cese de la alta dirección y del órgano de dirección, y nombramiento de administradores, respectivamente; o con arreglo al artículo 104 de la Directiva 2013/36 CRD IV al que también hicimos referencia en un apartado anterior.

8. Amortización o conversión de instrumentos de capital de nivel 1 adicional ante un evento contingente

Basilea III tenía como principal motivación elevar la cantidad y la calidad de los recursos propios de las entidades de crédito y para ello mantuvo la diferenciación del capital en varios niveles atendiendo a su calidad, capital ordinario y adicional de nivel 1 y capital de nivel 2 (CET1, AdT1 y T2)⁸⁵, y elevó considerablemente los requisitos

administrativos y contables, incluidos los relativos a la gestión y control de los riesgos, cuando tales deficiencias pongan en peligro la solvencia o viabilidad de la entidad o la del grupo consolidable”.

⁸⁵ CET1: capital ordinario de nivel 1 (*common equity tier 1*), compuesto básicamente por el capital y las reservas;

AdT1: capital adicional de nivel 1 (*additional tier 1*), formado por obligaciones subordinadas perpetuas, convertibles obligatoriamente bajo determinadas condiciones en capital; y

T2: capital de nivel 2 (*tier 2*), integrado por obligaciones subordinadas a largo plazo.

exigibles a los instrumentos, distintos de las acciones ordinarias, para que pudiesen ser computables a efectos del cumplimiento de los requerimientos mínimos de capital.

La primera condición para admitir tal computabilidad en el nivel 1 es que, al igual que las acciones, los instrumentos de deuda (AdT1) tengan capacidad de absorber pérdidas con la empresa en funcionamiento, sin necesidad de instar el concurso y antes de que se llegue a tal situación.

El Reglamento CRR reflejó tal exigencia y estableció que solo resultarían computables como capital regulatorio de nivel 1 adicional, los instrumentos en los que, entre otras, concurrese la condición de que:

“las disposiciones que regulen los instrumentos establezcan que, en caso de producirse una circunstancia desencadenante, el importe de principal de los instrumentos habrá de amortizarse⁸⁶ de manera permanente o temporal, o que los instrumentos habrán de convertirse en instrumentos de capital de nivel 1 ordinario”.

El propio Reglamento fijó la circunstancia desencadenante, o evento contingente (*trigger event*), en aquella que dejase reducido el nivel de CET1⁸⁷ por debajo del 5,125%, o un porcentaje superior cuando así lo decida la entidad y figure especificado en las condiciones contractuales del instrumento.

En esa circunstancia, los instrumentos deben convertirse en instrumentos de capital ordinario en al menos el importe necesario para restaurar completamente la ratio de capital de nivel 1 ordinario de la entidad en el citado porcentaje.

Se trata por tanto de una medida de intervención temprana que opera *ex lege*, que no depende de una decisión del supervisor, sino de una situación objetivamente determinable y en la que el supuesto de hecho no es un incumplimiento de normas de obligada observancia, ni necesariamente la probabilidad de incumplimiento apreciada

⁸⁶ En este contexto, tanto en Basilea como en la CRR, el término “amortización” se refiere a la reducción del principal de los instrumentos de deuda (quita sería la expresión tradicional) y en ningún caso al pago de las cantidades debidas.

⁸⁷ Es decir, la relación entre el valor de los instrumentos computables como capital ordinario de nivel 1 (CET1) y el valor de los activos ponderados por riesgo (RWA). Recuérdese que, tras Basilea III, la ratio CET1 mínima exigible es del 4.5%.

por el supervisor, sino el hecho de que el capital CET1 se sitúe por debajo de un nivel que el legislador ha considerado de seguridad, merecedor de una acción concreta para restaurarlo.

9. La posibilidad de actuación del Fondo de Garantía de Depósitos

Una posibilidad más que cabría enmarcar dentro de las medidas de actuación temprana es la prevista en el Real Decreto-ley 16/2011 del Fondo de Garantía de Depósitos, que contempla que excepcionalmente, siempre y cuando no se haya iniciado un proceso de resolución, el Fondo podrá utilizar sus recursos para impedir la liquidación de una entidad de crédito cuando:

- el coste de esta intervención fuese inferior al pago de los importes garantizados en caso de materializarse la liquidación;
- se impongan a la entidad de crédito medidas específicas de retorno al cumplimiento de la normativa de solvencia, ordenación y disciplina (como las que acabamos de ver en relación con el artículo 104 de la CRD IV);
- se condicione la intervención al compromiso de la entidad de garantizar el acceso a los depósitos garantizados;
- el Fondo estime asumible el coste con cargo a las contribuciones ordinarias o extraordinarias de las entidades adheridas.

Las medidas preventivas y de saneamiento que podrá adoptar el Fondo deberán enmarcarse en un plan acordado por la entidad y aprobado por el supervisor, previa consulta al FROB y podrán consistir en:

- concesión de ayudas a fondo perdido;
- concesión de garantías, préstamos en condiciones favorables o financiaciones subordinadas;
- adquisición de activos dañados o no rentables que figuren en el balance de la entidad;
- suscripción de ampliaciones de capital para restablecer la situación patrimonial en el supuesto de que las mismas no sean cubiertas por los accionistas de la entidad; y

- cualesquiera otros apoyos financieros.

En el plazo máximo de dos años el Fondo ofrecerá en venta las acciones suscritas en las ampliaciones citadas y con el fin de posibilitar la adjudicación, podrá asumir pérdidas, prestar garantías y adquirir activos que figuren en el balance de las entidades afectadas, así como responsabilizarse del balance económico de los expedientes o procedimientos de diverso orden que estén en curso o puedan incoarse posteriormente a aquéllas.

CAPÍTULO OCTAVO.

MECANISMOS DE GESTIÓN DE CRISIS

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de este trabajo hemos ido describiendo el conjunto de medidas contempladas por el ordenamiento que, de manera implícita o explícita, incorporan mecanismos de prevención de crisis, entendiendo la idea de prevención no como la negación de que un banco pueda, incluso deba, quebrar, sino como la conveniencia de evitar los efectos indeseados de tal situación para el sistema financiero, la economía en general y los propios acreedores de la entidad inviable.

La regulación bancaria tiene por finalidad ordenar múltiples aspectos de la actividad de las entidades de crédito, de forma que cumplan adecuadamente el papel que les corresponde en la actividad económica, preservando determinados servicios que resultan esenciales para la comunidad y protegiendo los derechos de los usuarios. Aunque la prevención no siempre aparece como la principal motivación del conjunto de medidas que regulan la actividad bancaria, sí es posible identificar una cierta intencionalidad de naturaleza preventiva común a todas ellas.

Más específicamente, la regulación prudencial tiene por objeto la estabilidad y solvencia de las entidades de crédito y la preservación de la estabilidad financiera, y ese carácter preventivo aparece de manera más acusada en el bloque de normas de ordenación y disciplina bancaria, que se superpone y complementa el ordenamiento mercantil general, al que también están sometidas las empresas bancarias. Adicionalmente, la condición de sociedades cotizadas de la mayoría de las entidades de crédito supone el sometimiento de éstas a la regulación de los mercados de valores.

Dentro de este extenso conjunto normativo hemos ido identificando en los capítulos precedentes lo que hemos dado en llamar mecanismos genéricos de prevención de crisis, que estarían representados por los controles administrativos de acceso a la actividad bancaria, las exigencias de idoneidad de accionistas y administradores, los requisitos de buen gobierno de las entidades de crédito y los mecanismos de control, tanto interno como externo.

Los mecanismos de control interno en los que hemos centrado nuestra atención han sido las llamadas tres líneas de defensa, es decir, las propias unidades que asumen los riesgos, las funciones de gestión de riesgos y de cumplimiento normativo y la auditoría interna. Y por lo que se refiere a los mecanismos de control externo, la auditoría externa, la información financiera pública y reservada y la disciplina de mercado representada principalmente por el Pilar 3 de Basilea.

La supervisión prudencial ocupa, sin duda, un lugar preferente en este conjunto de medidas de carácter preventivo, entendida como la referida a velar por la solvencia, la estabilidad, la solidez y la rentabilidad de las entidades de crédito si nos referimos a la supervisión microprudencial y a vigilar los riesgos sistémicos cuando hablamos de la supervisión macroprudencial.

Un segundo bloque de medidas lo conforman las específicamente orientadas a la prevención de crisis. Si bien el ordenamiento contenía ya algunas de estas medidas, han sido las transformaciones llevadas a cabo en la regulación bancaria como consecuencia de la crisis las que han impulsado el desarrollo de los nuevos mecanismos de prevención, que otorgan un papel central a la planificación, resultan mucho más

extensos en cuanto a las situaciones en que resultan de aplicación y, sobre todo, más intensos en cuanto al alcance de las medidas a disposición del supervisor, situación en parte motivada por la confluencia en un mismo objetivo de las normas de solvencia por un lado, representadas por el Pilar 2 de Basilea, y las medidas de actuación temprana consideradas en el marco de recuperación y resolución de entidades de crédito, por otro.

A pesar de este amplísimo desarrollo regulatorio al que están sometidas las entidades de crédito, nada asegura que la prevención resulte eficaz en todos los casos y el ordenamiento contempla ahora un nuevo procedimiento, inexistente en la regulación bancaria vigente con anterioridad a la crisis, expresamente diseñado para afrontar las situaciones de inviabilidad de las entidades de crédito, la resolución, que, como veremos a continuación, está caracterizado por una serie de elementos: la declaración administrativa de que la entidades de encuentra en una situación de inviabilidad y no hay otra alternativa mejor, incluyendo el concurso; la sustitución de los administradores por la autoridad de resolución; la privación a los accionistas de sus derechos políticos sobre la entidad; la reducción, incluso a cero, de los títulos de los accionistas y la conversión en capital de los instrumentos de deuda; la atribución a la autoridad de resolución de potestades exorbitantes para disponer de los activos, pasivos y derechos de la entidad, modificar contratos, asignar pérdidas a los acreedores e incluso a los depositantes y utilizar fondos públicos; y todo ello con la finalidad de evitar el contagio a otras entidades, minimizar el riesgo sistémico, proteger los intereses de los contribuyentes y preservar la estabilidad financiera y la confianza en el correcto funcionamiento del sistema crediticio.

En los apartados siguientes haremos referencia a todo ello, si bien antes nos detendremos brevemente en el llamado punto de no viabilidad.

II. AMORTIZACIÓN O CONVERSIÓN DE INSTRUMENTOS DE CAPITAL REGULATORIO EN EL PUNTO DE NO VIABILIDAD

Como hemos venido señalando a lo largo de los capítulos anteriores Basilea III es el estándar internacional en materia de solvencia bancaria. El límite de su ámbito objetivo

de aplicación se encuentra, precisamente, en el momento en que una entidad dejaría de ser viable, es decir, dejaría de cumplir las condiciones requeridas en la autorización para continuar con el ejercicio de la actividad bancaria. Rebasado ese límite, el estándar internacional que orienta la actuación son los *Key Attributes* del FSB. De manera paralela: la CRR / CRD IV en el primer caso y la BRRD en el segundo.

El límite del ámbito objetivo de aplicación del Basilea III al que hacíamos referencia es el que, en un documento de enero de 2011⁸⁵⁶, el Comité de Basilea denominó el punto de no viabilidad.

Basilea III introdujo el requerimiento de que, para ser computables como capital regulatorio, los instrumentos de capital adicional de nivel 1 debían poder ser convertibles en capital ordinario de nivel 1 y tener capacidad de absorber pérdidas con la empresa en funcionamiento, como vimos en el capítulo anterior.

Adicionalmente, exigió que, para ser admitidos como capital regulatorio, los términos y condiciones de todos los instrumentos, tanto de nivel 1 adicional como de nivel 2, emitidos por bancos con actividad internacional deben incluir una disposición, ya sea en virtud de cláusulas contractuales, ya sea en base a disposiciones legales, que obligue a amortizarlos⁸⁵⁷ o convertirlos en capital ordinario, según el criterio de la autoridad supervisora, en caso de que se produzca el evento activador, el llamado punto de no viabilidad, entendido como aquel, de los dos siguientes, el que antes se produzca:

- (1) *la decisión de que, según el criterio de la autoridad competente, es necesaria la amortización para que la entidad no pase a ser inviable, o*
- (2) *la decisión de inyectar capital público, o una medida de apoyo equivalente, sin la cual la entidad pasaría a ser inviable, según el criterio de la autoridad competente.*

⁸⁵⁶ BCBS. Requerimientos mínimos para garantizar la absorción de pérdidas en el punto de no viabilidad. 13 de enero de 2011.

⁸⁵⁷ Recordamos que, tanto en Basilea como en la CRR, el término “amortización” se refiere a la reducción del principal de los instrumentos de deuda (quita sería la expresión tradicional) y en ningún caso al pago de las cantidades debidas.

Basilea III configura la conversión o la quita de los instrumentos de capital como una medida anterior a, y en evitación de, la resolución y solo para el caso de que sin la adopción de tal medida la entidad resultara inviable. La determinación de que la entidad ha alcanzado el punto de no viabilidad, y por tanto la activación del mecanismo (contractual o legal), se hace depender, en todo caso, de una decisión administrativa (*según el criterio de la autoridad competente*).

Con anterioridad a la publicación de la CRR/CRD IV, tanto la EBA como la legislación española recogieron esta idea con carácter provisional. En ausencia de previsiones legales en la regulación comunitaria, la EBA exigió la inclusión de cláusulas que previesen la conversión (no así la reducción del principal) en el punto de no viabilidad en los que denominó *Buffer Convertible Capital Securities*⁸⁵⁸, instrumentos para los cuales, por reunir determinadas características, la EBA admitió su computabilidad como *Core Tier 1* en su ejercicio de capitalización de diciembre de 2011⁸⁵⁹. Ese mismo criterio se siguió en la Circular 7/2012 del Banco de España sobre requerimientos mínimos de capital principal de las entidades de crédito⁸⁶⁰, en la que, para admitir la computabilidad de las obligaciones convertibles, se exigió que las condiciones de emisión debían establecer, con claridad suficiente, la activación del mecanismo de conversión, entre otras situaciones:

- *Cuando el Banco de España determine que sin la conversión del instrumento la entidad no sería viable.*
- *Cuando se adopte la decisión de inyectar capital público, o cualquier otra medida de apoyo financiero equivalente, sin la cual la entidad no sería viable.*

El Reglamento 575/2013, sin embargo, no ha seguido este mismo criterio y no ha incluido este requisito en su articulado, sino en su considerando 45:

⁸⁵⁸ European Banking Authority. *Buffer Convertible Capital Securities. Common Term Sheet*. 8th December 2011.

⁸⁵⁹ European Banking Authority. *Recommendation on the creation and supervisory oversight of temporary capital buffers to restore market confidence (EBA/REC/2011/1)*. London, 8 December 2011.

⁸⁶⁰ Circular 7/2012, de 30 de noviembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre requerimientos mínimos de capital principal. (BOE de 11 de diciembre).

“En consonancia con la decisión del CSBB, refrendada por el GHOS el 10 de enero de 2011, todos los instrumentos de capital de nivel 1 adicional y de capital de nivel 2 de una entidad deben ser capaces de ser plena y permanentemente cancelados o convertidos por completo en capital de nivel 1 ordinario cuando se alcance el punto de no viabilidad de la entidad.”

E insta a la Comisión a estudiar si dicha disposición debe ser incluida en el Reglamento si, a 31 de diciembre de 2015, no ha sido incorporada a la legislación de la Unión, mandato que se encuentra recogido en el artículo 518 del propio Reglamento CRR, si bien de manera inconsistente con lo previsto en Basilea III, por cuanto se refiere al requisito de amortización *“en caso de determinarse que la entidad ha dejado de ser viable”*, mientras que, como hemos visto, Basilea se refiere a un momento anterior, *“para que la entidad no pase a ser inviable”*.

Por su parte, la BRRD se refiere al punto de no viabilidad tan solo en su considerando 81, donde lo define de la siguiente manera:

“... por punto de no viabilidad se entenderá el momento en el que la autoridad de que se trate determine que la entidad cumple las condiciones para ser sometida a resolución o el momento en el que la autoridad decida que la entidad deja[ría] de ser viable si no se amortiza el valor de estos instrumentos de capital”⁸⁶¹.

Definición poco afortunada por cuanto se está utilizando una misma expresión, punto de no viabilidad, para referirse a dos circunstancias muy diferentes:

- 1) Una entidad cumple las condiciones para ser sometida a resolución solo si, entre otras condiciones, la amortización o conversión de instrumentos de capital no puede impedir la inviabilidad, como veremos en un próximo apartado.
- 2) La entidad dejaría de ser viable si no se amortizan los instrumentos y, *sensu contrario*, es viable y continuaría siéndolo si se amortizan; luego no se cumple una de las condiciones exigidas para que la entidad sea sometida a resolución.

⁸⁶¹ *“... the point at which the authority decides that the institution would cease to be viable if those capital instruments were not written down or converted”*

Parece claro que se trata de situaciones que son, no solamente distintas, sino excluyentes entre sí: una entidad no se puede encontrar en ambas situaciones a la vez, no puede ser viable e inviable simultáneamente. En este sentido, nos referiremos al punto de no viabilidad y al punto de entrada en resolución, respectivamente, para diferenciar ambas situaciones⁸⁶².

Volveremos más adelante sobre los supuestos contemplados en la BRRD en los que resulta de aplicación la conversión o la amortización de los instrumentos de capital regulatorio, pero conviene resaltar que, como hemos visto, el Reglamento CRR no exige, por el momento, que los instrumentos computables como capital regulatorio incluyan cláusulas contractuales de amortización o conversión en el punto de no viabilidad ni establece una obligación legal al respecto; y ya anticipamos que entre las potestades de la autoridad de resolución que veremos en próximos apartados, no está la de exigir la amortización o conversión antes de que la entidad haya entrado en resolución⁸⁶³.

Por todo ello, la previsión de Basilea III respecto del punto de no viabilidad no tiene acogida en estos momentos en el ordenamiento comunitario: para la computabilidad de los instrumentos de capital regulatorio, las condiciones contempladas en Basilea no resultan exigibles ni legal ni contractualmente y el supervisor y la autoridad de resolución carecen de potestades para instar la amortización o conversión a entidades viables, en tanto no se declare la entrada en resolución. Tan solo en el caso de que las

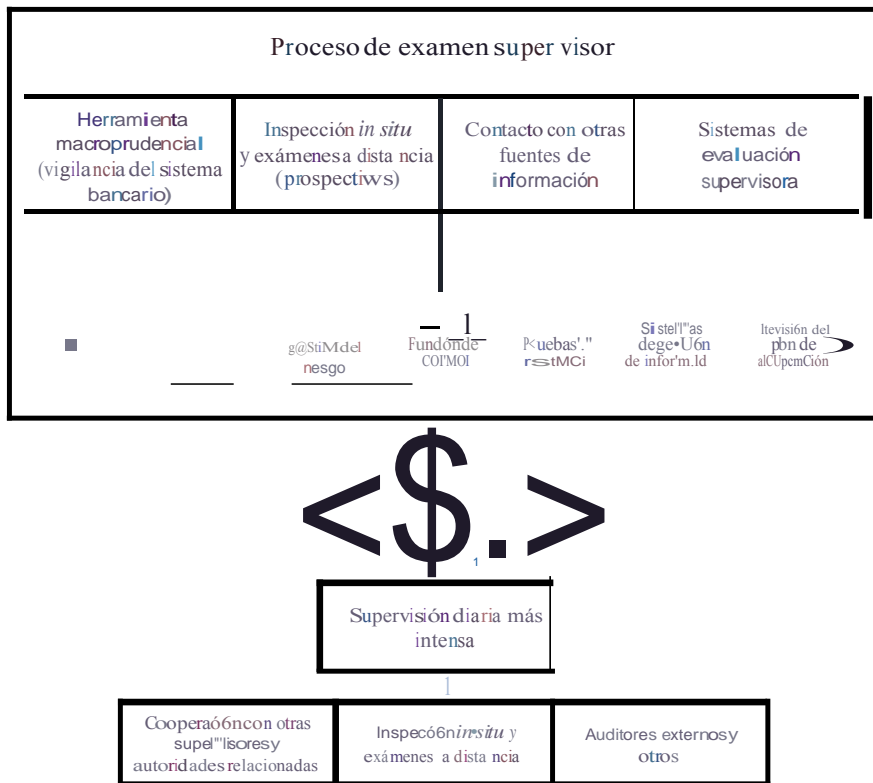
⁸⁶² Para el *point of entry into resolution*, véase: Services of DG Internal Market. Discussion paper on the debt write-down tool –bail-in. Abril 2012

⁸⁶³ Aun cuando no esté directamente relacionada con ello, recordamos que, como consecuencia de la revisión de su plan de recuperación, el supervisor podrá exigir a la entidad que “*permita la adopción puntual de medidas de recapitalización interna*”; y que entre las medidas que, como consecuencia de la valoración de la resolubilidad de la entidad en cuestión, la autoridad de resolución puede adoptar se encuentra la de “*exigir a una entidad..., que adopte otras medidas para cumplir el requisito mínimo de fondos propios y pasivos admisibles establecido en el artículo 45, lo que incluiría en particular los intentos de renegociar cualquier pasivo admisible, 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 adoptar la autoridad de resolución se apliquen con arreglo a la legislación por la que se rija el pasivo o instrumento en cuestión*”.

Dejando al margen lo críptico de ambas normas, no parece que constituyan una habilitación suficiente para instar la amortización o la conversión administrativas en el punto de no viabilidad.

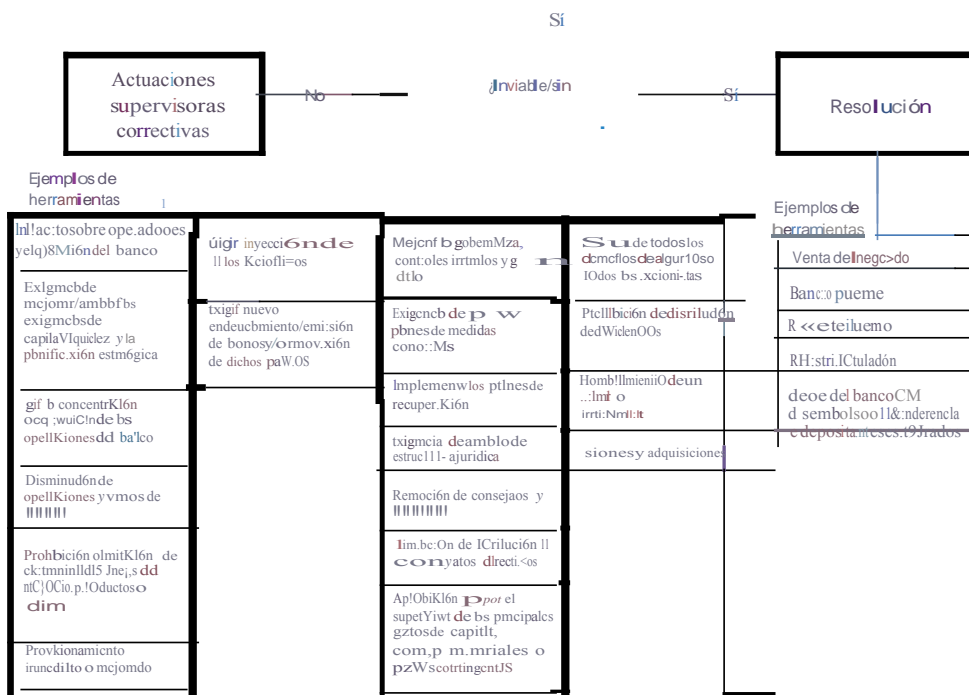
entidades, voluntariamente, incluyan cláusulas contractuales de esta naturaleza en la emisión de los instrumentos cabría hablar de la posibilidad de amortización o conversión en el punto de no viabilidad; estaríamos entonces ante una previsión contractual en la que el evento activador resulta ser una decisión administrativa.

I. Identificación de bancos en dificultades



II. Tratamiento de bancos en dificultades

¿Deficiencia seria?



Fuente: BCBS. Orientaciones para identificar y hacer frente a bancos en dificultades. Julio de 2015

III. LA RESOLUCIÓN DE ENTIDADES INVIABLES

1. La Ley 11/2015 de recuperación y resolución de entidades de crédito

La Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, traspone a nuestro ordenamiento la Directiva BRRD y regula lo que ella misma denomina “proceso de resolución”, entendida la resolución como la reestructuración o liquidación ordenadas de una entidad llevadas a cabo con sujeción y de conformidad con lo previsto en la Ley, cuando la entidad sea inviable o sea previsible que vaya a serlo en un futuro próximo, no existan perspectivas razonables de que medidas procedentes del sector privado puedan corregir esta situación, y por razones de interés público y estabilidad financiera resulte necesario evitar su liquidación concursal.

En el apartado referido a los *Key Attributes* hacíamos referencia a que los tres elementos básicos de un sistema de resolución eran, a juicio del FSB, los objetivos de la resolución, la existencia de una autoridad administrativa encargada de llevar a cabo las actuaciones precisas para alcanzarlos y las medidas de salvaguarda establecidas para proteger a las partes afectadas por la resolución de la entidad inviable.

Hicimos también referencia a que, dentro de las posibilidades contempladas por la Directiva BRRD, en España la autoridad de resolución se encuentra repartida entre el Banco de España, en calidad de autoridad preventiva, y el FROB como autoridad ejecutiva.

Vimos cómo, mientras la entidad es viable, el grueso de las funciones referidas a la planificación de la recuperación y las medidas de intervención temprana están asignadas al supervisor; funciones que, en esa fase, se solapan con la planificación de la resolución y la valoración de la resolubilidad encomendadas a la autoridad de resolución preventiva, coincidiendo en el Banco de España ambas condiciones, la de supervisor y la de autoridad de resolución preventiva.

En los siguientes apartados veremos cómo la legislación española ha establecido los objetivos de la resolución, cómo se ha definido el supuesto de hecho que habilita a la

Administración a iniciar un proceso de resolución y las herramientas de las que ha provisto a la autoridad de resolución para desarrollar el proceso, enmarcado todo ello bajo una serie de principios.

Al igual que la propia Directiva, la Ley 11/2015 enumera los principios contenidos en los *Key Attributes* del FSB que orientan todo el proceso:

- Los accionistas de las entidades serán los primeros en soportar pérdidas.
- Con las salvedades establecidas en la propia Ley, los acreedores soportarán, en su caso, pérdidas derivadas de la resolución después de los accionistas y de acuerdo con el orden de prelación establecido en la legislación concursal; y los acreedores del mismo rango serán tratados de manera equivalente.
- Ningún accionista ni acreedor soportará pérdidas superiores a las que habría soportado si la entidad fuera liquidada en el marco de un procedimiento concursal; el llamado principio de *no creditor worse off*.
- Los administradores y los directores generales o asimilados de la entidad serán sustituidos, salvo que, con carácter excepcional, se considere su mantenimiento estrictamente necesario para alcanzar los objetivos de la resolución. En todo caso, los administradores y los directores generales o asimilados de la entidad deberán prestar toda la asistencia necesaria para lograr los objetivos de la resolución.
- Los administradores de las entidades y cualquier otra persona física o jurídica responderán de los daños y perjuicios causados en proporción a su participación y la gravedad de aquellos, en aplicación de lo dispuesto en la legislación concursal, mercantil y penal.
- Los depósitos garantizados estarán plenamente protegidos.
- Las medidas de resolución que se adopten, estarán acompañadas por las correspondientes garantías y salvaguardas previstas en la Ley y su normativa de desarrollo.

La Ley recoge igualmente el principio de proporcionalidad en la exigencia del cumplimiento de las obligaciones y requisitos legales por parte de las entidades de crédito y en la aplicación de los instrumentos de resolución, en virtud del cual el

supervisor y las autoridades de resolución tendrán en cuenta las circunstancias singulares de cada entidad derivadas, entre otros aspectos, de su estructura, naturaleza y perfil de actividad.

2. Objetivos de la resolución

Con la resolución de las entidades de crédito inviables el ordenamiento persigue como principales objetivos:

- Asegurar la continuidad en la prestación de servicios considerados esenciales⁸⁶⁴ para la comunidad, en especial aquellos cuya interrupción podría perturbar el correcto funcionamiento de los sistemas de pago, compensación y liquidación y de la economía en general.
- Evitar efectos perjudiciales para la estabilidad del sistema financiero, previniendo el contagio de las dificultades de una entidad al conjunto del sistema y manteniendo la disciplina de mercado.
- Asegurar la utilización más eficiente de los recursos públicos, minimizando los apoyos financieros públicos que, con carácter extraordinario, pueda ser necesario conceder.
- Proteger a los depositantes cuyos fondos están garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito y a los inversores cubiertos por el Fondo de Garantía de Inversiones.
- Proteger los fondos reembolsables y demás activos de los clientes de las entidades.

En la consecución de los citados objetivos la autoridad de resolución deberá procurar minimizar el coste y, salvo que ello sea imprescindible para alcanzar los citados objetivos, evitar la destrucción de valor.

⁸⁶⁴ «funciones esenciales»: actividades, servicios u operaciones cuyo cese podría, en uno o más Estados miembros, dar lugar a una perturbación de servicios esenciales para la economía real o de la estabilidad financiera, debido al tamaño, cuota de mercado, conexiones internas o externas, complejidad o actividad transfronteriza de la entidad o grupo, atendiendo especialmente a la sustituibilidad de dichas actividades, servicios u operaciones. BRRD, artículo 2.35.

Véase también EBA. Technical Advice on the delegated acts on critical functions and core business lines (EBA/Op/2015/05). 6 March 2015

3. Concepto de entidad inviable.

Una entidad es inviable si se encuentra en alguna de las siguientes circunstancias:

- Incumple o es razonablemente previsible que incumpla, de manera significativa, en un futuro próximo los requerimientos de solvencia u otros requisitos necesarios para mantener su autorización
- Sus pasivos exigibles son superiores a sus activos o es razonablemente previsible que lo sean en un futuro próximo
- No puede o es razonablemente previsible que en un futuro próximo no pueda cumplir puntualmente sus obligaciones exigibles.
- La entidad necesita ayuda financiera pública extraordinaria, salvo en los supuestos excepcionales previstos en la propia Ley.

Cuando el órgano de administración de una entidad considere que ésta es inviable deberá comunicarlo de manera inmediata al supervisor, quien a su vez lo comunicará sin demora al FROB y a la autoridad de resolución preventiva.

4. Excepción de la ayuda financiera pública extraordinaria no constitutiva de causa de inviabilidad

Aún cuando el hecho de que una entidad necesite ayuda financiera pública extraordinaria⁸⁶⁵ es un claro síntoma de inviabilidad, la experiencia de la pasada crisis demuestra que hay determinadas circunstancias en que tal ayuda permite superar situaciones coyunturales ligadas al ciclo económico o de especial gravedad que, de lo contrario, conducirían a que un elevado número de entidades entrasen en situación de inviabilidad generando riesgo de crisis sistémica⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ «ayuda financiera pública extraordinaria»: ayudas de estado según el sentido del artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o cualquier otra ayuda pública a escala supranacional que, proporcionada a nivel nacional, constituya una ayuda estatal, proporcionada con el fin de preservar o restablecer la viabilidad, la liquidez o la solvencia de alguna de las entidades..., o del grupo del que la entidad ... en cuestión forme parte. BRRD, artículo 2.28

⁸⁶⁶ «crisis sistémica»: una perturbación del sistema financiero que puede tener repercusiones negativas graves sobre el mercado interior y la economía real. Todos los tipos de intermediarios, mercados e infraestructuras financieros pueden tener importancia sistémica en cierto grado. BRRD, artículo 2.30

La Ley condiciona, no obstante, la concesión de ayudas públicas no constitutivas de causa de inviabilidad a una serie de factores:

- Si la ayuda financiera pública extraordinaria se otorga para evitar o solventar perturbaciones graves de la economía y preservar la estabilidad financiera.
- Si adopta alguna de las siguientes formas:
 - Garantía estatal para respaldar operaciones de liquidez concedidas por bancos centrales de acuerdo con las condiciones de los mismos.
 - Garantía estatal de pasivos de nueva emisión.
 - Inyección de recursos propios o adquisición de instrumentos de capital a un precio y en unas condiciones tales que no otorguen ventaja a la entidad, siempre y cuando no se den en el momento de la concesión de la ayuda pública el resto de las circunstancias indicativas de la inviabilidad antes citadas.
- Concedida a entidades solventes y sujetas a autorización de conformidad con la normativa sobre ayudas de Estado.
- De carácter cautelar y temporal y proporcionadas para evitar o solventar las perturbaciones graves
- No utilizables para compensar las pérdidas en las que haya incurrido o pueda incurrir la entidad.
- Limitadas a las necesarias para hacer frente al déficit de capital determinado en las pruebas de resistencia, en los exámenes de calidad de los activos o en ejercicios equivalentes realizados por el Banco Central Europeo, la Autoridad Bancaria Europea o las autoridades nacionales con autorización, en su caso, del supervisor competente⁸⁶⁷.

5. Procedencia de la resolución.

El hecho de que una entidad sea inviable es una condición necesaria, pero no suficiente, para que se inicie el proceso conducente a su resolución. Para proceder a la

⁸⁶⁷ EBA. Guidelines on the types of tests, reviews or exercises that may lead to support measures under Article 32(4)(d)(iii) of the Bank Recovery and Resolution Directive (EBA/GL/2014/09). 22 September 2014.

resolución de una entidad se requiere que concurren, simultáneamente, las tres circunstancias siguientes:

- la entidad es inviable o es razonablemente previsible que vaya a serlo en un futuro próximo;
- no existen perspectivas razonables de que medidas procedentes del sector privado; medidas de supervisión, como, entre otras, las medidas de actuación temprana; o la amortización o conversión de instrumentos de capital en el punto de no viabilidad, puedan impedir la inviabilidad de la entidad en un plazo de tiempo razonable; y
- por razones de interés público, resulta necesario o conveniente acometer la resolución de la entidad para alcanzar alguno de los objetivos antes mencionados, por cuanto la disolución y liquidación de la entidad en el marco de un procedimiento concursal no permitiría razonablemente alcanzar dichos objetivos en la misma medida.

6. Apertura del procedimiento de resolución

6.1. Apertura del procedimiento de resolución en la Ley 11/2015

La decisión de iniciar un procedimiento⁸⁶⁸ de resolución corresponde al FROB, si bien tras unos trámites previos algo complejos que, aparentemente, persiguen un equilibrio entre las instituciones involucradas y la coordinación de sus respectivas competencias. Así:

- Corresponde al supervisor, previa consulta a la autoridad de resolución preventiva y al FROB, determinar si la entidad es inviable o es razonablemente previsible que vaya a serlo en un futuro próximo; es decir, si cumple la primera de las condiciones antes apuntadas. No obstante, el FROB podrá instar al supervisor a que realice esa determinación si considera que existen razones para ello. El supervisor deberá contestar en un plazo máximo de tres días justificando su respuesta y, puesto que la Ley no prevé otra cosa, cabe suponer que esa respuesta es concluyente en un sentido u otro. En este punto, nuestra Ley no ha

⁸⁶⁸ En este punto, la Ley utiliza el término procedimiento, además del de proceso.

recogido la posibilidad prevista en la Directiva de que la determinación de si una entidad es inviable o exista la probabilidad de que lo vaya a ser pueda realizarla también la autoridad de resolución previa consulta al supervisor.

- Cuando el órgano de administración de una entidad considere que ésta es inviable deberá comunicarlo de manera inmediata al supervisor, quién a su vez lo comunicará sin demora al FROB y a la autoridad de resolución preventiva.
- Corresponde al FROB, en estrecha cooperación con el supervisor, llevar a cabo la evaluación de la segunda de las condiciones exigidas (la ausencia de otras alternativas). En este caso, el supervisor debe informar al FROB cuando considere que se cumple tal condición.
- Cumplidas las dos primeras condiciones, corresponde igualmente al FROB decidir acerca de la existencia de razones de interés público que hagan necesaria o conveniente la resolución. En caso afirmativo, acordará la apertura inmediata del procedimiento de resolución; y en caso contrario cabe suponer, aunque la Ley no lo explicita, que instará a la entidad la solicitud del concurso⁸⁶⁹.

El acto formal de la decisión de iniciar o no un proceso de resolución deberá contener las razones que la justifican, con una mención a si la entidad cumple las condiciones de resolución o si, por el contrario, justifican solicitar el inicio de un procedimiento concursal ordinario, y las medidas que el FROB tenga, en su caso, la intención de adoptar, ya sean las de resolución u otro tipo de medidas relacionadas con la legislación concursal.

El texto íntegro de la decisión por la cual se decide sobre la apertura de un proceso de resolución, así como el de la decisión por la cual se adoptan medidas de resolución, será notificada⁸⁷⁰ por el FROB, con indicación de la fecha a partir de la cual surtirán

⁸⁶⁹ En este sentido, recuérdese que conforme a lo previsto en la Ley 22/2003 Concursal (artículo 2) están legitimados para solicitar la declaración de concurso el deudor y cualquiera de sus acreedores. La Ley no prevé que el FROB pueda solicitar por sí mismo la declaración de concurso.

⁸⁷⁰ Regulatory Technical Standards on procedures and contents of notifications referred to in Article 81(1), (2) and (3) and the notice of suspension referred to in Article 83 of Directive 2014/59/EU (EBA/RTS/2015/4). 3 July 2015.

efecto las acciones de resolución, a la entidad objeto de resolución y a las siguientes autoridades e instituciones⁸⁷¹:

- el supervisor de la entidad objeto de resolución,
- el Banco de España,
- el sistema de garantía de depósitos al que la entidad de crédito objeto de resolución esté afiliada,
- el organismo encargado de los mecanismos de financiación en el procedimiento de resolución,
- cuando proceda, al supervisor en base consolidada y a la autoridad de resolución a nivel de grupo,
- al Ministerio de Economía y Competitividad,
- a la autoridad macroprudencial nacional y a la Junta Europea de Riesgo Sistémico,
- a la Comisión Europea, al Banco Central Europeo, a la Autoridad Europea de Valores y Mercados, a la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación y a la Autoridad Bancaria Europea, y
- a los operadores de los sistemas de pagos y de liquidación de valores en que participe.

Además el FROB debe publicar en su página web oficial el acto por el que se acuerdan las medidas de resolución⁸⁷², con los efectos de dichas medidas, en particular sobre los clientes minoristas y, en su caso, las modalidades y la duración de la suspensión o restricción de contratos y garantías, e instar la publicación en las páginas web del supervisor, la Autoridad Bancaria Europea y la entidad objeto de la resolución. Respecto de las acciones, otros instrumentos de capital o instrumentos de deuda de la entidad objeto de resolución admitidos a negociación en un mercado regulado, la publicación debe realizarse por los mismos medios utilizados para la divulgación de la información previstos en dichos mercados y, tratándose de títulos no admitidos a

⁸⁷¹ En el Real Decreto 1012/2015 que desarrolla la Ley 11/2015 no se incluyó, cabe suponer que por error, a la Junta Única de Resolución entre los destinatarios de la comunicación.

⁸⁷² Por razones obvias, no procede esta publicación cuando la decisión adoptada no es la resolución sino el concurso.

negociación, la decisión debe notificarse a los accionistas y acreedores que hayan sido identificados a través de los registros y bases de datos de la entidad.

6.2. Aprobación del dispositivo de resolución en el Mecanismo Único de Resolución

En el capítulo anterior vimos el funcionamiento de la Junta Única de Resolución y el reparto de competencias entre la Junta y las autoridades nacionales de resolución.

Tratándose de una entidad o grupo cuya resolución corresponde, conforme a ese reparto de competencias, a la Junta Única de Resolución:

- El BCE⁸⁷³ es el encargado de valorar si la entidad se encuentra en una situación de inviabilidad (*the entity is failing or is likely to fail*)⁸⁷⁴ y, en caso afirmativo, comunicarlo a la Junta. No obstante, el Reglamento del MUR prevé que la Junta, en sesión ejecutiva, pueda realizar esa evaluación, únicamente después de informar al BCE de su intención y solo si éste no la ha realizado en un plazo de tres días naturales a partir de la recepción de dicha información.
- Corresponde a la Junta, en sesión ejecutiva, en estrecha cooperación con el BCE, valorar si existen medidas alternativas que puedan impedir la inviabilidad de la entidad en un plazo de tiempo razonable. El BCE también podrá informar a la Junta si considera que se cumple esta condición.
- Y, finalmente, será la Junta en sesión ejecutiva quien decida sobre la adopción de lo que el Reglamento del MUR llama un dispositivo de resolución, si considera que la resolución es necesaria para el interés público.

Si se cumplen las condiciones establecidas, la Junta adoptará un esquema de resolución en virtud del cual la entidad queda sometida a un procedimiento de resolución; se determina la aplicación a la entidad de los instrumentos de resolución y, en su caso, la utilización del Fondo para apoyar las medidas de resolución.

⁸⁷³ Supondremos, para simplificar la exposición, que coinciden las entidades sometidas a la supervisión directa del BCE y a la resolución de la Junta Única, aunque como vimos en el capítulo anterior el perímetro de actuación de ambas instituciones no es del todo coincidente.

⁸⁷⁴ EBA. Guidelines on the interpretation of the different circumstances when an institution shall be considered as failing or likely to fail under Article 32(6) of Directive 2014/59/EU (EBA/GL/2015/07). 26 May 2015.

Inmediatamente después de la adopción del dispositivo de resolución, la Junta lo transmitirá a la Comisión y:

- en un plazo de 24 horas a partir de la transmisión del dispositivo de resolución por la Junta, la Comisión lo aprobará o lo rechazará;
- en un plazo de 12 horas a partir de la transmisión del dispositivo de resolución por la Junta, la Comisión propondrá al Consejo:
 - 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;
 - que apruebe o rechace una modificación significativa del importe del Fondo contemplado en el dispositivo de resolución de la Junta.
- El Consejo se pronunciará por mayoría simple y el dispositivo de resolución solo podrá entrar en vigor si ni el Consejo ni la Comisión presentan objeciones al mismo en el plazo de 24 horas tras su transmisión por la Junta
- Si, por el contrario, en el plazo de 24 horas a partir de la transmisión del dispositivo de resolución por la Junta, la Comisión presenta objeciones o el Consejo aprueba la propuesta de la Comisión para modificar el dispositivo de resolución, la Junta lo modificará en un plazo de ocho horas. El Consejo o la Comisión, según el caso, justificarán por qué ejercen su competencia de presentar objeciones.
- Si el Consejo formula objeciones a que se someta a una entidad a un procedimiento de resolución por el motivo de que no se cumple el criterio de interés público, la entidad en cuestión será liquidada de manera ordenada de conformidad con la legislación nacional aplicable.

El dispositivo de resolución irá dirigido a las autoridades nacionales de resolución e impartirá instrucciones a éstas, quienes tomarán todas las medidas necesarias para aplicarlo ejerciendo sus competencias de resolución.

IV. EFECTOS *EX LEGE* DE LA APERTURA DEL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN

1. Sustitución del órgano de administración y los directores generales o asimilados como medida de resolución.

La Directiva BRRD prevé que las autoridades de resolución puedan nombrar a un administrador especial que sustituya al órgano de dirección de la entidad objeto de la resolución.

La Ley 11/2015 ha hecho uso de esta posibilidad y establecido que, tras la apertura del proceso de resolución, el FROB acordará y hará pública la sustitución del órgano de administración de la entidad y de los directores generales o asimilados y la designación como administrador de la entidad a la persona o personas físicas o jurídicas que, en su nombre y bajo su control, ejercerán las funciones y facultades propias de esa condición. Las resoluciones relativas a la sustitución del órgano de administración de la entidad, directores generales o asimilados, serán objeto de inmediata publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y de inscripción en los registros públicos correspondientes. La publicación en el «Boletín Oficial del Estado» determinará la eficacia del acuerdo frente a terceros.

Los administradores nombrados por el FROB tendrán atribuidas todas aquellas facultades que legal o estatutariamente pudieran corresponder a la junta o asamblea general de la entidad y que resulten necesarias para el ejercicio de sus competencias y la aplicación de los instrumentos de resolución, con el alcance, limitaciones y requisitos que, en su caso, el FROB imponga, incluyendo el de requerir que algunas de sus acciones deban someterse a su consentimiento previo. Las personas designadas deben contar con la cualificación, la capacidad y los conocimientos necesarios para desempeñar sus funciones y tendrán el deber estatutario de adoptar todas las medidas necesarias para promover los objetivos y principios de resolución y ejecutar las acciones de resolución de conformidad con la decisión de la autoridad de resolución, y elaborarán informes periódicos sobre la situación económica y financiera de la entidad y sobre su actuación en el desempeño de sus funciones al inicio y al final de su mandato.

La medida de sustitución se mantendrá en vigor por un período no superior a un año, si bien el FROB podrá, excepcionalmente, prorrogar este plazo cuando lo considere necesario para completar el proceso de resolución. El FROB podrá destituir en cualquier momento a los miembros del órgano de administración y los directores generales.

No obstante lo anterior, el FROB podrá decidir no sustituir al órgano de administración, o a los directores generales o asimilados, en aquellos supuestos extraordinarios en los que, a la vista de la composición del accionariado o del órgano de administración de la entidad en el momento de la apertura del proceso de resolución, resulte estrictamente necesario su mantenimiento para garantizar el adecuado desarrollo del proceso de resolución y, en particular, cuando el FROB esté en disposición de controlar el órgano de administración de la entidad en virtud de los derechos políticos de que disponga⁸⁷⁵.

2. Valoración de los activos y pasivos de la entidad en resolución

2.1. Las valoraciones de la Directiva BRRD

La Directiva recoge la realización con carácter obligatorio de dos valoraciones en caso de resolución de una entidad de crédito⁸⁷⁶.

La primera de estas valoraciones es la contemplada en el artículo 36. Antes de emprender una medida de resolución o ejercer la competencia para amortizar o convertir instrumentos de capital, las autoridades de resolución se asegurarán de que una persona independiente⁸⁷⁷ tanto de las autoridades públicas, incluida la autoridad de resolución, como de la entidad, efectúe una valoración ecuánime, prudente y realista del activo y el pasivo de la entidad. La valoración se basará en supuestos prudentes, incluyendo las

⁸⁷⁵ Téngase en cuenta que, en el momento de la publicación de la Ley 11/2015, el FROB tenía el control, en calidad de accionista mayoritario, de varias entidades de crédito, como consecuencia de las ayudas públicas en forma de capital otorgadas a antiguas cajas de ahorros transformadas en bancos durante el proceso de reestructuración del sistema crediticio español

⁸⁷⁶ EBA. Regulatory Technical Standards on valuation under Directive 2014/59/EU (EBA/CP/2014/38). 7 November 2014.

⁸⁷⁷ EBA. Regulatory Technical Standards on independent valuers under Article 36(14) of Directive 2014/59/EU (EBA/RTS/2015/07). 6 July 2015.

tasas de impago y la magnitud de las pérdidas; y no preverá ninguna potencial aportación futura de ayudas públicas extraordinarias o provisión urgente de liquidez del banco central o ayuda en forma de liquidez del banco central atendiendo a criterios no convencionales en cuanto a garantías, vencimiento y tipos de interés, a partir del momento en que se emprenda una medida de resolución o se ejerza la competencia para amortizar o convertir los instrumentos de capital. Se prevé la posibilidad de una valoración provisional, completada posteriormente y que, a estos efectos, cabe entender como una única valoración.

La Directiva atribuye a esta valoración las siguientes finalidades:

- informar la determinación de si se cumplen las condiciones para la resolución o las condiciones para la amortización o conversión de instrumentos de capital;
- si se cumplen las condiciones para la resolución, informar la decisión sobre las medidas de resolución adecuadas;
- informar las decisiones, los valores y los efectos de cada uno de los instrumentos de resolución que se pretende aplicar (a los que nos referiremos en los apartados siguientes); y
- en todos los casos, garantizar que cualquier pérdida que afecte a los activos de la entidad sea plenamente constatada en el momento en que se aplican los instrumentos de resolución o se ejerce la competencia para amortizar o convertir los instrumentos de capital en cuestión.

De estas finalidades interesa especialmente destacar la última, por cuanto la constatación del valor de los activos y pasivos de la entidad en un concreto momento del tiempo, el momento de la entrada en resolución, parece que debería resultar determinante para establecer el valor de los derechos de los accionistas y acreedores y la cuantía de las pérdidas que habrán de asumir. Cabe razonablemente cuestionarse si esta valoración genera un derecho a favor de accionistas y acreedores a no recibir menos de lo que resulte de esta valoración; y si vincula igualmente a la autoridad de resolución, a cuya gestión cabría imputar cualquier pérdida posterior. O si, por el contrario, se trata de un mero trámite con una finalidad puramente informativa, *ex ante*, y el verdadero valor de la entidad (y las pérdidas para los accionistas y acreedores) será el que, *ex post*,

resulte finalmente una vez llevadas a término las medidas de resolución.

Parece apoyar esta segunda idea el hecho de que la Directiva establezca que, además, la valoración debe tener en cuenta que, si se aplica cualquier instrumento de resolución, la autoridad de resolución y cualquier mecanismo de financiación podrá recuperar todo gasto razonable en que se haya incurrido y que el mecanismo de financiación de la resolución podrá cobrar intereses o tasas con respecto a todo préstamo o garantía proporcionado a la entidad objeto de resolución, algo que no resulta muy consistente con la idea de una valoración ecuánime, prudente y realista del activo y el pasivo de la entidad referida al momento de entrada en resolución.

Tampoco parece muy consistente el plantear que esta valoración sirva para informar la determinación de si se cumplen las condiciones para la resolución. Cabría suponer que se trata de dos valoraciones distintas: una con esta finalidad y otra, distinta, para informar el resto de decisiones solo si la entidad entra en un proceso de resolución, realizadas presumiblemente además en distintos momentos del tiempo⁸⁷⁸. Y en cuanto a la primera, cabría esperar que el supervisor disponga por sus propios medios de elementos de juicio suficientes para determinar si una entidad cumple las condiciones para la resolución, sin que, necesariamente, haya de acudir a una valoración independiente y eso dejando al margen el hecho de que la decisión de si una entidad cumple las condiciones para la resolución no está condicionada por el resultado de una previa valoración.

La Directiva plantea, además, que la valoración no será objeto de recurso por separado, sino que estará sujeta a un recurso conjuntamente con las medidas de resolución.

⁸⁷⁸ La inconsistencia señalada ha quedado reflejada de manera patente en el artículo 20 del Reglamento del MUR:

4. The objective of the valuation shall be to assess the value of the assets and liabilities of an entity ... that meets the conditions for resolution

5. The purposes of the valuation shall be: (a) to inform the determination of whether the conditions for resolution ... are met;

La segunda de las valoraciones a las que se refiere la BRRD es la contenida en el artículo 74, realizada por una persona independiente una vez realizadas las acciones de resolución, con la finalidad de determinar el trato que los accionistas y acreedores, o los sistemas de garantía de depósitos, habrían recibido si a la entidad objeto de resolución se hubieran aplicado procedimientos de insolvencia ordinarios en el momento en que se adoptó la decisión de emprender la resolución y la diferencia con el trato que efectivamente han recibido los accionistas y acreedores en la resolución de la entidad.

Si de la valoración efectuada se desprende que cualquier accionista o acreedor o el sistema de garantía de depósitos ha incurrido en pérdidas más importantes que las que habría sufrido si la entidad hubiera sido liquidada con arreglo a los procedimientos de insolvencia ordinarios, éste tendrá derecho al pago de la diferencia con cargo a los mecanismos de financiación en el procedimiento de resolución.

2.2. Las valoraciones previstas en la Ley 11/2015

La legislación española exige igualmente que, con carácter previo a la adopción de cualquier medida de resolución y, en particular, a efectos de determinar si se cumplen las condiciones para la resolución y la aplicación de los instrumentos de resolución, se realice una valoración⁸⁷⁹ de los activos y pasivos de la entidad por uno o varios expertos designados por el FROB, independientes tanto de las autoridades públicas como de la entidad sujeta a valoración.

El objetivo de esta valoración será determinar el valor de los activos y pasivos de la entidad, de manera que el supervisor o la autoridad de resolución puedan valorar si se cumplen las condiciones para la resolución y la adopción de cualquier medida de resolución y, en particular, para la aplicación de los instrumentos de resolución, y se

⁸⁷⁹ El texto de la Ley dice que “*se determinará el valor de los activos y pasivos de la entidad sobre la base de los informes de valoración encargados a uno o varios expertos*”. No está claro si la Ley está recurriendo a un eufemismo para referirse a la valoración independiente o si está queriendo decir que será el FROB quien, sobre la base de una o más valoraciones no necesariamente coincidentes, determine la valoración de los activos y pasivos de la entidad.

La redacción dada al Real Decreto (art. 6) es más clara: “*Con carácter previo a la adopción de cualquier medida de resolución se realizará una valoración del activo y el pasivo de la entidad por un experto independiente designado por el FROB...*”.

reconozcan las pérdidas que pudieran derivarse de la aplicación de los instrumentos que se vayan a utilizar.

La Ley y el Real Decreto contemplan igualmente la realización de una valoración independiente, una vez realizadas las acciones de resolución, que determine las pérdidas que habrían soportado los accionistas y acreedores si la entidad hubiera sido liquidada en el marco de un procedimiento concursal y, si hubiesen sido menores a las efectivamente soportadas, el derecho de éstos a recibir la diferencia con cargo al mecanismo de financiación de la resolución.

3. Amortización o conversión de los instrumentos de capital regulatorio en el punto de entrada en resolución

El FROB, previa consulta al supervisor, procederá a la amortización y conversión de instrumentos de capital regulatorio, cuando se dé alguna de las circunstancias siguientes:

- Que la entidad cumpla las condiciones de resolución.
- Que, a no ser que se ejerza esta competencia, la entidad devendrá inviable⁸⁸⁰.
- Que la entidad necesite ayuda financiera pública extraordinaria, distinta de la expresamente prevista como no constitutiva de causa de inviabilidad (a la que hicimos referencia en un apartado anterior).
- En el caso de los instrumentos de capital emitidos por una filial o matriz españolas y si dichos instrumentos de capital se reconocen a los efectos de

⁸⁸⁰ Ya hicimos referencia a la inconsistencia de la Directiva al establecer como condición para la resolución el que la amortización o conversión no puedan impedir la inviabilidad de la entidad (artículo 32) y, por otro lado, exigir la amortización o conversión para, una vez iniciada la resolución, evitar que la entidad devenga inviable; inconsistencia que le obliga a redefinir de nuevo la inviabilidad en el artículo 59 de manera diferente:

Artículo 32: *“teniendo en cuenta el calendario y otras circunstancias pertinentes, que no existan perspectivas razonables de que ninguna medida alternativa del sector privado, ..., o de supervisión, ..., así como la amortización o conversión de instrumentos de capital ..., pueda impedir la inviabilidad de la entidad en un plazo de tiempo razonable”*

Artículo 59: *“teniendo en cuenta el calendario y otras circunstancias pertinentes, que no existan perspectivas razonables de que ninguna medida, incluidas medidas alternativas del sector privado o de supervisión ..., aparte de la amortización o conversión de los instrumentos de capital, ..., puedan impedir la inviabilidad de la entidad ..., en un plazo de tiempo razonable”*.

cumplimiento de los requisitos de fondos propios en base individual y consolidada, cuando los supervisores y las autoridades de resolución involucrados aprecien de manera conjunta que, a no ser que se ejerza la competencia de amortización o conversión en relación con dichos instrumentos, el grupo devendría inviable.

El FROB, previa consulta al supervisor, podrá realizar la amortización o conversión de los instrumentos de capital pertinentes independientemente de cualquier medida de resolución, incluida la recapitalización interna, o conjuntamente con cualquier otra medida de resolución.

Debe tenerse en cuenta no obstante que, tanto la obligación de realizar la amortización o conversión, como la facultad de realizarla indistinta o conjuntamente con otras medidas, lo son en el marco del procedimiento de resolución y solo una vez iniciado éste. La legislación española (tampoco la BRRD) no contempla la potestad del supervisor o la autoridad de resolución para decidir, con carácter de acto administrativo, sobre la conversión o amortización de los instrumentos de capital de una entidad con anterioridad al inicio de un concreto procedimiento de resolución.

La conversión o amortización de los instrumentos de capital regulatorio en el punto de entrada en resolución supone dar por cumplido uno de los requisitos exigibles a este tipo de instrumentos para admitir su computabilidad como recursos propios a efectos del cumplimiento de los requerimientos mínimos de capital, que es el que tengan capacidad de absorción de pérdidas con la empresa en funcionamiento, sin necesidad de instar el concurso, es decir, el objetivo buscado cuando se opta por la resolución.

De ahí la esencial importancia de la valoración de los activos y pasivos de la entidad en el momento de entrada en resolución, y en la concreción de la cuantía de las pérdidas que habrán de ser asumidas por los tenedores de los instrumentos de capital regulatorio mediante la reducción del importe de sus títulos o la conversión de instrumentos de deuda en instrumentos de capital⁸⁸¹.

⁸⁸¹ Recordamos que son instrumentos de capital regulatorio aquellos que, conforme a la normativa de solvencia, resultan admisible como recursos propios para el cumplimiento de los requerimientos mínimos

La amortización o conversión se llevará a cabo de acuerdo con la prelación de créditos aplicable en el procedimiento concursal:

- en primer lugar se amortizarán los elementos del capital ordinario de nivel 1 de forma proporcional a las pérdidas y hasta donde fuera posible;
- si el importe anterior no fuera suficiente para la recapitalización, se amortizará el importe principal de los instrumentos de capital adicional de nivel 1 o se convertirá en instrumentos de capital ordinario de nivel 1, o ambas cosas, en la medida en que sea necesario para alcanzar los objetivos de resolución, o si el importe es inferior, hasta donde fuera posible; y
- si los importes anteriores no resultaran suficientes para la recapitalización, se amortizará el importe principal de los instrumentos de capital de nivel 2 o se convertirá en instrumentos de capital ordinario de nivel 1, o ambas cosas, en la medida en que sea necesario para alcanzar los objetivos de resolución o, si el importe es inferior, hasta donde fuera posible.

De forma que no se convertirá en capital o amortizará una clase de instrumentos de capital mientras otra clase subordinada no haya sido convertida en capital o amortizada en su totalidad.

La amortización o conversión tiene como efectos que:

- la reducción del principal será permanente;
- no subsistirá ninguna obligación frente al titular de los instrumentos de capital respecto al importe amortizado, excepto las obligaciones ya devengadas o la responsabilidad que se derive como resultado de un recurso presentado contra la legalidad del ejercicio de la competencia de amortización; y
- no se pagará ninguna indemnización al titular de los instrumentos de capital, sin perjuicio de la entrega de instrumentos de capital ordinario de nivel 1 en caso de conversión del resto de instrumentos de capital.

de capital de las entidades de crédito, con independencia de si, desde el punto de vista mercantil, adoptan la forma de instrumentos de capital o de instrumentos de deuda. A estos efectos, básicamente, las acciones ordinarias son instrumentos de capital ordinario de nivel 1, las obligaciones subordinadas perpetuas convertibles son instrumentos de capital adicional de nivel 1 y las obligaciones subordinadas con vencimiento a largo plazo son instrumento de capital de nivel 2.

Volveremos más adelante sobre las circunstancias, el importe y la prelación de la conversión o amortización al referirnos al instrumento de recapitalización interna (*bail-in*).

V. LOS INSTRUMENTOS DE RESOLUCIÓN

1. Consideraciones generales

Una vez declarada la resolución, la autoridad de resolución debe adoptar todas las medidas necesarias para resolver la entidad y alcanzar los objetivos perseguidos con la resolución. La Directiva BRRD recogió una serie de instrumentos que, como mínimo, deben estar disponibles para la autoridad de resolución a fin de desarrollar el proceso de resolución de una entidad, con independencia de que los Estados miembros pueden conferir cualesquiera otras posibilidades de actuación a la autoridad de resolución.

Los instrumentos de resolución (*resolution tools*) son:

- la venta de negocios de la entidad;
- la transmisión de activos o pasivos a una entidad puente;
- la transmisión de activos o pasivos a una sociedad de gestión de activos; y
- la recapitalización interna. (*bail-in*).

Las autoridades de resolución podrán aplicar los instrumentos de resolución individualmente o en cualquier combinación, salvo el instrumento de segregación de activos a una sociedad de gestión, que únicamente se podrá aplicar en conjunción con otro instrumento.

En aplicación de los instrumentos de resolución, la transmisión de acciones u otros instrumentos de capital, activos y pasivos podrá realizarse sin necesidad de obtener el consentimiento de los accionistas de la entidad objeto de resolución o de terceros diferentes del comprador y sin tener que cumplir otros requisitos de procedimiento exigidos por la legislación societaria o de valores. Las cantidades recibidas como contraprestación de la transmisión redundará en beneficio de los propietarios de las

acciones u otros instrumentos de capital, si lo que se transmite son dichas acciones o instrumentos, o de la entidad en resolución si se transmiten sus activos y pasivos.

Cuando, en aplicación de los instrumentos de venta del negocio y de la entidad puente, se transmita, no la totalidad, sino una parte de los activos, derechos o pasivos de la entidad objeto de resolución, la entidad desde donde se transmitieron los activos, derechos o pasivos se someterá a liquidación conforme a los procedimientos de insolvencia ordinarios, dentro de un plazo razonable, teniendo en cuenta la necesidad de que la entidad continúe durante un tiempo prestando servicios o de prestar respaldo al adquirente para que siga ejerciendo las actividades o servicios adquiridos⁸⁸², a fin de alcanzar los objetivos de la resolución.

Los accionistas y acreedores de la entidad en resolución, así como terceras personas cuyos activos o pasivos no hayan sido transferidos, no tendrán ningún derecho sobre los activos y pasivos que hayan sido transferidos, y las operaciones mediante las que se materialicen los instrumentos de resolución no serán rescindibles al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

A los instrumentos de resolución nos referiremos en los siguientes apartados.

2. Venta del negocio de la entidad

Probablemente, la forma que se intuye como más natural para resolver una entidad en dificultades es la venta de sus negocios, al menos de algunos de sus negocios, aquellos que continúan siendo rentables o que podrían serlo para un potencial adquirente⁸⁸³. En su definición habitual, un negocio es un conjunto integrado de activos y actividades con capacidad para ser dirigidos y gestionados con el propósito de proporcionar un rendimiento a los inversores u otros propietarios, miembros o

⁸⁸² EBA. Guidelines on the minimum list of services or facilities that are necessary to enable a recipient to operate a business transferred to it under Article 65(5) of Directive 2014/59/EU (EBA/GL/2015/06). 20 May 2015.

⁸⁸³ EBA. Guidelines on factual circumstances amounting to a material threat to financial stability and on the elements related to effectiveness of the sale of business tool under Article 39(4) of Directive 2014/59/EU (EBA/GL/2015/04). 20 May 2015.

partícipes⁸⁸⁴. Cabe suponer que el título del instrumento obedece originalmente a esta idea, aunque en su redacción final se da cabida a la venta de cualesquiera activos y pasivos, constituyan o no un negocio en el sentido indicado.

Así, el FROB podrá acordar y ejecutar la transmisión a un adquirente que no sea una entidad puente, de:

- las acciones, o instrumentos representativos del capital o equivalente, de la entidad o convertibles en ellos, cualesquiera que sean sus titulares; y
- todos o parte de los activos y pasivos de la entidad.

La venta se efectuará en condiciones de mercado, atendiendo a las circunstancias específicas y de conformidad con la normativa en materia de ayudas de Estado, sin necesidad, como dijimos, de contar con la autorización o el consentimiento de los propietarios de los títulos que se transmiten, y en base a un procedimiento competitivo para seleccionar al adquirente o adquirentes que:

- será transparente, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la necesidad de salvaguardar la estabilidad del sistema financiero;
- no favorecerá o discriminará a ninguno de los potenciales adquirentes;
- se adoptarán las medidas necesarias para evitar situaciones de conflicto de intereses;
- tomará en consideración la necesidad de aplicar el instrumento de resolución lo más rápido posible; y
- tendrá entre sus objetivos maximizar el precio de venta.

No obstante, cuando se justifique adecuadamente que ello supone una seria amenaza para la estabilidad del sistema financiero o se constate que el desarrollo de dicho procedimiento puede dificultar la efectividad del instrumento de resolución, la selección del adquirente o adquirentes podrá realizarse sin necesidad de cumplir con dichos requisitos.

⁸⁸⁴ Norma 43ª de la Circular 4/2004 del Banco de España.

A los efectos del ejercicio de los derechos de establecimiento y libre prestación de servicios en otro Estado miembro, se considerará que el comprador es una continuación de la entidad objeto de resolución y podrá seguir ejerciendo los derechos anteriormente ejercidos por esta última en relación con los activos y pasivos transmitidos.

La persona o entidad que resulte adquirente debe disponer de la autorización correspondiente para desarrollar la actividad del negocio adquirido. En su caso, el supervisor llevará a cabo la evaluación de la solicitud de autorización o de la adquisición o el incremento de una participación significativa en un breve espacio de tiempo. No obstante, la transmisión de acciones u otros instrumentos de capital tendrá eficacia jurídica inmediata y la Ley prevé una serie de cautelas aplicables durante el período de evaluación y para el caso que el supervisor deniegue la autorización o se oponga a la transmisión (ejercicio de los derechos de voto, reversión de las acciones, régimen sancionador,...).

3. Transmisión de activos y pasivos a una entidad puente

La idea de una entidad puente se rige por el mismo principio que la venta de negocios. Se trata de segregar de la entidad en resolución aquella parte (negocios, o activos y pasivos) que, previsiblemente, conserva valor y supone la prestación de servicios esenciales, de forma que el resto, lo que queda en la entidad en resolución, pueda ser liquidado por el procedimiento concursal ordinario, sin riesgo de contagio al resto del sistema. Si no es posible realizar la venta a terceros en condiciones de mercado de manera inmediata, como en el caso de la venta de negocios, la entidad puente representa una solución transitoria que permite mantener durante un tiempo el funcionamiento de los servicios esenciales y preservar el valor.

Por entidad puente se entiende una sociedad anónima que podrá estar participada por el FROB o por otra autoridad o mecanismo de financiación públicos⁸⁸⁵, cuyo objeto es

⁸⁸⁵ La Ley española no ha seguido en este punto a la Directiva, que requiere la participación pública total o parcial y el control por la autoridad de resolución:

La entidad puente será una persona jurídica que cumpla los siguientes requisitos:

el desarrollo total o parcial de las actividades de la entidad en resolución, y la gestión de las acciones u otros instrumentos de capital o de todos o parte de sus activos y pasivos. Corresponde al FROB constituir la entidad puente, aprobar el órgano de administración, determinar la remuneración y responsabilidades de éste y aprobar el perfil de riesgo de la entidad.

El FROB podrá acordar y ejecutar la transmisión a una entidad puente de:

- la totalidad o parte de las acciones o instrumentos representativos del capital o equivalente de la entidad en resolución o convertibles en ellos, cualesquiera que sean sus titulares; y
- todos o parte de los activos y pasivos de una entidad objeto de resolución.

La transmisión se realizará en representación y por cuenta de los accionistas de la entidad en resolución, sin necesidad de obtener su consentimiento ni el de terceros y sin tener que cumplir los requisitos de procedimiento exigidos en materia de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles o por la normativa del mercado de valores. El valor total de los pasivos transmitidos a la entidad puente no podrá exceder del valor de los derechos y activos transmitidos desde la entidad objeto de resolución o de cualquier otra procedencia.

El FROB podrá: aplicar este instrumento en una o varias ocasiones; a favor de una o varias entidades puente; transmitir de regreso activos y pasivos de la entidad puente a la entidad en resolución o a un tercero; e incluso, si así se prevé en la transmisión, acordar la devolución de las acciones u otros instrumentos de capital, o de los activos o pasivos de la entidad puente a la entidad objeto de resolución

La entidad puente debe obtener la autorización oportuna para ejercer las actividades o servicios adquiridos. No obstante, al inicio de su funcionamiento y durante el tiempo estrictamente necesario, se podrá establecer y autorizar a la entidad puente sin necesidad

a) que pertenezca total o parcialmente a una o más autoridades públicas (entre las que pueden estar la autoridad de resolución o el mecanismo de financiación de la resolución) y esté controlada por la autoridad de resolución;...

de cumplir los requisitos previstos para el acceso a la actividad correspondiente, cuando ello sea necesario para alcanzar los objetivos de la resolución.

Su administración no conllevarán ninguna obligación o responsabilidad respecto a los accionistas y acreedores de la entidad en resolución y será administrada y gestionada con el objeto de mantener el acceso a las funciones esenciales y venderla, o vender sus activos y pasivos, cuando las circunstancias sean las apropiadas, en condiciones de mercado y por procedimientos competitivos, transparentes y no discriminatorios.

La Ley establece que cuando se ponga fin a las actividades de la entidad puente, esta será sometida a un procedimiento concursal, pero el Real Decreto recoge otros supuestos de cese de la actividad que no comportan necesariamente el concurso, como la fusión con otra entidad o la venta de la totalidad de activos y pasivos.

4. Transmisión de activos a una sociedad de gestión de activos

Por lo que se refiere a la posibilidad de transmitir activos (y pasivos) a una sociedad de gestión de activos, el FROB podrá, con carácter de acto administrativo, obligar a una entidad objeto de resolución o a una entidad puente a transmitir determinadas categorías de activos que figuren en el balance de la entidad o de cualquier empresa sobre la que la entidad ejerza el control en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

El FROB solo ejercerá esta facultad:

- si el mercado de los activos de la entidad objeto de resolución o de la entidad puente es de tal naturaleza que su liquidación con arreglo a los procedimientos de insolvencia ordinarios podría influir negativamente en los mercados financieros⁸⁸⁶,
- si la transmisión es necesaria para garantizar el buen funcionamiento de la entidad objeto de resolución o de la entidad puente, o
- si es necesaria una transmisión para maximizar los ingresos procedentes de la liquidación.

⁸⁸⁶ EBA. Guidelines on the determination of when the liquidation of assets or liabilities under normal insolvency proceeding could have an adverse effect on one or more financial markets under Article 42(14) of Directive 2014/59/EU (EBA/GL/2015/05).20 May 2015.

Las sociedades de gestión de activos adoptarán la forma de sociedad anónima, que podrá estar participada por el FROB o por otra autoridad o mecanismo de financiación públicos⁸⁸⁷, constituida con el propósito de recibir la totalidad o parte de los activos y pasivos de una o varias entidades objeto de resolución o de una entidad puente⁸⁸⁸. La constitución de la sociedad de gestión, su órgano de administración, las remuneraciones y responsabilidades de éste y la estrategia y perfil de riesgo de la sociedad tendrán que ser aprobados por el FROB.

El valor de transmisión de los activos se determina conforme a los criterios de valoración independiente explicados en un apartado anterior y su gestión irá encaminada a maximizar su valor a través de una eventual venta o liquidación ordenada y, a tal fin, la sociedad podrá emitir obligaciones y valores que reconozcan o creen deuda.

La Ley 11/2015 asigna al FROB la supervisión de las sociedades de gestión de activos, asignación de funciones que parece cuestionable, dado el control que aquel

⁸⁸⁷ También en este punto la Ley española se ha apartado de la Directiva, que requiere la participación pública total o parcial y el control por la autoridad de resolución:

... por entidad de gestión de activos se entenderá una persona jurídica que cumpla todos los requisitos siguientes:

a) que pertenezca total o parcialmente a una o más autoridades públicas (entre las que pueden estar la autoridad de resolución o el mecanismo de financiación de la resolución) y esté controlada por la autoridad de resolución;

⁸⁸⁸ En España, formando parte de las medidas de reestructuración del sistema crediticio impulsadas por el Memorando de entendimiento (MoU) firmado por el Gobierno con las instituciones europeas en 2012, la Disposición adicional séptima de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE de 15), creó la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. (SAREB), constituida con mayoría de capital privado, a la que se transfirieron activos inmobiliarios por valor de más de 50 mil millones de euros, procedentes de las cajas de ahorros reestructuradas.

Las sociedades de gestión de activos se regularon, además de en la Ley 9/2012 (derogada por la Ley 11/2015), en el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos (BOE de 16) y más recientemente, respecto de la SAREB, por la Circular 5/2015, de 30 de septiembre, del Banco de España, por la que se desarrollan las especificidades contables de la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S. A. (BOE de 2 de octubre).

ejerce sobre este instrumento de resolución y su eventual participación, incluso mayoritaria, en el capital de la sociedad⁸⁸⁹.

5. El instrumento de recapitalización interna

5.1. La recapitalización interna (*bail-in*)

Hasta aquí hemos hecho referencia a dos posibilidades para afrontar la resolución de una entidad de crédito, la venta de negocios y la transferencia de activos y pasivos a una entidad puente. En ambos casos, teniendo siempre presente el objetivo perseguido por la resolución, el procedimiento consiste, básicamente, en dividir los negocios, activos y pasivos de la entidad en dos partes⁸⁹⁰. Una de ellas, la parte “buena”, entendida como aquella que conserva valor o atiende a la prestación de servicios esenciales, es transferida a una entidad puente o vendida a un tercero adquirente, conjuntamente, en su caso, con la transferencia de determinados activos a una sociedad de gestión. La otra parte, la parte “mala”, será liquidada conforme al procedimiento concursal ordinario.

Cabe sin embargo una tercera posibilidad, consistente en recapitalizar la entidad, por el procedimiento de sanear las pérdidas, inyectar capital y reestructurar el negocio, de forma que, una vez corregidas sus deficiencias, la entidad reflatada vuelva a ser viable.

Este era, de hecho, el procedimiento habitualmente utilizado con anterioridad a, e incluso durante, la última crisis. En caso de dificultades que comportasen riesgo sistémico, el Estado acudía al rescate de las entidades en dificultades aportando capital o financiación con recursos públicos, el llamado *bail-out*, lo que planteaba no pocos problemas de riesgo moral (*moral hazard*) y suponía beneficiar a inversores privados (accionistas y acreedores de la entidad en dificultades) con recursos públicos.

Las reformas regulatorias han supuesto un giro radical en este planteamiento y el nuevo marco de resolución de crisis bancarias ha situado en primer plano la idea de que sean los accionistas y acreedores los que asuman, en primer lugar, las pérdidas de la

⁸⁸⁹ En la derogada Ley 9/2012 la supervisión de las sociedades de gestión de activos se atribuyó al Banco de España.

⁸⁹⁰ Idea a veces reflejada con la expresión *good bank / bad bank*.

entidad; si fuese necesario con la ayuda, a continuación, de fondos aportados por la propia industria bancaria; y solo excepcionalmente, y como último recurso, con ayudas públicas concedidas bajo estrictas condiciones.

Ya vimos que tanto la Directiva BRRD como la Ley 11/2015 exigen la reducción o la conversión de los instrumentos de capital regulatorio en el punto de entrada en resolución, de forma que, al menos, las pérdidas resultantes de una valoración independiente de los activos y pasivos de la entidad sean asignadas a los accionistas y los tenedores de instrumentos computables como capital.

Pero si la solución elegida por la autoridad de resolución, por considerar que es la que mejor cumpliría los objetivos de la resolución, consiste en la recapitalización de la entidad para que, una vez saneada y sus actividades reorganizadas, ésta continúe en funcionamiento, no basta con asumir la totalidad de las pérdidas si, tras ello, el capital que queda resulta insuficiente para cumplir con los requerimientos mínimos exigidos por la normativa de solvencia, y algo más que ese mínimo, para generar la suficiente confianza en el mercado que permita a la entidad recapitalizada seguir operando.

Este es el objetivo perseguido por el instrumento de recapitalización interna, mediante el mecanismo conocido como *bail-in* (que se podría traducir como autorescate o rescate interno, por oposición a *bail-out*, rescate), consistente en asignar las pérdidas a accionistas y acreedores conforme a la prelación establecida en el procedimiento concursal (salvo excepciones) y convertir deuda en capital para recomponer los niveles exigibles de recursos propios, de forma que la entidad, saneada y recapitalizada, pueda continuar operando.

En los siguientes apartados veremos cómo la Directiva BRRD y la Ley 11/2015 contemplan esta herramienta.

5.2. Objetivo de la recapitalización interna

El objetivo perseguido con este instrumento es recapitalizar la entidad en resolución en un grado tal que le permita de nuevo responder a las condiciones a que está

supeditada su autorización, continuar con el ejercicio de sus actividades y mantener la suficiente confianza del mercado en la entidad.

En este sentido, la cuantía de la recapitalización está representada por el importe por el cual deben amortizarse los pasivos admisibles con objeto de garantizar que el valor neto de la entidad objeto de resolución sea igual a cero, más el importe en el cual los activos admisibles deben convertirse en acciones u otros tipos de instrumentos de capital con objeto de restablecer el coeficiente de capital ordinario de nivel 1 de la entidad objeto de resolución.

La recapitalización interna de la entidad resulta procedente solo en el caso de que existan perspectivas razonables de que la aplicación de dicho instrumento, en conjunción con otras medidas, como un plan de reorganización de actividades, además de lograr los objetivos de resolución, restablezca la solidez financiera y la viabilidad a largo plazo de la entidad.

En caso contrario, la norma plantea la posibilidad de utilizar esta herramienta para convertir en capital o reducir el principal de los instrumentos de deuda transmitidos a una entidad puente con el fin de proporcionar capital a ésta, puesto que, como vimos, debe cumplir los requisitos exigidos por la normativa para el ejercicio de las actividades que pretenda desarrollar; o bien con arreglo al instrumento de venta del negocio (p.e. mediante el canje por instrumentos de capital o de deuda de la entidad adquirente)⁸⁹¹.

Más dudas plantea su utilización junto al instrumento de segregación de activos, posibilidad que también contempla la Ley, por cuanto la sociedad de gestión no está sometida a requerimientos prudenciales de capital y recibirá, fundamentalmente, activos, cuya contrapartida o es deuda o es capital cuya titularidad corresponde a la entidad cedente.

⁸⁹¹ En un contexto algo distinto, esta posibilidad, aunque de aceptación voluntaria y no impuesta por la autoridad de resolución, se aplicó con motivo de la adquisición de Banco CEISS por Unicaja, en la que se ofreció a los preferentistas de CEISS el canje de sus títulos por acciones de Unicaja Banco.

5.3. Ámbito objetivo de aplicación. Los pasivos admisibles

Además de a las acciones, cuyo nominal puede ser reducido, incluso a cero, y de los instrumentos de deuda computables como capital regulatorio, que pueden ver reducido su importe o ser convertidos en acciones u otros instrumentos de capital, la posibilidad de reducir el importe de la deuda o convertir deuda en capital alcanza a la totalidad de los pasivos de la entidad, excepto a aquellos que se encuentran expresamente excluidos por la Ley o que lo sean por decisión del FROB.

En cuanto a lo primeros, están excluidos de la recapitalización interna los siguientes pasivos:

- Depósitos garantizados, hasta el nivel garantizado por la normativa del Fondo de Garantía de Depósitos.
- Pasivos garantizados, hasta donde alcance el valor de la garantía, incluidos los bonos garantizados, en particular, cédulas y bonos hipotecarios, territoriales y de internacionalización, y los instrumentos financieros utilizados para fines de cobertura que formen parte integrante de la cartera de cobertura.
- Pasivos resultantes de la tenencia por la entidad afectada de activos o dinero de clientes, incluidos los depositados en nombre de instituciones de inversión colectiva, entidades de capital-riesgo o entidades de inversión colectiva de tipo cerrado cuando dicho cliente esté protegido con arreglo a la normativa concursal.
- Pasivos resultantes de una relación fiduciaria entre la entidad o sociedad afectada, como fideicomisario, y otra persona, como beneficiaria, cuando dicho cliente esté protegido con arreglo a la normativa concursal.
- Pasivos de entidades, excluidas las sociedades que formen parte del mismo grupo, cuyo plazo de vencimiento inicial sea inferior a siete días.
- Pasivos que tengan un plazo de vencimiento restante inferior a siete días, respecto de sistemas u operadores de sistemas de pagos y de liquidación de valores, o de sus participantes, y resultantes de la participación en uno de estos sistemas.

- Pasivos contraídos con:
 - Empleados, en concepto de salarios, pensiones u otras remuneraciones fijas devengadas reguladas por convenios o acuerdos colectivos.
 - Acreedores comerciales, por el suministro a la entidad afectada de bienes y servicios que son esenciales para el desarrollo cotidiano de sus actividades (tecnologías de la información, suministros públicos de carácter básico, alquiler, mantenimiento y limpieza de locales, ...).
 - La Administración tributaria o de la Seguridad Social.
 - Sistemas de garantía de depósitos surgidos de contribuciones debidas

En cuanto a los segundos, es decir a los pasivos susceptibles de exclusión de la recapitalización interna por decisión del FROB, éste en circunstancias excepcionales, y previa comunicación a la Comisión Europea, podrá excluir, total o parcialmente, ciertos pasivos admisibles cuando no sea posible amortizarlos o convertirlos en un plazo razonable, cuando hacerlo originaría una destrucción del valor tal que las pérdidas sufridas por otros acreedores serían más elevadas, o cuando la exclusión sea estrictamente necesaria y proporcionada para garantizar la continuidad de las funciones esenciales desarrolladas por la entidad o para evitar que se origine un contagio extendido, en particular respecto de los depósitos no garantizados en poder de personas físicas y pequeñas y medianas empresas, que perturbe gravemente el funcionamiento de los mercados financieros, de modo tal que pueda causarse un trastorno grave a la economía del país, o a la de la Unión Europea⁸⁹².

Cuando el FROB decida excluir total o parcialmente determinados pasivos admisibles, el nivel de la amortización o de la conversión aplicada al resto de pasivos admisibles no excluidos debería aumentarse en idéntica cuantía, siempre que con tal medida se respete el principio de *no creditor worse off*.

Si, por el contrario, las pérdidas que habrían tenido que soportar los pasivos excluidos por decisión del FROB no se repercuten plenamente en otros acreedores, la

⁸⁹² EBA. Technical Advice on the delegated acts on the circumstances when exclusions from the bail in tool are necessary (EBA/OP/2015/07). 6 March 2015.

norma prevé la posibilidad de que entren en funcionamiento los recursos procedentes del Fondo de Resolución Nacional.

5.4. Utilización del Fondo de Resolución Nacional

El Fondo de Resolución Nacional podrá contribuir a la resolución de una entidad con la finalidad de cubrir cualquier pérdida que no haya sido absorbida por los pasivos admisibles y restaurar el valor neto de la entidad igualándolo a cero, o para adquirir acciones u otros instrumentos de capital de la entidad objeto de resolución, con el fin de recapitalizarla.

La utilización de los recursos del Fondo de Resolución Nacional está, sin embargo, condicionada a que:

- mediante la reducción de capital, conversión o de cualquier otro modo, se haya realizado, por parte de los accionistas y los tenedores de otros instrumentos de capital y otros pasivos admisibles, una contribución a la absorción de pérdidas y recapitalización interna por un importe equivalente, al menos, al 8 por ciento del total del pasivo (incluyendo los fondos propios) de la entidad determinados conforme a la valoración independiente realizada en el momento de la resolución⁸⁹³, y
- la contribución del Fondo no exceda del 5 por ciento de dichos pasivos totales, (incluidos los fondos propios), porcentaje que se podrá superar, con recursos obtenidos mediante contribuciones *ex ante*⁸⁹⁴, siempre que se hayan amortizado o convertido en su totalidad los pasivos no garantizados, no preferentes, distintos de los depósitos admisibles.

⁸⁹³ Se prevé igualmente la actuación del Fondo tomando como referencia, no el 8% del total pasivos, sino el 20% de los activos ponderados por riesgo, pero condicionándola a que la disponibilidad de recursos por el Fondo sea como mínimo igual al 3 por ciento del importe de los depósitos garantizados por el FGDEC y a que el tamaño de la entidad en resolución sea inferior a los 900 mil M€ en base consolidada.

⁸⁹⁴ Es decir, excluyendo la posibilidad de que tal incremento se sufrague apelando a contribuciones *ex post*.

5.5. Otras fuentes de financiación de la resolución a cargo del FROB

Si la utilización de los recursos procedentes del Fondo de Resolución Nacional, en los términos antes indicados, resultase insuficiente, el FROB, en circunstancias extraordinarias, podrá obtener financiación procedente de fuentes alternativas.

La contribución del FROB a la resolución, de acuerdo en todo caso con la normativa de la Unión Europea en materia de competencia y ayudas de Estado, podrá realizarse en efectivo, mediante la entrega de valores representativos de deuda pública, o de valores emitidos por el propio FROB, o mediante compensación de los créditos que ostente frente a la entidad⁸⁹⁵. Los instrumentos que adquiera el FROB serán computables como capital a efectos de la regulación de solvencia (capital ordinario de nivel 1, capital de nivel 1 adicional o capital de nivel 2). Llegado el caso, la desinversión por el FROB en los instrumentos adquiridos se realizará mediante su enajenación a través de procedimientos que aseguren la competencia.

5.6. Utilización del Fondo de Garantía de Depósitos en la resolución

La Directiva BRRD establece que cuando las autoridades de resolución emprendan una medida de resolución, y siempre que dicha medida garantice a los depositantes la continuidad del acceso a sus depósitos, el sistema de garantía de depósitos al que esté afiliada la entidad debe hacerse responsable:

- del importe en el que se tendrían que amortizar los depósitos garantizados para absorber las pérdidas de la entidad en caso de que 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 nivel de prioridad con arreglo a la legislación nacional aplicable a los procedimientos de insolvencia ordinarios, o
- cuando se apliquen instrumentos de resolución distintos de la recapitalización interna, el importe de las pérdidas que habrían sufrido los depósitos garantizados

⁸⁹⁵ En caso de que la acción del FROB tenga impacto en los Presupuestos Generales del Estado, el FROB elevará al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas y al Ministro de Economía y Competitividad una memoria económica en la que se detalle el impacto financiero de ese apoyo sobre los fondos aportados al FROB con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

en caso de que hubieran sufrido pérdidas en proporción a las pérdidas sufridas por acreedores con el mismo nivel de prioridad con arreglo a la legislación nacional aplicable a los procedimientos de insolvencia ordinarios.

Se excluye la participación del sistema de garantía de depósitos en las medidas de resolución que supongan una conversión de las deudas en instrumentos de capital.

El Real Decreto-ley 16/2011 del FGDEC recoge igualmente la intervención del Fondo en los procedimientos de resolución, en cuyo caso el FROB determinará el importe del que éste sea responsable y, siguiendo a la BRRD, limita el coste financiero que habrá de asumir el Fondo al menor de:

- la cuantía del 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; y
- el 50 por ciento del nivel objetivo fijado para el compartimento de garantía de depósitos.

Cuando el Fondo realice pagos en el contexto de un procedimiento de resolución bancaria, tendrá derecho a reclamar a la entidad de crédito de que se trate un importe igual a sus desembolsos, y si se concluyese que la contribución del Fondo a la resolución ha sido mayor que las pérdidas netas en las que hubiera incurrido en caso de liquidación con arreglo a la legislación concursal, el Fondo de Resolución Nacional pagará al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito la diferencia entre ambas cuantías.

5.7. Importe de la recapitalización

La autoridad de resolución, tomando como referencia la valoración independiente a la que hicimos referencia en un apartado anterior, tendrá que determinar:

- el importe por el cual deben amortizarse los pasivos admisibles para garantizar que el valor activo neto de la entidad en resolución es igual a cero, y
- el importe por el cual deben convertirse los pasivos admisibles en acciones u otros instrumentos de capital para restablecer el coeficiente de capital ordinario de nivel 1 de la entidad objeto de resolución o de la entidad puente, y para

mantener la confianza suficiente del mercado en las mismas, así como para permitir que estas puedan cumplir, durante al menos un año, las condiciones para su autorización y proseguir las actividades para las que están autorizadas.

5.8. Secuencia de la recapitalización interna

La ejecución por el FROB de la competencia para la recapitalización interna debe desarrollarse conforme a un orden establecido por la Ley que resulte coherente con la prelación concursal, amortizando o reduciendo el importe de las acciones, instrumentos de capital, y pasivos admisibles según la siguiente secuencia⁸⁹⁶:

- los elementos del capital ordinario de nivel 1 de forma proporcional a las pérdidas y hasta donde fuera posible;
- el importe principal de los instrumentos de capital adicional de nivel 1 en la medida necesaria y hasta donde fuera posible;
- el importe principal de los instrumentos de capital de nivel 2 en la medida necesaria y hasta donde fuera posible;
- el importe principal de la deuda subordinada que no es capital adicional de nivel 1 o 2, de acuerdo con la prelación de los derechos de crédito prevista en la ley concursal, en la medida necesaria y hasta donde fuera posible; y
- el importe principal o el importe pendiente de los pasivos admisibles, de acuerdo con la prelación de los derechos de crédito prevista en la ley concursal, incluyendo los depósitos no garantizados, conforme la prelación establecida en la disposición adicional decimocuarta de Ley 11/2015⁸⁹⁷.

⁸⁹⁶ EBA. Guidelines concerning the interrelationship between the BRRD sequence of writedown and conversion and CRR/CRD IV (EBA/CP/2014/29). 1 October 2014.

⁸⁹⁷ Disposición adicional decimocuarta. Régimen aplicable en caso de concurso de una entidad.

En caso de concurso de una entidad:

1. Serán considerados créditos con privilegio general, con posterioridad en el orden de prelación a los créditos con privilegio general previstos en el artículo 91.5.º de la Ley 22/2003, de 9 de julio:

a) los depósitos garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos y los derechos en que se haya subrogado dicho Fondo si hubiera hecho efectiva la garantía, y

b) la parte de los depósitos de las personas físicas y de las microempresas, pequeñas y medianas empresas que exceda del nivel garantizado previsto en el Real Decreto-Ley 16/2011, de 14 de octubre, y los depósitos de las personas físicas y de las microempresas, pequeñas y medianas empresas que serían

No se convertirá en capital o amortizará una clase de pasivos mientras otra deuda subordinada no haya sido convertida en capital o amortizada en su totalidad, salvo que se trate de pasivos excluidos de la recapitalización

5.9. Efectos de la conversión y la amortización

Como acabamos de ver, la aplicación de la resolución podría dar como resultados que el importe de las acciones se vea reducido a cero, si las pérdidas superan el capital⁸⁹⁸.

Si por el contrario, de acuerdo con la valoración independiente realizada en el momento de declarar la entrada en resolución, la entidad tiene un valor positivo, corresponde diluir la participación de los accionistas mediante la conversión en acciones de los otros instrumentos de capital o de los pasivos admisibles.

La conversión se llevará a cabo de forma tal que se reduzca sustancialmente el valor nominal de las acciones u otros instrumentos de capital existentes.

El FROB podrá aplicar coeficientes de conversión diferentes a distintos tipos de instrumentos de capital y pasivos⁸⁹⁹, siempre que:

- el coeficiente de conversión suponga una compensación apropiada para las pérdidas en que haya incurrido el acreedor por causa de la amortización o conversión; y
- a los acreedores de mayor rango se les aplique un coeficiente de conversión superior al de los acreedores de menor rango.

En caso de amortización la reducción del importe principal será permanente⁹⁰⁰, no subsistirá obligación alguna respecto al importe del instrumento que haya sido

depósitos garantizados si no estuvieran constituidos a través de sucursales situadas fuera de la Unión Europea de entidades establecidas en la Unión Europea.

⁸⁹⁸ EBA. Guidelines on the treatment of shareholders in bail-in or the write-down and conversion of capital instruments (EBA/CP/2014/40). 11 November 2014-

⁸⁹⁹ EBA. Guidelines on the rate of conversion of debt to equity in bail-in (EBA/CP/2014/39). 11 November 2014.

amortizado y no se pagará indemnización alguna al titular de los pasivos afectados, excepto con la entrega de instrumentos de capital de la propia entidad o la entidad puente. Los derechos derivados del pasivo amortizado que no hayan vencido en el momento de la reducción se considerarán extinguidos a todos los efectos y no podrán computarse en una eventual liquidación posterior de la entidad.

5.10. Plan de reorganización de actividades.

Formando parte integral de la herramienta de recapitalización, las medidas de reducción o conversión deben ir acompañadas por la exigencia del FROB al órgano de administración de la entidad para que presente un plan de reorganización de actividades⁹⁰¹ que contenga las medidas, destinadas a restablecer la viabilidad de la entidad durante un plazo de tiempo razonable, atendiendo a la situación de la economía y de los mercados en que desarrolla su actividad, en el que se incluyan, entre otras medidas:

- la reorganización de actividades de la entidad;
- cambios en los sistemas operativos e infraestructura de la entidad;
- cese de actividades deficitarias;
- reestructuración de actividades que puedan ser competitivas, o
- la venta de activos o de líneas de negocios.

El plan debe ser aprobado por el FROB, previa consulta a la autoridad preventiva de resolución y al supervisor, que podrá exigir su modificación si considera que no alcanzará los objetivos previstos, y cuyo cumplimiento evaluará y garantizará (sic), también en colaboración con la autoridad preventiva de resolución y el supervisor

⁹⁰⁰ La legislación española no contempla la posibilidad de *write-up*, es decir de revertir la amortización (*write-down*) si en el futuro mejorase la situación financiera de la entidad.

⁹⁰¹ EBA. Regulatory Technical Standards and Guidelines on Business Reorganisation Plans under Directive 2014/59/EU (EBA/CP/2015/05). 9 March 2015.

VI. LAS POTESTADES DE LA AUTORIDAD DE RESOLUCIÓN Y LAS MEDIDAS DE SALVAGUARDA.

1. Facultades del FROB.

La Ley 11/2015 atribuye al FROB toda una serie de facultades ejercitables para la aplicación de los instrumentos y medidas de resolución, tanto de naturaleza mercantil como administrativa.

Por lo que se refiere a las facultades mercantiles, el FROB podrá ejercer todas las que la legislación mercantil confiere con carácter general al órgano de administración de la entidad, cuando asuma tal condición, y todas aquellas facultades que legal o estatutariamente pudieran corresponder a la junta o asamblea general de la entidad y que resulten necesarias para el ejercicio de las funciones que la Ley asigna al FROB en relación con la resolución de entidades, en los supuestos en los que aquella obstaculice o rechace la adopción de los acuerdos necesarios para llevar a efecto las medidas de resolución, así como en los supuestos en que por razones de extraordinaria urgencia no sea posible cumplir los requisitos exigidos por la normativa vigente para la válida constitución y adopción de acuerdos por la junta o asamblea general.

Además, el FROB asumirá las funciones que corresponden a los accionistas o titulares de cualesquiera valores o instrumentos financieros, cuando haya suscrito o adquirido tales valores o instrumentos.

En el ámbito de las potestades administrativas, el FROB dispondrá de las siguientes facultades generales de carácter administrativo:

- Aprobar el valor de los activos y pasivos de la entidad, a efectos de la aplicación de las medidas e instrumentos previstos en la Ley.
- Requerir a cualquier persona cualquier información necesaria para preparar y aplicar una medida o instrumento de resolución.
- Transmitir u ordenar la transmisión de las acciones, aportaciones al capital social o, con carácter general, instrumentos representativos del capital o convertibles en ellos, cualesquiera que sean sus titulares, así como de otros instrumentos financieros, activos y pasivos de la entidad.

- 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.
- Realizar acciones de amortización o conversión de instrumentos de capital o de recapitalización interna, y adoptar todas aquellas medidas accesorias que sean necesarias para llevarlas a cabo.
- 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.
- 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.
- Ejercitar, en relación con la transmisión de valores, instrumentos financieros, activos o pasivos de la entidad, todas o alguna de las facultades siguientes:
 - Obligar a la entidad y al adquirente a facilitar la información y asistencia necesarias.
 - Requerir a cualquier entidad del grupo al que pertenezca la entidad a que proporcione al adquirente los servicios operativos necesarios para permitir a este operar de manera efectiva el negocio transmitido. Cuando la entidad del grupo ya viniera prestando dichos servicios a la entidad, continuará prestándolos en los mismos términos y condiciones, y, en caso contrario, los prestará en condiciones de mercado.
- 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.

- Obligar a la entidad a recomprar valores emitidos por la misma al precio y en las condiciones que determine el FROB.
- 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.
- 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 y del resto de normativa aplicable.
- 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.
- 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.
- Revisar cualquier operación o actuación llevada a cabo por la entidad en resolución de la que pueda derivarse posibles responsabilidades de cara al ejercicio de acciones que correspondan, a cuyos efectos estará legitimado para el ejercicio de cualquier acción que pueda corresponder a fin de asegurar la reparación de los daños y perjuicios causados.
- Obligar a la entidad a adoptar las acciones necesarias para garantizar que las medidas de resolución adoptadas surten efecto en relación con las acciones u otros instrumentos de capital, activos y pasivos situados en terceros países.

Los actos administrativos dictados por el FROB para la aplicación de los instrumentos de resolución serán inmediatamente eficaces desde su adopción sin necesidad de dar cumplimiento a ningún trámite ni requisito establecidos, normativa o contractualmente; no resultarán de aplicación las limitaciones y demás requisitos exigidos en Ley de Sociedades de Capital, en relación con las operaciones de aumento y reducción de capital, de conversión de instrumentos de capital o de recapitalización

interna; sin perjuicio de los requisitos previstos en la Ley 11/2015 y de las obligaciones formales de constancia, inscripción o publicidad exigidas por la normativa vigente, a cuyos efectos será suficiente una certificación del acto administrativo o del acuerdo correspondiente, sin necesidad de contar con informes de expertos independientes o auditores.

2. Medidas de salvaguarda

Como contrapeso a las exorbitantes facultades y potestades atribuidas a la autoridad de resolución, que le permiten disponer con casi absoluta discrecionalidad de la totalidad de los activos, pasivos, derechos y obligaciones de la entidad, la Ley arbitra una serie de medidas que permiten salvaguardar los legítimos intereses de accionistas, acreedores y contrapartes.

Ya hicimos referencia con anterioridad al denominado principio de *no creditor worse off than in liquidation*, en virtud del cual ningún accionista o acreedor de la entidad en resolución recibirá, como consecuencia de la resolución de la entidad, menos de lo que habría recibido si la entidad hubiese sido liquidada por el procedimiento mercantil ordinario.

Otro conjunto de medidas de esta naturaleza están referidas a las disposiciones que acompañan las transferencias de pasivos que cuentan con garantías reales, de forma que éstas no se segreguen de los instrumentos que garantizan, preservando de esta forma el valor de los pasivos transferidos y los derechos de sus titulares sobre los colaterales que constituyen la garantía de los acreedores⁹⁰².

La discrecionalidad en el empleo de medidas de resolución está a su vez matizado por las precauciones debidas para que ello no afecte a la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores, cuando el FROB transmita parte de los activos o pasivos de una entidad en resolución, o cancele o modifique las condiciones

⁹⁰² EBA. Technical Advice on classes of arrangements to be protected in a partial property transfer (EBA/Op/2015/15). 14 August 2015.

de un contrato del que sea parte la entidad en resolución o sustituya a un comprador como parte.

La Ley reconoce finalmente, como no puede ser de otra manera, el derecho de todas las personas afectadas por una decisión administrativa referida a medidas de prevención, de intervención temprana o de resolución a pedir la revisión judicial de tal decisión.

3. Régimen procesal

Las decisiones y acuerdos que adopte el FROB en el ejercicio de sus facultades mercantiles serán únicamente impugnables de acuerdo con las normas y los procedimientos previstos para la impugnación de acuerdos sociales de las sociedades de capital que sean contrarios a la ley, y los afectados en sus derechos o legítimos intereses por las decisiones adoptadas por el FROB podrán solicitar que se les indemnicen los daños y perjuicios sufridos. No se podrá ejercer, sin embargo, la acción social de responsabilidad respecto de las actuaciones realizadas por las autoridades de supervisión, las de resolución preventiva o el FROB en el marco de un proceso de actuación temprana o de resolución de la entidad.

Los actos y decisiones del supervisor y de las autoridades de resolución dictados en el marco de procesos de actuación temprana y las fases preventiva y ejecutiva de la resolución, pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. La valoración que acompañe a los actos y decisiones del supervisor y de las autoridades de resolución, no podrá ser objeto de recurso separado, siendo únicamente impugnable en los recursos que se planteen contra aquellos actos y decisiones.

En el ejercicio de instrumentos y competencias de resolución, las autoridades de resolución podrán solicitar y el Tribunal deberá suspender, durante el período de tiempo necesario para garantizar la efectividad del objeto perseguido, cualquier acción o procedimiento judicial del que sea parte la entidad objeto de resolución.

Respecto de las decisiones y actos administrativos dictados en materia de amortización o conversión de instrumentos de capital y recapitalización interna, están legitimados para interponer el recurso contencioso-administrativo:

- Los accionistas o socios de la entidad emisora de los instrumentos de capital y pasivos admisibles que representen al menos un 5 por ciento del capital social y, en su caso, la entidad íntegramente participada a través de la cual se haya instrumentado la emisión.
- Los titulares de valores incluidos en el ámbito de aplicación de la acción de amortización o conversión de instrumentos de capital y recapitalización interna.
- El comisario o representante del sindicato o asamblea que agrupe a los titulares de los valores de una determinada emisión afectada por la acción, siempre que esté facultado para ello en virtud de los términos y condiciones de dicha emisión y de las reglas que regulen el funcionamiento de dicho sindicato o asamblea.
- Los depositantes y acreedores de la entidad.

En el caso de que el recurso contencioso-administrativo interpuesto fuese estimado, el fallo únicamente tendrá efectos con respecto a la emisión o emisiones en las que los recurrentes hubieran invertido.

El supervisor y las autoridades de resolución podrán alegar ante la autoridad judicial las causas que determinen la imposibilidad material de ejecutar una sentencia que declare contraria a derecho alguna de las decisiones o de los actos citados. El Juez o el Tribunal apreciarán la concurrencia o no de dichas causas atendiendo a la complejidad de la ejecución y los perjuicios que ésta causaría para la estabilidad financiera y los legítimos intereses de terceros, y fijará, en su caso, la indemnización que deba satisfacerse. El importe de la citada indemnización alcanzará, como máximo, la diferencia entre el daño efectivamente sufrido por el recurrente y la pérdida que habría soportado en caso de que, en el momento de adoptarse la correspondiente decisión o acuerdo, se hubiera producido la liquidación de la entidad en el marco de un procedimiento concursal⁹⁰³.

⁹⁰³ Cabe entender que la Ley busca proteger la efectividad de las medidas de resolución y la preferencia por el procedimiento de resolución frente al de liquidación concursal, pero resulta cuestionables esta

VII. RÉGIMEN SANCIONADOR

La Ley 11/2015 de recuperación y resolución de entidades de crédito introduce un nuevo régimen sancionador, distinto e independiente del establecido con carácter general en la Ley 10/2014 LOSS, en virtud del cual incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable las entidades, así como quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas, que infrinjan las normas previstas en la Ley. Las infracciones se clasifican en muy graves, graves y leves, atendiendo a una serie de criterios que la propia Ley desarrolla, y se tipifican como muy graves no menos de 15 infracciones y otras tantas graves.

La tramitación de los procedimientos sancionadores y la imposición de las sanciones corresponde al FROB cuando se trate de infracciones relacionadas con sus funciones como autoridad de resolución ejecutiva y al Banco de España cuando se trate de infracciones relacionadas con sus funciones como autoridad supervisora y de resolución preventiva.

En cuanto a las sanciones, las que imponga el Banco de España en todo lo referido a la intervención temprana (planes de recuperación, ayudas intragrupo y medidas de actuación temprana) serán las previstas en la Ley 10/2014 LOSS, mientras que las que el FROB y el Banco de España impongan a la entidad, respecto del resto de infracciones consistirán, en multas, proporcionadas a la gravedad de la infracción y al volumen de negocio o los beneficios obtenidos con la infracción; suspensión o limitación del tipo o volumen de las operaciones o actividades durante un periodo de tiempo; requerimiento al infractor para que ponga fin a su conducta y se abstenga de repetirla; y amonestación pública o privada; y que en el caso de infracciones muy graves puede llegar, previo informe del supervisor, a la revocación de la autorización de la entidad.

Con independencia de la sanción que, en su caso, corresponda imponer a la entidad infractora, podrá sancionarse igualmente a quienes, ejerciendo cargos de administración

última limitación: piénsese en el caso en que fuese declarada nula la decisión de la autoridad de resolución de iniciar un procedimiento de resolución por no darse el supuesto de hecho que habilita a la administración a tomar tal decisión; no parece razonable limitar la indemnización en tales términos.

o dirección de hecho o de derecho en la misma, sean responsables de la infracción, cuando ésta sea imputable a su conducta dolosa o negligente. Las sanciones previstas son multas; suspensión en el ejercicio del cargo; separación del cargo en la entidad, con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en la misma entidad; e inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de crédito o del sector financiero, con separación, en su caso, del cargo de administración o dirección que ocupe el infractor en una entidad, cuya cuantía y plazos se fijan en función de la gravedad de la infracción.

Artículo 79 de la Ley 11/2015. Infracciones muy graves.

Constituirán infracciones muy graves las siguientes:

- a) Negarse o resistirse a la actuación del supervisor o de las autoridades de resolución competentes en el ejercicio de las funciones que les confiere esta Ley, siempre que no tenga carácter meramente ocasional o aislado.
- b) La falta de la colaboración exigible o la obstrucción por parte de la entidad respecto a las medidas de actuación temprana que haya decidido aplicar el supervisor competente, cuando no tengan carácter ocasional o aislado.
- c) La falta de colaboración necesaria por parte de la entidad con la autoridad de resolución preventiva competente, a los efectos de la elaboración de los planes de resolución, cuando no tenga carácter ocasional o aislado.
- d) La falta de la colaboración exigible o la obstrucción por parte de la entidad en la aplicación de las medidas de resolución que haya decidido el FROB, cuando no tenga carácter ocasional o aislado.
- e) Cualquier actuación que entorpezca o dificulte gravemente la valoración económica de la entidad encomendada a los expertos independientes, siempre que no tenga carácter ocasional o aislado.
- f) No remitir al supervisor o a las autoridades de resolución competentes cuantos datos o documentos deban serle remitidos o requieran en el ejercicio de sus funciones, o remitirlos de manera incompleta o inexacta, cuando con ello se dificulte la apreciación de la viabilidad de la entidad o la del grupo consolidable o conglomerado financiero a que pertenezca. A los efectos de esta letra, se entenderá, asimismo, como falta de remisión, la remisión fuera del plazo previsto en la norma correspondiente o del plazo concedido por el órgano competente al efectuar, en su caso, el oportuno requerimiento.

En particular, se entienden incluidas en esta letra:

- 1.º La falta de remisión al supervisor competente del plan de recuperación, así como la falta de remisión de las revisiones del plan que hayan sido exigidas por el supervisor competente.
 - 2.º La falta de remisión al supervisor competente por parte de la entidad del informe sobre el grado de cumplimiento de las medidas contempladas en el plan de actuación y de las demás medidas de actuación temprana.
 - 3.º La falta de remisión a la autoridad de resolución preventiva competente por parte de la entidad de la información necesaria para la elaboración del plan de resolución.
- g) Incumplir el deber de veracidad informativa debida al supervisor y las autoridades de resolución competentes, siempre que, por el número de afectados o por la importancia de la información, fuera especialmente relevante el incumplimiento.
 - h) El incumplimiento del deber de confidencialidad sobre los datos obtenidos en el contexto de un proceso de actuación temprana o resolución, o su uso para fines diferentes de los previstos en

la ley, siempre que, por el número de afectados o por la importancia de la información, fuera especialmente relevante el incumplimiento.

i) La falta de comunicación o la comunicación manifiestamente demorada, por parte de una entidad o un grupo o subgrupo consolidable de entidades, de que se encuentra en alguna de las circunstancias de actuación temprana, cuando fuera conocido o, dadas las circunstancias objetivas, debiera ser conocido por el órgano de administración; siempre que por la gravedad de las circunstancias en la que se encuentre la entidad o el período de tiempo transcurrido, se deba considerar infracción muy grave.

j) La falta de comunicación o la comunicación manifiestamente demorada por el órgano de administración al supervisor o a las autoridades de resolución competentes de que la entidad se encuentra en situación de inviabilidad, cuando fuera conocido o, dadas las circunstancias objetivas, debiera ser conocido por el órgano de administración; siempre que por la gravedad de las circunstancias en la que se encuentre la entidad o el período de tiempo transcurrido, se deba considerar infracción muy grave.

k) No proponer a la autoridad de resolución preventiva competente las medidas adecuadas para reducir o eliminar los obstáculos a la resolubilidad y la no aplicación de las medidas alternativas propuestas por la autoridad de resolución preventiva competente para reducir o eliminar los obstáculos, cuando no tenga carácter ocasional o aislado.

l) No mantener el plan de recuperación actualizado anualmente o tras haber ocurrido un cambio en la estructura jurídica u organizativa de la entidad que requiera cambios en el mismo, siempre que las circunstancias de la entidad hayan variado significativamente y justifiquen una alteración sustancial del plan.

m) El incumplimiento de las obligaciones, requisitos y limitaciones previstos en esta Ley en relación con la ayuda financiera intragrupo. En particular, haber otorgado la ayuda financiera de grupo sin contar con la autorización del supervisor competente o habiendo obtenido dicha autorización con falseamiento de las circunstancias y requisitos exigibles; haber celebrado un acuerdo de apoyo financiero intragrupo cuando alguna de las partes se encuentre en un supuesto de actuación temprana; no haber publicado las entidades que pertenezcan a un grupo la información procedente respecto a si han suscrito o no un acuerdo de ayuda financiera; y la falta de comunicación al supervisor competente de los acuerdos adoptados para prestar ayuda financiera de grupo; cuando, en todos los casos, no tenga carácter ocasional o aislado.

n) El impago de las aportaciones a las que se refiere el artículo 53.1.a) o su pago fuera del plazo exigible.

ñ) Realizar actos u operaciones sin autorización cuando ésta sea preceptiva, sin observar las condiciones básicas de la misma, o habiendo obtenido la autorización por medio de declaraciones falsas o por otro medio irregular, cuando no tenga carácter ocasional o aislado.

o) Las infracciones graves, cuando al cometerlas se hubieran realizado actos fraudulentos, o utilizado personas físicas o jurídicas interpuestas.

VIII. EL CONCURSO DE ENTIDADES DE CRÉDITO

1. Preferencia de la resolución frente al concurso

El procedimiento de resolución, como hemos visto, se plantea como una alternativa preferible cuando, por razones de interés público y estabilidad financiera, resulte necesario evitar la liquidación concursal de las entidades de crédito que resulten inviables.

Esta preferencia por la resolución frente al concurso como método para afrontar los problemas que plantearía una entidad fallida ha quedado recogida de manera inequívoca en la Ley 11/2015 que, en su disposición adicional decimoquinta, establece que los jueces no podrán admitir las solicitudes de concurso de una entidad de crédito: desde el momento de la apertura de un proceso de actuación temprana o de resolución; en caso de que se vaya a abrir alguno de estos procesos; o si la solicitud de declaración de concurso no se acompaña de la comunicación previa al supervisor y al FROB; siendo nulas de pleno derecho las actuaciones judiciales que infrinjan lo previsto en dicha disposición.

Las entidades no podrán presentar solicitud de declaración de concurso voluntario sin haber efectuado alguna de las comunicaciones previstas en caso de encontrarse en los supuestos de hecho que definen la situación de actuación temprana o de resolución, y hasta que el supervisor y el FROB hayan decidido si van a abrir un proceso de actuación temprana o de resolución de la entidad, suspendiéndose mientras tanto el plazo de dos meses previsto en la Ley Concursal⁹⁰⁴ para solicitar la declaración de concurso.

Y si se hubiera solicitado el concurso necesario de una entidad de crédito, el órgano judicial competente, suspendiendo la tramitación de la solicitud, lo notificará al supervisor y al FROB para que en el plazo de siete días le comuniquen si van a abrir un proceso de actuación temprana o de resolución de la entidad. En caso afirmativo, el

⁹⁰⁴ Artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso.

1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.

órgano judicial no admitirá a trámite la solicitud. La Ley Concursal contempla igualmente la notificación al Banco de España tanto de la solicitud (art. 13) como del auto de declaración (art. 21) de concurso por parte del Secretario judicial.

Recuérdese finalmente que el Fondo de Garantía de Depósitos resulta obligado a satisfacer a sus titulares el importe de los depósitos garantizados cuando *“la entidad haya sido declarada o se tenga judicialmente por solicitada la declaración en concurso de acreedores”*.

2. Liquidación concursal de las entidades resueltas

La Ley 11/2015 otorga a la autoridad de resolución todas las facultades precisas para hacer uso, de manera discrecional, de un conjunto de posibilidades de actuación en la resolución de entidades inviables.

Dos de los instrumentos de los que dispone la autoridad de resolución, la venta de negocios y la entidad puente, comportan la transmisión de todos o de parte de los activos y pasivos de la entidad en resolución, ya sea a un tercero adquirente, a la entidad puente y a una sociedad de gestión de activos.

Cuando la autoridad de resolución utilice uno de estos instrumentos de resolución y se apliquen para realizar una transmisión parcial de los activos y pasivos de la entidad en resolución, la entidad residual se someterá a un procedimiento concursal ordinario. Otro tanto prevé la Ley para la entidad puente cuando ésta ponga fin a sus actividades, aunque como ya dijimos, la propia Ley contempla otros supuestos de cese de las actividades de la entidad puente que no implican su liquidación concursal (por ejemplo, su absorción por otra entidad).

Conviene precisar que no es del todo obvio que la entrada en resolución comporte, necesariamente, la revocación de la autorización para operar como entidad de crédito a la entidad, y ello es así porque es causa de revocación el incumplimiento de las condiciones que motivaron la autorización o de los requisitos prudenciales exigibles, mientras que para instar la resolución basta la mera probabilidad de incumplimiento.

Sí es causa de revocación el dejar de cumplir de los requisitos que, en el marco de las medidas de intervención temprana, pueden ser impuestos por el supervisor ante el incumplimiento o la mera probabilidad de incumplimiento de los requerimientos prudenciales, pero, recuérdese que la adopción anterior de una medida de actuación temprana no constituye una condición para adoptar una medida de resolución (artículo 32.3 de la BRRD).

Tampoco la admisión del concurso de la entidad supone la revocación, sino que la causa de revocación se refiere a la resolución judicial de apertura de la fase de liquidación. En todo caso, parece que la resolución no supondría la revocación *ex lege* de la autorización, sino que se requiere de un acto administrativo que la declare.

Se da la circunstancia de que, teniendo en cuenta las posibilidades de actuación de la autoridad de resolución, la entidad residual podría no tener acreedores: si, tras la conversión de instrumentos de deuda en capital, se transmiten el resto de pasivos a un tercero o a una entidad puente, a la entidad residual solo le quedan accionistas y no acreedores. No cabe por tanto el concurso de acreedores y, en ese caso, tampoco es obvio si, una vez revocada la autorización para operar como entidad de crédito, la entidad residual debe liquidarse obligatoriamente o serán los accionistas quienes podrán decidir por la liquidación voluntaria o la continuidad de la empresa⁹⁰⁵ (ya no como entidad de crédito). Recuérdese en este sentido que la renuncia a la autorización no implica la disolución y liquidación de la entidad si tiene previsto continuar con el ejercicio de actividades no reservadas y que la disolución y liquidación voluntaria de la entidad de crédito requiere la comunicación al Banco de España, que podrá fijar condiciones a dicha decisión y el Ministro de Economía y Competitividad podrá acordar la intervención de las operaciones de liquidación si tal medida resulta aconsejable por el número de afectados o por la situación patrimonial de la entidad.

⁹⁰⁵ Piénsese por ejemplo en las marcas comerciales: si no se han transmitido en el procedimiento de resolución, los accionistas podrían estar interesados en mantenerlas para su venta en un futuro, con preferencia a la venta forzosa inmediata que supondría el concurso.

3. Especialidades del concurso de entidades de crédito

En caso de concurso de una entidad de crédito⁹⁰⁶, el juez nombrará al administrador concursal de entre los propuestos por el Fondo de Garantía de Depósitos (en el futuro, por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria)⁹⁰⁷ y se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica, en concreto y entre otras, la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

La Ley Concursal establece que, declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, si bien la propia Ley contempla algunas excepciones.

La Ley 11/2015 ha ampliado estas excepciones y no serán rescindibles las operaciones mediante las que se instrumenten las medidas de resolución y, en particular, las medidas derivadas de la aplicación de los instrumentos de resolución (la venta del negocio de la entidad; la transmisión de activos o pasivos a una entidad puente; la transmisión de activos o pasivos a una sociedad de gestión de activos; y la recapitalización interna) y, respecto de la transmisión de activos a una sociedad de gestión reitera que la transmisión no podrá ser, en ningún caso, objeto de rescisión por aplicación de las acciones de reintegración previstas en la legislación concursal.

⁹⁰⁶ Las especificidades del concurso de entidades de crédito han sido recogidas en los siguientes trabajos incluidos en: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T.5, Marcial Pons, Madrid, 2005 :

MAYORGA TOLEDANO, M.C., “Crisis e insolvencia de las entidades de crédito”.

PEÑAS MOYANO, M.J., “Régimen concursal especial aplicable a las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras”.

PIÑEL LÓPEZ, E., “La Ley Concursal y las entidades de crédito”.

VALENZUELA GARACH, F., “La Ley Concursal española de 9 de julio de 2003 como guía legislativa para el tratamiento de las crisis de las entidades financieras”.

⁹⁰⁷ Cuando se apruebe el desarrollo reglamentario del artículo 27 de la Ley Concursal, según establece la disposición transitoria 2 de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE de 1 de octubre).

4. Clasificación de los créditos

En caso de concurso de una entidad de crédito, serán considerados créditos con privilegio general, con posterioridad en el orden de prelación a los créditos con privilegio general previstos en el artículo 91.5º de la Ley Concursal (básicamente créditos salariales, tributarios y con la Seguridad Social y por responsabilidad civil):

- a) los depósitos garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos y los derechos en que se haya subrogado dicho Fondo si hubiera hecho efectiva la garantía, y
- b) la parte de los depósitos de las personas físicas y de las microempresas, pequeñas y medianas empresas que exceda del nivel garantizado previsto en el Real Decreto-Ley 16/2011 del FGDEC, y los depósitos de las personas físicas y de las microempresas, pequeñas y medianas empresas que serían depósitos garantizados si no estuvieran constituidos a través de sucursales situadas fuera de la Unión Europea de entidades establecidas en la Unión Europea.

Igualmente, serán considerados créditos con privilegio general los créditos otorgados por el FROB como consecuencia de las acciones de recapitalización previstas en la Ley 11/2015.

Por lo que se refiere a los créditos subordinados incluidos en el artículo 92.2º de la Ley Concursal (*Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor*) tendrán, en el caso de concurso de entidades de crédito, la siguiente prelación:

- a) El importe principal de la deuda subordinada que no sea capital adicional de nivel 1 o 2.
- b) El importe principal de los instrumentos de capital de nivel 2.
- c) El importe principal de los instrumentos de capital adicional de nivel 1.

CONCLUSIONES

PRIMERA

Los bancos, en cuanto que intermediarios financieros especializados, desempeñan un papel central en la actividad económica como canalizadores del ahorro a la inversión.

La actividad típica bancaria consiste en la captación del ahorro con la finalidad de prestarlo por cuenta propia. Los bancos crean activos financieros que permiten, por un lado, la materialización del ahorro del público en forma de depósitos y, por otro, la concesión por cuenta propia de determinadas modalidades de financiación, para atender simultáneamente las necesidades financieras de ambas partes, ahorradores e inversores, sin necesidad de que sean coincidentes. Es una forma de intermediación financiera que presenta ventajas respecto de otras modalidades y otros intermediarios en términos de eficacia, eficiencia y seguridad. Los depósitos bancarios son, con diferencia, el principal activo financiero de las familias y el crédito bancario la principal fuente de financiación del sector privado de la economía (empresas y familias), tanto en España como en la Unión Europea.

SEGUNDA

En el ejercicio de la intermediación financiera, los bancos desarrollan, fundamentalmente, tres funciones: son el soporte del sistema de pagos; diluyen entre una diversidad de activos (la totalidad de su balance) los riesgos que de otra forma tendrían que ser soportados por los agentes económicos; y transforman plazos, tomando recursos disponibles a la vista o a corto plazo y prestándolos a vencimientos más largos. Para hacer posible que, a través de los bancos, el ahorro excedentario llegue a las unidades económicas que requieren financiación y tenga lugar la transformación de plazos, la condición necesaria es el mantenimiento de la confianza de los depositantes en que sus ahorros estarán disponibles cuando los requieran.

En las sociedades modernas, se persigue la preservación de la confianza de los ahorradores mediante distintas medidas que se desarrollan en dos planos diferentes: la regulación de las actividades de los intermediarios financieros, en orden a mantener su solvencia y estabilidad; y el establecimiento de una serie de elementos que, actuando conjuntamente, aporten confianza en el funcionamiento del sistema y que junto a las entidades de crédito conforman lo que podríamos llamar la banca, entendida como una institución.

TERCERA

Para el desarrollo de la actividad bancaria no es suficiente la existencia de las entidades de crédito, ni aun cuando éstas sean sólidas y solventes; son necesarios otros elementos para hacer posible que, sobre una base de recursos tomados del público, disponibles para los acreedores a su mera demanda, se genere financiación a plazo destinada al consumo y la inversión de los agentes económicos que solo será reembolsada transcurrido un cierto periodo de tiempo. Los bancos presentan una situación de iliquidez estructural, en el sentido de que carecen de recursos disponibles o realizables de manera inmediata en cantidad suficiente para atender la totalidad de sus obligaciones exigibles a corto plazo, si éstas llegasen a materializarse. Es la elevada estabilidad, basada en la confianza, de los saldos medios agregados de los depósitos,

CONCLUSIONES

que individualmente considerados son disponibles a la vista o a corto plazo, la que permite que los bancos mantengan una reserva fraccionaria y hace posible la transformación de plazos.

Para preservar la confianza de los ahorradores, mantener la estabilidad en los saldos de sus cuentas y evitar que una situación de iliquidez, siquiera momentánea, de su banco dé lugar a una retirada masiva de depósitos, el desarrollo de la actividad bancaria a lo largo del tiempo ha dado lugar a que las entidades de crédito actúen en conjunción con una serie de elementos que forman lo que estamos llamando la institución bancaria: el mantenimiento de un volumen mínimo de recursos líquidos o liquidables rápidamente en proporción a los depósitos (el coeficiente de reservas mínimas); la existencia de un mercado interbancario de depósitos que permita ajustar diariamente los excesos y defectos de liquidez; el otorgamiento por el banco central de facilidades de liquidez alternativas al mercado y, en casos extremos, de préstamos de última instancia; y el funcionamiento de un sistema de garantía de depósitos que, con el respaldo del soberano, asegure al depositante que recibirá sus ahorros (al menos hasta una cuantía) en caso de quiebra de la entidad depositaria.

CUARTA

La quiebra de la confianza en una entidad de crédito plantea no solo problemas de liquidez. Enfrentado a la pérdida de la confianza de sus depositantes un banco se verá abocado a la liquidación: en el mejor de los casos transfiriendo sus activos y pasivos, si aún conservan valor positivo, a otra entidad solvente; en el caso más probable, instando el concurso de acreedores, lo que implica normalmente malvender los activos (por tratarse de ventas forzadas) para atender, hasta donde alcance, el reembolso de los pasivos; y en todos los casos, generando dudas sobre la verdadera situación de las demás entidades de crédito, amenazando la confianza de los ahorradores y, en último término, poniendo en riesgo la estabilidad financiera.

Dado el papel central de los bancos en la canalización del ahorro a la inversión y el elevado riesgo para la estabilidad financiera, cuya preservación resulta de interés

público, que comporta la quiebra de alguno de ellos, el ordenamiento jurídico regula distintas manifestaciones de la actividad de las entidades de crédito. Una parte de este ordenamiento es la regulación prudencial, entendida como aquella cuya finalidad es promover la solvencia y estabilidad de las entidades bancarias, el mantenimiento de la confianza en el correcto funcionamiento del sistema y, finalmente, la preservación de la estabilidad financiera.

QUINTA

La regulación bancaria ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, en la misma medida y de manera paralela a como lo hacían la sociedad, las instituciones y la actividad económica y financiera en los distintos países y en diferentes escenarios macroeconómicos.

En los años ochenta del siglo pasado en la mayoría de los países desarrollados la regulación bancaria se estructura en torno a tres ideas básicas: a) la actividad bancaria, singularmente la captación de depósitos del público, solo puede ser desarrollada por entidades autorizadas por un poder público, por reunir determinadas características en cuanto a capital, transparencia y estabilidad; b) todas las entidades están sometidas a unas normas, comunes a todas ellas a fin de preservar la libre competencia, cuya principal finalidad es mantener su solvencia: la regulación prudencial; y c) las entidades quedan sujetas a la supervisión de una autoridad pública especializada, con potestades para intervenir en su actividad y sancionar conductas inapropiadas.

El mantenimiento de la solvencia y la solidez de las empresas bancarias y la preservación de la estabilidad financiera se constituyen en la justificación última de la regulación y la supervisión prudenciales de las entidades de crédito, sin perjuicio de que otras ramas del ordenamiento velen por la integridad y la transparencia de los mercados financieros, la protección de los derechos de los usuarios de los servicios bancarios, la fiabilidad y seguridad del sistema de pagos o el papel de los bancos en la implementación de política monetaria.

SEXTA

El núcleo central de la regulación prudencial de las entidades de crédito es la regulación de solvencia, esto es, el establecimiento de unos requerimientos mínimos de capital proporcionados al nivel, en cantidad, calidad y variedad, de los riesgos asumidos o previsibles en el ejercicio de la actividad bancaria; requerimientos que resultan exigibles no solo para obtener la autorización para el acceso a la condición de entidad de crédito, sino en todo momento durante el funcionamiento de la entidad.

El hecho de que los bancos internacionalmente activos compitan en mercados globalizados movió a los reguladores de las principales economías a alcanzar acuerdos en el seno del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, que dieron lugar a sucesivos estándares internacionales en materia de requerimientos de capital: Basilea I en 1988 y Basilea II en 2004. Acuerdos que fueron incorporados al ordenamiento jurídico de la Unión, haciéndolos extensivos a la totalidad de entidades autorizadas en los Estados miembros, mediante Directivas traspuestas a su vez a la regulación bancaria española.

Los requerimientos mínimos de capital armonizados en el conjunto de la Unión, la libre prestación de servicios en todos los Estados miembros una vez obtenida la autorización en uno de ellos (el pasaporte comunitario) y la supervisión prudencial a cargo de las autoridades nacionales del Estado miembro de origen son algunos de los elementos que han caracterizado la regulación prudencial bancaria europea hasta la última crisis económica y financiera iniciada en 2007.

SÉPTIMA

La crisis hizo aflorar los desequilibrios acumulados durante la etapa de bonanza inmediatamente anterior; desencadenó el fracaso de numerosas entidades y sistemas bancarios nacionales que hubo que atajar apelando a recursos públicos de los Estados miembros y a mecanismos de ayuda financiera habilitados al efecto en el seno de la Unión; puso en evidencia la insuficiencia de los mecanismos de prevención de la crisis, la ineficacia de los establecidos y la inexistencia de alternativas válidas al inadecuado

procedimiento concursal para gestionarla; y, en fin, motivó una profunda reforma de la regulación prudencial de las entidades de crédito que, especialmente en el seno de la Unión Bancaria, ha estado acompañada de no menos importantes reformas institucionales.

En el plano regulatorio, las reformas han estado orientadas: a incrementar la solvencia y la liquidez de las entidades, dando lugar a un nuevo estándar internacional, Basilea III; a reforzar la supervisión prudencial, otorgando más potestades a los supervisores, ejercitables en fases más tempranas del deterioro, real o potencial, de la situación financiera de las entidades; a complementar la supervisión microprudencial con instrumentos orientados a la prevención del riesgo sistémico y la asignación de funciones a organismos dedicados a la supervisión macroprudencial; y al establecimiento de un completamente nuevo marco de recuperación y resolución de entidades de crédito, de naturaleza fundamentalmente preventiva, pero que, llegado el caso, permite la resolución de entidades inviables mediante un expeditivo procedimiento administrativo, alternativo y preferible al concursal.

En el plano institucional, la crisis ha propiciado la creación de tres nuevas autoridades europeas de supervisión, la constitución de autoridades de resolución en los Estados miembros, la creación de mecanismos de financiación de la resolución financiados por las propias entidades de crédito y la plena armonización de los sistemas nacionales de garantía de depósitos. En el seno de la Unión Bancaria, las competencias en materia de supervisión prudencial de las entidades de crédito del área del euro han sido asumidas por el Banco Central Europeo y las de resolución por una Junta Única de Resolución.

OCTAVA

Este conjunto de reformas dibujan un nuevo marco institucional y regulatorio en materia de prevención y gestión de crisis bancarias en la Unión Europea y en España. Un análisis sistemático de este conjunto normativo nos permite agrupar las medidas en tres grandes bloques: normas genéricas de ordenación y disciplina que tienen por

finalidad regular otros diversos aspectos de la actividad bancaria ordinaria, pero en las que subyace una cierta intención preventiva; normas específicamente dirigidas a la prevención de crisis y normas que abordan de manera expresa la gestión de crisis en caso de que se materialice.

El hecho de que la actividad regulatoria tras la crisis haya dado lugar a un número inusualmente elevado de nuevas normas en poco espacio de tiempo, la proliferación de modalidades normativas o cuasi-normativas de distinta naturaleza (*technical standards, advices, guidelines, recommendations*), el otorgamiento de nuevas o mayores potestades reglamentarias a distintas instituciones y la ausencia de experiencia en el funcionamiento del conjunto y en la puesta en práctica de las medidas, conforman un esquema normativo tremendamente complejo en el que un solo supuesto de hecho resulta regulado por diferentes normas no siempre coincidentes, en el que las potestades de las diferentes autoridades en ocasiones se solapan y en la que las entidades de crédito se ven sometidas a una carga regulatoria múltiple, no siempre precisa y con frecuencia reiterativa (en términos de información financiera, diversidad de planes o valoración de sus riesgos).

NOVENA

Los mecanismos genéricos de prevención de crisis están referidos fundamentalmente a dos instrumentos: la supervisión prudencial y el establecimiento de un complejo régimen de controles, en ocasiones ejercidos directamente por la Administración y en otros casos requeridos por el ordenamiento para que sean las propias entidades quienes los establezcan o se sometan al juicio de terceros.

Entre los primeros, son ejercidos directamente por la Administración los controles relativos al régimen de autorización previa para el acceso a la actividad bancaria y la transmisión de participaciones significativas, junto al control de idoneidad de accionistas y administradores. En el régimen autorizatorio, manteniendo el carácter conformador de la autorización administrativa, se ha avanzado hacia un procedimiento reglado, que, no obstante, todavía otorga un amplio margen de apreciación a la

Administración y en el que subsisten conceptos jurídicos indeterminados; régimen establecido para limitar la entrada a quienes, por insuficiencia de recursos o falta de capacidad, sean considerados inadecuados para gestionar un banco sin poner en riesgo su subsistencia y la estabilidad del sistema.

DÉCIMA

La adecuada gobernanza de las entidades por parte de administradores cualificados, debidamente informados y responsables del devenir de la empresa bancaria, junto con las llamadas tres líneas de defensa, configuran el bloque de los mecanismos de control interno: los ejercidos por las unidades “propietarias” del riesgo, es decir, quienes administran las actividades que lo generan; las funciones de gestión de los riesgos en los que incurre la entidad en el ejercicio de sus actividades o a los que se podría ver expuesta por acontecimientos ajenos a su propia actividad, y de cumplimiento normativo, de creciente importancia, por las negativas consecuencias, de orden económico pero también reputacional, que acarrearán las infracciones de normas de obligado cumplimiento; y la función de auditoría interna que complementa a las anteriores y aporte un margen de seguridad en el funcionamiento de los controles.

Los mecanismos de control externo se concretan en tres aspectos: el sometimiento de las entidades de crédito a la auditoría anual de sus cuentas por un auditor independiente; la elaboración de información financiera rigurosa, oportuna y relevante, dirigida ya sea a los inversores reales o potenciales y al público en general, ya sea a las autoridades con fines de supervisión; y el llamado Pilar 3 de Basilea, esto es, el sometimiento al escrutinio del mercado, que obliga a las entidades a hacer pública la información sobre sus niveles de capital, los riesgos a los que está expuesta y cómo los gestiona, y el grado de adecuación del primero a los segundos.

UNDÉCIMA

La supervisión prudencial por su parte conlleva el otorgamiento al supervisor de potestades administrativas fundamentalmente de dos tipos: de inspección, es decir de recabar información por distintos medios, incluso *in situ*, para formarse un juicio acerca de la situación financiera de la entidad supervisada; y de intervención en la actividad de la entidad, mediante el requerimiento a ésta para la adopción de medidas, crecientes en variedad e intensidad a medida que la situación de la entidad se deteriora, que llegado el caso incluyen la posibilidad de sustitución de los administradores o de intervención (en el sentido de posibilidad de veto) de las decisiones de sus órganos de gobierno. A estas potestades habría que añadir la posibilidad de sugerir, mediante recomendaciones, persuasión moral o actividad informal, para orientar las decisiones de las entidades.

En todo caso, la supervisión prudencial no cabe entenderla como la mera verificación del cumplimiento de las normas por parte de las entidades. La finalidad de la supervisión prudencial es la preservación de la estabilidad financiera y la solidez y solvencia de las entidades de crédito, con preferencia respecto de cualquier otra finalidad que, como la conducta de mercado o la protección de los consumidores, pudiese entrar en conflicto con ella.

DUOCÉCIMA

Los mecanismos específicos de prevención de crisis, aunque ya se contaba con unos mínimos antecedentes, han sido dispuestos por el ordenamiento prácticamente *ex novo* en base a dos tipos de medidas: unas de planificación y otras de intervención temprana. Las primeras se refieren a la obligación de que las entidades elaboran y mantengan actualizados y sometan a su aprobación por el supervisor planes de recuperación para el caso de que su situación financiera se deteriorase y, por otra parte, a que las autoridades elaboren planes de resolución previendo la posibilidad de que la entidad resulte inviable y, en base a ello, exijan la adopción de medidas, incluyendo el mantenimiento de un nivel mínimo de capital y pasivos *bail-inables*, para que la entidad resulte resoluble sin generar riesgo sistémico.

El nuevo marco de recuperación y resolución ha supuesto otorgar al supervisor la potestad de intervenir, no solo ante supuestos de infracción de normas de obligado cumplimiento por las entidades, sino también ante la mera probabilidad de ello pueda ocurrir apreciada discrecionalmente por el supervisor. El incumplimiento y este juicio de probabilidad habilitan al supervisor para exigir la adopción de medidas, llamadas de intervención temprana, tendentes a superar las dificultades y recomponer la condición financiera de la entidad, siempre que la situación sea reversible y la solución alcanzable por la entidad con sus propios medios. Medidas que colocan a la entidad en una concreta situación administrativa de intervención temprana, declarada por la autoridad supervisora, que comporta la restricción de derechos, el surgimiento de obligaciones y la activación de mayores potestades del supervisor.

DECIMOTERCERA

Los mecanismos de gestión de crisis, continuación natural, aunque no inexcusable, de los anteriores de prevención, parten de la triple apreciación de que la entidad es inviable, no hay soluciones supervisoras o privadas que puedan impedirlo y la resolución es un solución preferible al procedimiento concursal ordinario atendiendo al interés público; apreciación llevada a cabo por una autoridad administrativa de resolución, de nueva creación, investida de unas potestades casi ilimitadas para decidir el destino de la entidad en cuestión, afectando a los derechos de accionistas, acreedores y contrapartes, y disponiendo discrecionalmente de sus activos, pasivos, derechos y obligaciones.

Una vez acordado el inicio del procedimiento administrativo de resolución y sustituidos los administradores, el control de la entidad pasa a la autoridad de resolución, cuyas decisiones prevalecen frente a las de los accionistas, y que dispone de un amplio conjunto de medidas (*resolution tools*) para: sanear la entidad con cargo a los derechos de accionistas y acreedores subordinados; vender o transferir, en todo o en parte, los activos y pasivos a un tercero, a una entidad puente o a una sociedad de gestión de activos; o reflotar la entidad, recapitalizándola, haciendo uso del mecanismo

de conversión de deuda en capital (*bail-in*), recabando recursos de un fondo de resolución, también de nueva creación, nutrido mediante aportaciones *ex ante* de las propias entidades de crédito y, solo en supuestos verdaderamente excepcionales, apelando a fondos públicos.

DECIMOCUARTA

Junto al establecimiento de específicos mecanismos de prevención y, en su caso, gestión de crisis, y el otorgamiento de mayores y más variadas potestades al supervisor y a la autoridad de resolución, ejercitables discrecionalmente, incluso en base a un mero juicio de probabilidad, el ordenamiento ha arbitrado una serie de medidas de salvaguarda de los derechos de los afectados, entre las que señaladamente destaca la aplicación del principio de *no creditor worse off than in liquidation* que impide que, en aras del interés público, los acreedores sean injustamente tratados y garantiza que ningún acreedor reciba en caso de resolución menos de lo que habría recibido en caso de liquidación concursal.

El conjunto se cierra unas limitadas posibilidades de recurso judicial, limitaciones tendentes a dificultar, si no directamente a impedir, la nulidad de las decisiones administrativas y la consiguiente retroacción de las medidas ejecutadas en el procedimiento de resolución que, además de ser prácticamente inviable, sería contraria al objetivo perseguido con la resolución de evitar el concurso y las adversas consecuencias de éste para la preservación de la confianza. Se establece la compensación económica a los afectados como alternativa, aunque también con limitaciones que podrían no siempre estar justificadas.

DECIMOQUINTA

En suma, el esquema, fruto fundamentalmente de la experiencia reciente, que el ordenamiento bancario ha establecido para la prevención y gestión de crisis se resume en los siguientes puntos:

- un extenso conjunto normativo, que atiende a múltiples aspectos de la actividad bancaria desde su inicio, muy intrusivo en la organización y funcionamiento interno de las entidades, muy intenso en los requerimientos de solvencia y de transparencia, y cuyo cumplimiento en primera instancia se hace descansar en la existencia de múltiples controles tanto internos como externos, además de la supervisión prudencial;
- un mayor esfuerzo en la planificación tanto por las propias entidades como por las autoridades supervisoras y de resolución; con una visión omnicomprendiva de los riesgos (Pilar 2) y una mayor capacidad de anticipación de éstos, tanto idiosincrática (ejercicios de *stress test*, modelos *forward looking*), como sistémica (supervisión macroprudencial).
- el otorgamiento de mayores potestades al supervisor, ejercitables discrecionalmente, en fases tempranas del deterioro de la situación financiera, ante el incumplimiento o la mera probabilidad de incumplimiento de normas por las entidades y que, más allá del acatamiento de las normas por éstas, pueden llegar a afectar a elementos organizativos, estructurales y de negocio de las entidades;
- el otorgamiento a una nueva autoridad de resolución de la potestad para, atendiendo al interés público, declarar la resolución de una entidad inviable, como alternativa a su liquidación concursal, e investida de todas las potestades necesarias para disponer discrecionalmente de la totalidad de sus activos, pasivos, derechos y obligaciones, sin contar e incluso con la oposición de sus propietarios; y
- unas limitadas posibilidades de recurso judicial, haciendo prevalecer el interés público por la estabilidad financiera sobre los derechos de propiedad de los particulares afectados, a los que, no obstante, se garantiza una reparación económica en su caso.

ANEXO I.- LEGISLACIÓN

NORMATIVA EUROPEA

Las normas señaladas con asterisco (*) están derogadas.

*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 (DO de 16.7.1973).

*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 a su ejercicio (DO de 17.12.1977).

*Cuarta Directiva del Consejo de 25 de julio de 1978 basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (78/660/CEE) (DO de 14.08.1978).

*Séptima Directiva del Consejo de 13 de junio de 1983 basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, relativa a las cuentas consolidadas (83/349/CEE) (DO de 18.7.1983).

Directiva del Consejo de 8 de diciembre de 1986 relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de los bancos y otras entidades financieras (86/635/CEE) (DO de 31.12.1986).

Recomendación de la Comisión de 22 de diciembre de 1986 relativo al establecimiento de sistemas de garantía de depósitos en la Comunidad (87/63/CEE) (DO de 4.2.87)

*Directiva 89/299/CEE del Consejo de 17 de abril de 1989 relativa a los fondos propios de las entidades de crédito (DO de 5.5.1989).

*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 (DO de 30.12.1989).

*Directiva 89/647/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1989, sobre el coeficiente de solvencia de las entidades de crédito (DO de 30.12.1989).

*Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 1994 relativa a los sistemas de garantía de depósitos. (DO de 31.5.1994)

Reglamento (CE) nº 2531/98 del Consejo de 23 de noviembre de 1998 relativo a la aplicación de las reservas mínimas por el Banco Central Europeo (DO de 27.11.1998).

Reglamento (CE) nº 2532/98 del Consejo, de 23 de noviembre de 1998, sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones (DO de 27.11.98)

*Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de marzo de 2000 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (DO de 26.5.2000)

Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito (DO de 5 de mayo de 2001).

Reglamento (CE) nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad (DO de 11.9.2002)

Directiva 2002/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la supervisión adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero, y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE y 93/22/CEE del Consejo y las Directivas 98/78/CE y 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO de 11 de febrero de 2003)

Reglamento (CE) nº 1745/2003 del Banco Central Europeo, de 12 de septiembre de 2003, relativo a la aplicación de las reservas mínimas (BCE/2003/9) (DO de 2.10.2003).

Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo. (DO de 30.4.2004)

ANEXO I
LEGISLACIÓN

Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2004 sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE (DO de 31.12.2004).

Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (DO de 25 de noviembre)

Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006 relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo (DO de 9.6.2006)

*Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (refundición). (DO de 30.6.2006).

*Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito (refundición) (DO de 30.6.2006).

Reglamento (CE) nº 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia.

*Directiva 2009/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2009 por la que se modifica la Directiva 94/19/CE relativa a los sistemas de garantía de depósitos, en lo que respecta al nivel de cobertura y al plazo de pago (DO de 13 de marzo)

Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (DO de 17.11.2009)

*Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2007/64/CE en lo que respecta a los bancos afiliados a un organismo central, a determinados elementos de los fondos propios, a los grandes riesgos, al régimen de supervisión y a la gestión de crisis (DO de 17.11.2009)

Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (DO de 17.12.2009).

*Directiva 2010/76/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010 por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE en lo que respecta a los requisitos de capital para la cartera de negociación y las retitulizaciones y a la supervisión de las políticas de remuneración (DO de 14.12.2010).

Reglamento (UE) nº 1092/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, relativo a la supervisión macroprudencial del sistema financiero en la Unión Europea y por el que se crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico (DO de 15.12.2010).

Reglamento (UE) nº 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), se modifica la Decisión nº 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión (DO de 15 de diciembre).

Reglamento (UE) nº 1094/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación), se modifica la Decisión nº 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/79/CE de la Comisión (DO de 15 de diciembre).

Reglamento (UE) nº 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), se modifica la Decisión no 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/77/CE de la Comisión (DO de 15 de diciembre).

Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) n ° 1060/2009 y (UE) nº 1095/2010 (DO de 1.7.2011).

Orientación del Banco Central Europeo de 20 de septiembre de 2011 sobre los instrumentos y procedimientos de la política monetaria del Eurosistema (refundición) (BCE/2011/14) (2011/817/UE). (DO de 14/12/2011).

Recomendación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico de 22 de diciembre de 2011 sobre el mandato macroprudencial de las autoridades nacionales. (JERS/2011/3) 2012/C 41/01 (DO de 14.2.2012).

ANEXO I
LEGISLACIÓN

Recomendación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico, de 4 de abril de 2013, sobre objetivos intermedios e instrumentos de política macroprudencial (JERS/2013/1) (2013/C 170/01) (DO de 15.6.2013).

Reglamento (UE) 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. DO de 26.6.2013).

Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012 (DO de 27.06.2013).

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 (DO de 27.6.2013).

Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo (DO de 29.06.2013).

Reglamento (UE) nº 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito (DO de 29.10.2013).

Reglamento (UE) nº 1071/2013 del Banco Central Europeo, de 24 de septiembre de 2013, relativo al balance del sector de las instituciones financieras monetarias (refundición) (BCE/2013/33) (DO de 7.11.2013).

Reglamento Delegado (UE) nº 604/2014 de la Comisión de 4 de marzo de 2014 por el que se complementa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación en relación con los criterios cualitativos y los criterios cuantitativos adecuados para determinar las categorías de personal cuyas actividades profesionales tienen una incidencia importante en el perfil de riesgo de una entidad. (DO de 6.06.2014).

Reglamento Delegado (UE) nº 524/2014 de la Comisión, de 12 de marzo de 2014, por el que se completa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican la información que las

autoridades competentes de los Estados miembros de origen y de acogida deben facilitarse mutuamente (DO de 20.5.2014).

Reglamento (UE) nº 537/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público y por el que se deroga la Decisión 2005/909/CE de la Comisión (DO de 27.5.2014).

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). (DO de 12.6.2014)

Directiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas (DO de 27.5.2014)

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 (DO de 12.06.2014).

Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (Directiva MIFiD) (DO de 12.06.2014)

Reglamento de Ejecución (UE) nº 680/2014 de la Comisión, de 16 de abril de 2014 , por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por parte de las entidades, de conformidad con el Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO de 28.6.2014).

Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) nº 1093/2010 (DO de 30.07.2014).

Reglamento Delegado (UE) 2015/63 de la Comisión de 21 de octubre de 2014 por el que se completa la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo

ANEXO I
LEGISLACIÓN

que respecta a las contribuciones ex ante a los mecanismos de financiación de la resolución (DO de 17.1.2015)

Reglamento de Ejecución (UE) 2015/81 del Consejo de 19 de diciembre de 2014 que especifica condiciones uniformes de aplicación del Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las aportaciones ex ante al Fondo Único de Resolución (DO de 22.1.2015).

Reglamento (UE) 2015/159 del Consejo, de 27 de enero de 2015, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2532/98 sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones (DO de 3.02.15).

Reglamento de Ejecución (UE) nº 620/2014 de la Comisión, de 4 de junio de 2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta al intercambio de información entre las autoridades competentes de los Estados miembros de origen y de acogida, de conformidad con la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO de 12.6.2014). Reglamento (UE) 2015/534 del Banco Central Europeo de 17 de marzo de 2015 sobre la presentación de información financiera con fines de supervisión (BCE/2015/13) (DO de 31.3.2015)

Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1278 de la Comisión, de 9 de julio de 2015, que modifica el Reglamento de Ejecución (UE) nº 680/2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con la comunicación de información con fines de supervisión por parte de las entidades, en lo que respecta a las instrucciones, plantillas y definiciones (DO de 31.07.2015)

NORMATIVA ESPAÑOLA

Las normas señaladas con asterisco (*) están derogadas.

Real decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (BOE de 16 de octubre.

*Ley relativa a la Ordenación bancaria de 29 de diciembre de 1921 (Gaceta de Madrid de 30)

*Real Decreto-Ley de 21 de noviembre de 1929. Régimen del Ahorro Popular. (Gaceta de 1 de diciembre)

*Decreto de 14 de marzo de 1933 aprobando el Estatuto para las Cajas generales de Ahorro Popular (Gaceta de Madrid de 17)

*Ley de 31 de diciembre de 1946. Ley de Ordenación Bancaria (BOE de 1 de enero de 1947).

*Ley 2/1962, de 14 abril, sobre Bases de ordenación del crédito y de la banca (BOE de 16)

*Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio. Nacionalización y reorganización del Banco de España (BOE de 13)

*Ley 13/1971, de 19 de junio, sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial (BOE de 21).

*Real Decreto 2290/1977, de 27 de agosto, por el que se regulan los órganos de gobierno y las funciones de las Cajas de Ahorros. (BOE de 5 de septiembre)

*Real Decreto 3047/1977, de 11 de noviembre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de ahorros (BOE de 26)

*Real Decreto 3048/1977, de 11 de noviembre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios. (BOE de 26)

*Real Decreto-ley 4/1980, de 28 de marzo, por el que se dota de personalidad jurídica al Fondo de Garantía de Depósitos y otras medidas complementarias (BOE de 31)

Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE de 17)

Ley 2/1981, de 25 de marzo. Regulación del Mercado Hipotecario (BOE de 15 de abril).

*Real Decreto-Ley 18/1982, de 24 de septiembre. Fondos de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito (BOE de 1 de octubre)

*Ley 13/1985, de 25 de mayo. Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros (BOE de 28).

*Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea. (BOE de 30)

Ley 13/1994, de 1 de junio. Autonomía del Banco de España (BOE de 2).

*Ley 31/1985, de 2 de agosto. Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro (BOE de 9).

Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE de 29)

ANEXO I
LEGISLACIÓN

*Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (BOE de 30)

Orden de 31 de marzo de 1989 por la que se faculta al Banco de España para establecer y modificar las normas contables de las Entidades de Crédito (BOE de 22 de abril).

*Ley 13/1992, de 1 de junio. Recursos propios y supervisión en base consolidada de las Entidades Financieras (BOE de 2)

*Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras (BOE de 7 de diciembre).

*Circular 5/1993 del Banco de España, de 26 de marzo, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos (BOE de 8 de abril).

*Ley 3/1994, de 14 de abril. Adaptación de la Legislación Española en Materia de Entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al Sistema Financiero (BOE de 15).

Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones (BOE de 20).

*Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio. Creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito (BOE de 31),

Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito (BOE de 24 de mayo),

Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito (BOE de 21).

Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE de 15).

Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de reforma del sistema financiero (BOE de 24)

Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE de 5)

Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. (BOE de 5).

Circular nº 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España. Entidades de crédito. Normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros (BOE de 30).

Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero. (BOE de 23)

Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito (BOE del 23).

Real Decreto 1332/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero (BOE de 23)

Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras (BOE de 25).

Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (BOE de 5).

Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea (BOE de 20).

*Ley 36/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y otras normas del sistema financiero (BOE de 17)

Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (BOE de 20)

Resolución de 25 de enero de 2008, de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, de aprobación de las cláusulas generales aplicables al Servicio de Liquidación de Depósitos Interbancarios (BOE de 13 de febrero).

Circular 1/2008, de 30 de enero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre información periódica de los emisores con valores admitidos a negociación en mercados regulados relativa a los informes financieros semestrales, las declaraciones de

ANEXO I
LEGISLACIÓN

gestión intermedias y, en su caso, los informes financieros trimestrales (BOE de 15 de febrero).

*Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras (BOE de 16).

Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos (BOE de 10 de junio).

*Real Decreto 1642/2008, de 10 de octubre, por el que se fijan los importes garantizados a que se refiere el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito y el Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto, sobre sistemas de indemnización de los inversores. (BOE de 11)

*Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito (BOE de 27).

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE de 3).

*Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros. (BOE de 13).

Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre (BOE de 24).

Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico (BOE de 27).

Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (BOE de 15).

Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio.

Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva (BOE de 20).

*Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE de 31).

*Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE de 15).

Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos (BOE de 16)

Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, por la que se determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores. (BOE de 23 de marzo de 2013)

Real Decreto 256/2013, de 12 de abril, por el que se incorporan a la normativa de las entidades de crédito los criterios de la Autoridad Bancaria Europea de 22 de noviembre de 2012, sobre la evaluación de la adecuación de los miembros del órgano de administración y de los titulares de funciones clave. (BOE de 13 de abril de 2013)

Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras (BOE de 30 de noviembre)

Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (BOE de 28).

Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. (BOE de 27 de junio)

Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE de 13 de noviembre).

Circular 5/2014, de 28 de noviembre, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, la Circular 1/2010, de 27 de enero, a entidades de crédito, sobre estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos (BOE de 23 de diciembre)

ANEXO I
LEGISLACIÓN

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. (BOE de 14 de febrero)

Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (BOE de 28)

Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (BOE de 19).

Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (BOE de 21).

Circular 5/2015, de 30 de septiembre, del Banco de España, por la que se desarrollan las especificidades contables de la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S. A. (BOE de 2 de octubre).

Real Decreto 877/2015, de 2 de octubre, de desarrollo de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, por el que se regula el fondo de reserva que deben constituir determinadas fundaciones bancarias; se modifica el Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio; y se modifica el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE de 3).

Real Decreto 878/2015, de 2 de octubre, sobre compensación, liquidación y registro de valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta, sobre el régimen jurídico de los depositarios centrales de valores y de las entidades de contrapartida central y sobre requisitos de transparencia de los emisores de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial (BOE de 3)

Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito (BOE de 7).

Circular 6/2015, de 17 de noviembre, del Banco de España, a las cajas de ahorros y fundaciones bancarias, sobre determinados aspectos de los informes de remuneraciones y gobierno corporativo de las cajas de ahorros que no emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores y sobre las obligaciones de las fundaciones bancarias derivadas de sus participaciones en entidades de crédito (BOE de 20).

Proyecto de Circular x/2015, del Banco de España, que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) nº 575/2013.

ANEXO II.- JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 1997.

República Federal de Alemania contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea.

Directiva relativa a los sistemas de garantía de depósitos - Base jurídica - Obligación de motivar los actos - Principio de subsidiariedad - Proporcionalidad - Protección del consumidor - Supervisión por el Estado miembro de origen.

Asunto C-233/94.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de febrero de 1999.

Procedimiento penal entablado contra Massimo Romanelli y Paolo Romanelli.

Petición de decisión prejudicial: Tribunale civile e penale di Firenze - Italia.

Libre prestación de servicios - Entidades de crédito - Fondos reembolsables.

Asunto C-366/97.

Auto del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada) de 25 de junio de 2003.

Rafael Pérez Escolar contra Comisión de las Comunidades Europeas.

Ayudas de Estado - Denuncia - Recurso por incumplimiento - Legitimación - Admisibilidad.

Asunto T-41/01.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 12 de octubre de 2004.

Peter Paul, Cornelia Sonnen-Lütte y Christel Mörkens contra Bundesrepublik Deutschland.

Petición de decisión prejudicial: Bundesgerichtshof - Alemania.

Entidades de crédito - Sistema de garantía de depósitos - Directiva 94/19/CE - Directivas 77/780/CEE, 89/299/CEE y 89/646/CEE - Adopción de medidas de control por la autoridad competente para la protección del depositante - Responsabilidad de las autoridades de supervisión por las pérdidas causadas por una supervisión deficiente.

Asunto C-222/02.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de octubre de 2006.

Fidium Finanz AG contra Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.

Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgericht Frankfurt am Main - Alemania.

Libre prestación de servicios - Libre circulación de capitales - Sociedad establecida en un Estado tercero - Actividad destinada en su totalidad o principalmente al territorio de un Estado miembro - Concesión de créditos con carácter profesional - Exigencia de una autorización previa en el Estado miembro en el que se realiza la prestación.

Asunto C-452/04.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 4 de diciembre de 2008.

Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España.

Incumplimiento de Estado - Directiva 2006/49/CE - Empresas de inversión y entidades de crédito - Adecuación del capital - No adaptación del Derecho interno en el plazo señalado.

Asunto C-113/08.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 16 de diciembre de 2010.

Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos.

Incumplimiento de Estado - Directiva 2007/44/CE - Evaluación cautelar de las adquisiciones y de los incrementos de participaciones en el sector financiero - Normas procedimentales y criterios de evaluación.

Asunto C-233/10.

Sentencia del Tribunal General (Sala Primera) de 2 de marzo de 2012.

Reino de los Países Bajos (T-29/10) y ING Groep NV (T-33/10) contra Comisión Europea.

Ayuda de Estado - Sector financiero - Ayuda destinada a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro - Aportación de capital con opción concedida al beneficiario de la ayuda entre la amortización o la conversión de los títulos - Modificación de las condiciones de amortización durante el procedimiento administrativo - Decisión que declara la ayuda incompatible con el mercado común - Concepto de ayuda de Estado - Ventaja - Criterio del inversor privado - Nexo necesario y proporcionado entre el importe de la ayuda y la amplitud de las medidas destinadas a permitir la compatibilidad de la ayuda.

Asuntos T-29/10 y T-33/10.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 24 de octubre de 2013.

LBI hf contra Kepler Capital Markets SA y Frédéric Giraux.

Petición de decisión prejudicial: Cour de cassation - Francia.

Procedimiento prejudicial - Saneamiento y liquidación de las entidades de crédito - Directiva 2001/24/CE - Artículos 3, 9 y 32 - Acto del legislador nacional que dota de los efectos de un procedimiento de liquidación a las medidas de saneamiento - Disposición legislativa que prohíbe o suspende toda actuación judicial en contra de una entidad de crédito tras la entrada en vigor de una moratoria.

Asunto C-85/12.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 3 de abril de 2014.

Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos y ING Groep NV.

Recurso de casación - Sector financiero - Grave perturbación de la economía de un Estado miembro - Ayuda de Estado en favor de un grupo bancario - Forma - Aportación de capital en el marco de un plan de reestructuración - Decisión - Compatibilidad de la ayuda con el mercado común - Requisitos - Modificación de las condiciones de reembolso de la ayuda - Criterio del inversor privado.

Asunto C-224/12 P.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 12 de noviembre de 2014.

Annett Altmann y otros contra Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.

Petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgericht Frankfurt am Main - Alemania.

Procedimiento prejudicial - Aproximación de las legislaciones - Directiva 2004/39/CE - Artículo 54 - Obligación de secreto profesional que incumbe a las autoridades nacionales de supervisión financiera - Informaciones relativas a una empresa de inversión fraudulenta y en liquidación judicial.

Asunto C-140/13.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 25 de junio de 2015.

«Indėlių ir investicijų draudimas» VĮ y Virgilijus Vidutis Nemaniūnas.

Petición de decisión prejudicial: Lietuvos Aukščiausiasis Teismas - Lituania.

Procedimiento prejudicial - Directivas 94/19/CE y 97/9/CE - Sistemas de garantía de depósitos y de indemnización de los inversores - Instrumentos de ahorro y de inversión - Instrumento financiero en el sentido de la Directiva 2004/39/CE - Exclusión de la garantía - Efecto directo - Requisitos para poder acogerse a la Directiva 97/9/CE.

Asunto C-671/13.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 2 de septiembre de 2015.

Andrejs Surmačs contra Finanšu un kapitāla tirgus komisija.

Petición de decisión prejudicial: Augstākā Tiesa - Letonia.

Procedimiento prejudicial - Directiva 94/19/CE - Anexo I, punto 7 - Sistema de garantía de depósitos - Exclusión de determinados depositantes de la garantía de depósitos - Exclusión de un "directivo".

Asunto C-127/14.

Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) de 9 de septiembre de 2015.

SV Capital OÜ contra Autorité bancaire européenne (ABE).

Política económica y monetaria - Solicitud de inicio de una investigación por una supuesta infracción del Derecho de la Unión - Decisión de la ABE -

Resolución de la Sala de Recurso de las Autoridades Europeas de Supervisión - Examen de oficio - Incompetencia del autor del acto - Recurso de anulación - Plazo para recurrir - Extemporaneidad - Inadmisibilidad parcial.

Asunto T-660/14.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sobre el carácter básico de normas de rango reglamentario

Pleno. Sentencia 1/1982, de 28 de enero de 1982 (BOE núm. 49 de 26 de febrero de 1982).

Conflicto positivo de competencia 63-1981 y 191-1981 (acumulados). Promovidos por el Gobierno Vasco y por el Gobierno de la Nación, respectivamente, frente al Real Decreto 2.869/1980, "por el que se establecen las condiciones y el orden de prioridad para la computabilidad de los valores de renta fija emitidos o calificados por las Comunidades Autónomas en el coeficiente de fondos públicos de las Cajas de Ahorro", el primero, y frente al Decreto 45/1981, del Gobierno Vasco, sobre régimen de dependencia de las Cajas de Ahorro de la Comunidad Autónoma del País Vasco, el segundo.

Sobre el carácter básico de las actuaciones del Banco de España y las normas dictadas en el ejercicio de sus competencias.

Pleno. Sentencia 135/1992, de 5 de octubre de 1992 (BOE núm. 260 de 29 de octubre de 1992)

Recurso de inconstitucionalidad 800-1985 y 801-1985 (acumulados). Promovidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el Gobierno Vasco, respectivamente, contra determinados preceptos de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.

Pleno. Sentencia 178/1992, de 13 de noviembre de 1992 (BOE núm. 303 de 18 de diciembre de 1992)

Conflicto positivo de competencia 1155-1985 y 987-1986 (acumulados). Promovidos, respectivamente, por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, en relación con los arts. 2.2 y 5, 5.2, 6 y 7.3 del Real Decreto 1.370/1985, de 1 de agosto, sobre recursos propios de las Entidades de Depósito, en desarrollo del título II de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, y por el Gobierno de la Nación, en relación con los arts. 6.1, 9.3 b) y Disposición transitoria del Decreto 99/1986, de 3

de abril, sobre el ejercicio de competencias de la Generalidad de Cataluña en materia de Cajas de Ahorro.

Pleno. Sentencia 155/1993, de 6 de mayo de 1993 (BOE núm. 127 de 28 de mayo de 1993).

Recurso de inconstitucionalidad 1593-1989. Promovido por la Generalidad de Cataluña contra determinados preceptos de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito.

Sobre creación de entidades de crédito y apertura de sucursales en el exterior

Pleno. Sentencia 96/1996, de 30 de mayo de 1996 (BOE núm. 150 de 21 de junio de 1996).

Recurso de inconstitucionalidad 1.710-1988 y 1.726-1988 (acumulados). Promovidos por el Gobierno Vasco y por la Generalidad de Cataluña contra determinados preceptos de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, los primeros, y por el Gobierno Vasco, el segundo, en relación con el Real Decreto 1.144/1988, de 30 de septiembre, sobre creación de Bancos privados e instalación en España de Entidades de Crédito extranjeras.

Pleno. Sentencia 235/1999, de 20 de diciembre de 1999 (BOE núm. 17 de 20 de enero de 2000).

Recurso de inconstitucionalidad 2.514-94. Promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra determinados preceptos de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero.

Sobre el régimen disciplinario de las Cajas de Ahorros y los EFC.

Pleno. Sentencia 48/1988, de 22 de marzo de 1988 (BOE núm. 88 de 12 de abril de 1988)

Recurso de inconstitucionalidad 873 y 913-1985 (acumulados). Promovidos por el Gobierno de la Nación contra la Ley del Parlamento de Cataluña 15/1985, de 1 de julio, de Cajas de Ahorro de Cataluña, y contra la Ley del Parlamento de Galicia 7/1985, de 17 de julio, de Cajas de Ahorro Gallegas, respectivamente.

Pleno. Sentencia 235/1999, de 20 de diciembre de 1999 (BOE núm. 17 de 20 de enero de 2000).

ANEXO II.
JURISPRUDENCIA

Recurso de inconstitucionalidad 2.514-94. Promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra determinados preceptos de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero.

Sobre la potestad reglamentaria del Banco de España

Pleno. Sentencia 135/1992, de 5 de octubre de 1992 (BOE núm. 260 de 29 de octubre de 1992)

Recurso de inconstitucionalidad 800-1985 y 801-1985 (acumulados). Promovidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el Gobierno Vasco, respectivamente, contra determinados preceptos de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.

Otras

Pleno. Sentencia 111/1983, de 2 de diciembre de 1983 (BOE núm. 298 de 14 de diciembre de 1983).

Recurso de inconstitucionalidad 116-1983. Contra el Real Decreto-ley 2/1983, de 23 de febrero, sobre expropiación, por razones de utilidad pública e interés social, de los Bancos y Sociedades que componen el grupo "Rumasa, S. A." y, por extensión contra la corrección de errores del referido Real Decreto-ley.

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CONTENCIOSO

STS 6042/2005

Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Fecha: 11/10/2005

Sentencia. OPA de Banco Santander sobre Banesto: autorización Banco de España (24-2-98) para amortizar fondo de comercio con cargo a la prima de emisión que aflore con la ampliación de capital. Orden Mº Economía y Hacienda 31-3-89: encomienda al Banco España para dictar y modificar normas contables. Circular 4/91 Banco España sobre contabilidad y estados financieros de las entidades de crédito. Art. 34 y 38 Código Comercio. Inimpugnabilidad de vicios formales en recursos indirectos (art. 26 y 7 LJCA). Improcedencia dictamen del Consejo de Estado en normas que no sean de desarrollo directo de leyes (art. 22 Ley Consejo Estado); improcedencia en el caso de las circulares del Banco de España (Ley 13/94 de Autonomía del Banco de España). Principio de "imagen fiel" en normas de contabilidad. Inderogabilidad singular de los reglamentos (art. 52.2 Ley 30/92). Discrecionalidad técnica en decisiones Mº Economía y Banco España en materia de contabilidad de las entidades de crédito.

STS 1662/2006

Ponente: OSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ

Fecha: 14/03/2006

Sentencia. Disciplina e intervención de Entidades de Crédito. Sustitución provisional del Consejo de Administración y de cualquier otro órgano de administración del "Banco Español de Crédito, S.A.".

STS 2541/2006

Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Fecha: 11/04/2006

Sentencia. Sector bancario. Procedimiento administrativo sancionador. Legitimación para solicitar la incoación.

STS 6700/2006 y 6728/2006

Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Fecha: 18/10/2006

Sentencia. Sanciones a la Entidad "Eurobank del Mediterráneo" y a sus directivos.

ANEXO II.
JURISPRUDENCIA

STS 6730/2006

Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA

Fecha: 18/10/2006

Sentencia. Sanciones a "Eurobank del Mediterráneo" y sus directivos.

STS 4057/2007

Ponente: JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

Fecha: 05/06/2007

Sentencia. Autorización administrativa para el ejercicio de la actividad profesional de cambio de moneda extranjera. Facultades del Banco de España. Honorabilidad profesional.

STS 6340/2009

Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA

Fecha: 14/10/2009

Sentencia. Sanciones de disciplina por bancaria a determinadas entidades financieras. Falta de comunicación al Banco de España de las adquisiciones o cesiones de participaciones en su capital.

STS 2214/2010

Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Fecha: 04/05/2010

Sentencia. Requerimiento a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián en relación con inspección de los estados financieros a 30 de septiembre de 2004.

STS 8768/2012

Ponente: PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

Fecha: 26/11/2012

Sentencia. Sanción del Banco de España a entidad. Proceso de protección de los derechos fundamentales. Inexistencia de vulneración del derecho al juez predeterminado por la Ley. Inexistencia de vulneración del derecho a la defensa.

STS 133/2014

Ponente: JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

Fecha: 23/01/2014

Sentencia. Acuerdo de la Comisión Ejecutiva del Banco de España. Sustitución provisional del órgano de administración de Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha.

ANEXO III. - BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI, P. and HALDANE, A.G., “Banking on the State”, Bank of England, November 2009.

ALLEN F. And CARLETTI, E., “The Global Financial Crisis”, Banco Central de Chile, Documentos de Trabajo N° 575, Mayo 2010

ALVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, M., “Síntesis histórica de la normativa jurídica española sobre la banca privada”, *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, n° 57, 1995.

ASTLEY, M., GIESE, J., HUME, M. y KUBELEC, C. “Global imbalances and the financial crisis”, *Quarterly Bulletin*, 2009 Q3, Bank of England.

ATHANASSIOU, P. “Financial Sector Supervisors’ Accountability. A European Perspective”. *ECB. Legal Working Paper Series* n° 12, August 2012.

ATTINGER, B.J., “Crisis Management and Bank Resolution. Quo Vadis, Europe?”, *ECB. Legal Working Paper Series* n° 13, December 2011.

BAGEHOT, W., *Lombard Street: una descripción del mercado del dinero*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

BANCO CENTRAL EUROPEO. “Mecanismos de la UE para la gestión de crisis financieras”. *Boletín Mensual*. Febrero 2007.

BASURTO, J. y PERNÍAS, S. “Análisis crítico de los efectos de la regulación financiera sobre la evolución del crédito”, en *Los retos de la financiación del sector empresarial*, J. Requeijo (dir.), Fundación de Estudios Financieros / Círculo de Empresarios, Madrid, 2014.

- “La nueva regulación financiera”, *Economistas*, “España 2014. Un balance”, n° 142/143, mayo 2015.

BENSTON, G.J., *Regulating Financial Markets: A Critique and Some Proposals*, Hobart Paper n° 135, Institute of Economic Affairs, London, 1998

BERNANKE, B.S. Statement by Ben S. Bernanke, Chairman of the Board of Governors of the Federal Reserve System before the Financial Crisis Inquiry Commission. Washington, D.C. September 2, 2010

- Some Reflections on the Crisis and the Policy Response. New York, 13 April 2012.

BOBES SÁNCHEZ, M.J., “El Fondo de Garantía de Depósitos”, en *Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario*, S. Muñoz Machado y J.M. Vega Serrano (dirs.), Iustel, Madrid, 2013.

BRECIA MORRA, C., “From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The Role of the ECB and the EBA”, *LUISS Guido Carli / Scholl of European Political Economy Working Paper*, n° 02.2014, June 2014.

BRIERLEY, P., “The UK Special Resolution Regime for failing banks in an international context”, *Financial Stability Paper*, n° 5, July 2009, Bank of England.

BRUNNERMEIER, M et al. “The Fundamental Principles of Financial Regulation”, *Geneva Reports on the World Economy* 11, January 2009

CAMERON, R. y NEAL, L., *Historia económica mundial*, Alianza Editorial, 4ª edición, Madrid, 2005.

CARBALLO, R., G. TEMPRANO, A. y MORAL SANTÍN, J.A., *Crecimiento económico y crisis estructural en España (1959-1980)*, Akal, Madrid, 1981.

CARRERAS, A. y TAFUNELL, X., *Historia económica de la España contemporánea*, Crítica, Barcelona, 2010

CARRILLO DONAIRE, J.A., “Intervención de entidades de crédito en crisis: alcance y límites”, en *Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario*, S. Muñoz Machado y J.M. Vega Serrano (dirs.), Iustel, Madrid, 2013.

CLAESSENS, S. and KODRES, L., “The Regulatory Response to the Global Financial Crisis.: Some Uncomfortable Questions”, *IMF Working Paper*, WP/14/46, March 2014.

CLAESSENS, S. and KOSE, M.A., “Financial Crises: Explanations, Types and Implications”, *IMF Working Paper*, WP/13/28, January 2013.

ANEXO III
BIBLIOGRAFÍA

- CLAESSENS, S. et al. “Crisis Management and Resolution: Early Lessons from Financial Crisis”, *IMF Staff Discussion Note*, SDN/11/05, March 2011.
- 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, 2014-2015.
- COSCULLUELA MONTANER, L. y LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Derecho Público Económico*, 3ª edición, Iustel, Madrid, 2009.
- CUERVO, A., *La crisis bancaria en España 1977-1985*, Ariel, Barcelona, 1988.
- DARNACULLETA GARDELLA, M.M. y SALVADOR ARMENDARIZ, M.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.
- DAVIES, J. and GREEN, D., *Regulación financiera mundial*, Paidós, Barcelona 2009.
- DE JUAN, A. “Enseñanzas de la crisis española -y de otras crisis- que no deben olvidarse. Un enfoque no convencional”, Conferencia pronunciada en el Fondo Monetario Internacional, Washington, octubre 2014.
- DE LA DEHESA, G., “Twelve Markets and Government Failures Leading to the 2009-09 Financial Crisis”, *Ocassional Paper* 80, Group of Thrity, 2010
- DEWATRIPONT, M. and FREIXAS, X. “Bank resolution: a framework for the assessment of regulatory intervention”, *Oxford Review of Economic Policy*, Volume 27, Number 3, 2011.
- ENGERT, W. “On the Evolution of the Financial Safety Net”, *Financial System Review* 06/05, Bank of Canada.
- ESTEVE PARDO, J. “Origen, principios y técnicas de la regulación de sectores económicos”, en *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas de IX Congreso Hispano Luso de Derecho Administrativo*, M. Rebollo Puig (dir.), Iustel-Universidad de Córdoba, Madrid, 2012.
- FAUS MOMPART, E., *Regulación y desregulación. Notas para la historia de la banca española*, E. Península, Barcelona, 2001.
- FERNANDEZ, T-R., “Aspectos administrativos de las crisis bancarias”, en *Aspectos jurídicos de las crisis bancarias. Respuesta del Ordenamiento Jurídico*, Centro de Estudios Judiciales / Banco de España, Madrid, 1988

- “Los poderes públicos de ordenación bancaria y su eficacia preventiva”, en VV.AA., *Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.

FUENTES QUINTANA, E., “De los Pactos de la Moncloa a la entrada en la Comunidad Económica Europea (1977-1986)”, *Información Comercial Española*, nº 826, noviembre 2005.

FUENTES QUINTANA, E. y VELARDE FUERTES, J., *Política Económica*, Doncel, 1959; reedición por FUNCAS, Madrid, 2008.

GARCIA, G.H., LASTRA, R.M. and NIETO, M.J., “Bankruptcy and reorganisation procedures for cross-border banks in the EU: Towards an integrated approach to reform of the EU safety net”, *IMF Special Paper* 186, May 2009.

GARCIA, J., PARDO, J.C. y SANTILLANA, V., “BRRD: Overview of the EBA’s level 2 regulation”. *BBVA Research. Europe Regulation Watch*, 9 October 2015.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *La posición jurídica del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales*, Civitas, Madrid, 2000.

- “Fundamento y características de la regulación bancaria”, en *Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario*, S. Muñoz Machado y J.M. Vega Serrano (dirs.), Iustel, Madrid, 2013.

GASOL, A., *La industria bancaria en el marco de Basilea II*, ACCID, Barcelona, 2006.

GLEESON, S., “Legal Aspects of Bail-Ins”, *Special Paper 205*, LSE Financial Markets Groups Paper Series, January 2012.

GLUCH, D., ŠKOVRA NOVÁ, L. y STENSTRÖM, M., “Central bank involvement in macro-prudential oversight”, *ECB. Legal Working Paper Series*, nº 14, January 2013.

GÓMEZ DE MIGUEL J.M., “Ante los bancos en crisis: ¿continuidad o liquidación? o ¿cómo asegurar los intereses públicos?”, *Papeles de la Fundación*, nº 42. Fundación de Estudios Financieros, 2011.

- “La solvencia de los bancos”, en *Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario*, S. Muñoz Machado y J.M. Vega Serrano (dirs.), Iustel, Madrid, 2013.

GOODHART, C.A.E. “The Organisational Structure of Banking Supervision”. *FSI Occasional Papers* Nº 1, November 2000.

ANEXO III
BIBLIOGRAFÍA

HERTOG, J., “Review of economic theories of regulation”. *Discussion Paper Series* nº 10-18, Utrech School of Economics, December 2010.

IBAÑEZ SANDOVAL, J.P. y DOMINGO ORTUÑO, B. “La transposición de Basilea III a la legislación europea”. *Revista de Estabilidad Financiera*, núm. 25, noviembre 2013. Banco de España.

ILLESCAS ORTIZ, R., RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, T. y FELIÚ REY, J., “La armonización del Derecho bancario en la Unión Europea”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 94, 2008, FUNCAS.

IZQUIERDO CARRASCO, M., “La supervisión pública sobre las entidades bancarias”, en *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, M. Rebollo Puig (dir.), Iustel-Universidad de Córdoba, Madrid, 2012.

- “La inspección del Banco de España sobre las entidades de crédito”, en *Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario*, S. Muñoz Machado y J.M. Vega Serrano (dirs.), Iustel, Madrid, 2013.

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “La función inspectora en el ámbito financiero (La supervisión de las entidades de crédito)”, en *Función inspectora. Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, J.J. Díez Sánchez (coord.), INAP, Madrid, 2013.

KASHYAP, A.K, RAJAN, R.G. and STEIN, J.C... “Rethinking Capital Regulation,” 2008 Economic Symposium, "Maintaining Stability in a Changing Financial System", Federal Reserve Bank of Kansas City.

KERJEAN, S., “The legal implications of the prudential supervisory assessment of bank mergers and acquisitions under EU Law”, *ECB. Legal Working Paper Series*, nº 6, June 2008.

KINDLEBERGER, C.P., *Historia financiera de Europa*, Crítica, Barcelona, 2011.

KINDLEBERGER, C.P. y ALIBER, R.Z., *Manías, pánicos y cracs. Historia de las crisis financieras*. Ariel, Barcelona, 2012.

LAEVEN, L. and VALENCIA, F., “Resolution of Banking Crises: The Good, the Bad, and the Ugly”, *IMF Working Paper*, WP/10/146, June 2010.

LAGUNA DE PAZ, J.C., “Quién, qué y cómo supervisar a las entidades financieras”, en *Función inspectora. Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, J.J. Díez Sánchez (coord.), INAP, Madrid, 2013.

- “El mecanismo europeo de supervisión bancaria”, *Revista de Administración Pública*, nº 194, 2014.

LASTRA, R. *Central Banking and Banking Regulation*. LSE, 1996.

LATORRE DÍEZ, J., *Regulación de las entidades de crédito en España*, FUNCAS, Madrid, 1997.

LINDE DE CASTRO, L.M. “La crisis financiera internacional y la Unión Europea”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 16, 1er. semestre 2009.

LINDE PANIAGUA, E., *Fundamentos de Derecho administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*. UNED-Colex, Madrid, 2010.

- “La supervisión como conjunto variable de potestades: una nueva frontera del derecho administrativo”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27 y 28, 2014-2015.

LINDE PANIAGUA, E. y MELLADO PRADO, P., *Iniciación al Derecho de la Unión Europea*, 5ª edición., Colex, Madrid, 2010.

LINDE PANIAGUA, E., BACIGALUPO SAGGESE, M. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. y FUENTETAJA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Colex, 2ª edición, Madrid, 2005.

LLEWELLYN, D., “The Economic Rationale for Financial Regulation”, *FSA, Occasional Paper Series 1*, Financial Services Authority, April 1999.

MADRID PARRA, A., “La transposición del Derecho bancario de la Unión europea al ordenamiento español”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, nº 94, 2008, FUNCAS.

MAJIDE HERRERO, M. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000

MALO DE MOLINA, J.L. y MARTÍN-ACEÑA, P. (eds.), *Un siglo de historia del sistema financiero español*, Alianza Editorial, Madrid, 2011.

MALO DE MOLINA, J.L. “La respuesta del Banco Central Europeo a la crisis”. *Boletín Económico*, julio-agosto 2013. Banco de España

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos, 5ª edición, Madrid, 2005.

MARTIN MATEO, R., *Derecho público de la Economía*, CEURA, Madrid, 1985.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., *Crédito, banca y cajas de ahorros. Aspectos jurídicos-administrativos*, Tecnos, Madrid, 1975.

- “Panorama general de las crisis bancarias”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 59, 1988.
- *Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1991.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S. (dir.), *Estudios de derecho público bancario*, Editorial Ceura, Madrid, 1987.

MICHAVIDA NUÑEZ, J.M., “Autorizaciones”, en *Estudios de Derecho Público Bancario*, S. Martin-Retortillo Baquer (dir.), CEURA, Madrid, 1987.

MÍNGUEZ HERNÁNDEZ, F., “La estructura del nuevo marco prudencial y supervisor: hacia Basilea III”, *Papeles de la Fundación*, nº 42, Fundación de Estudios Financieros, 2011.

- “Las Autoridades Europeas de Supervisión: estructura y funciones”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27 y 28, 2014-2015.

MORENO FERNÁNDEZ, R. “Las disputas contables en el Banco de España en 1859: valoración a precios de mercado vs valoración a precio de adquisición, el devengo y otras cuestiones”. *De Computis. Revista Española de Historia de la Contabilidad*, nº 6, junio 2007.

MUÑOZ, J., *El poder de la banca en España*, Ed. Zero, 2º edición, 1970.

PALAFIX, J. (Coord.), *Curso de Historia Económica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

PAREJO GAMIR, J.A., RODRÍGUEZ SÁIZ, L., CUERVO GARCÍA, A., y CALVO BERNARDINO, A., *Manual de Sistema Financiero Español*, Ariel, 20ª edición, Barcelona, 2007.

PAVON CUÉLLAR, L., “Crisis, regulación y supervisión bancarias”, *Boletín Económico del ICE*, nº 2698, 2001.

PENIKAS, H., “History of banking regulation as developed by the Basel Committee on Banking Supervision en 1974-2014”, *Estabilidad Financiera* nº 28, mayo 2015, Banco de España.

PÉREZ DE ARMIÑÁN, G., *Legislación Bancaria Española*, Banco de España, 6ª edición, Madrid, 1983.

PÉREZ FERNÁNDEZ, P., “La integración económica de España en la Unión Europea (1986-1995)”, *Información Comercial Española*, nº 826, noviembre 2005.

PÉREZ RAMÍREZ, J., *Banca y contabilidad: historia, instituciones, riesgos y normas internacionales IFRS*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

- *Vidas paralelas. La banca y el riesgo a través de la Historia*. Marcial Pons, Madrid, 2011.

PETROVIC, A. y TUTSCH, R., “National rescue measures in response to the current financial crisis”, *ECB. Legal Working Paper Series*, nº 8, July 2009.

PERNÍAS SOLERA, S. *La quita y la conversión de los acreedores bancarios. El bail-in*, Instituto de Estudios Bursátiles, Madrid, 2013.

- “Los nuevos mecanismos de resolución de crisis bancarias”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, “La banca ante el siglo XXI”. Nº 3 y 4, 2013.
- “Crónica de la crisis económico-financiera (2007-2013)”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27 y 28, 2014-2015.
- “El régimen de aportaciones a los fondos de garantía de depósitos y de resolución tras la Unión Bancaria”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 140, octubre-diciembre 2015.

PINILLOS LORENZANA, A. “Tratamiento jurídico de las crisis bancarias”, en *Derecho bancario y bursátil*, F. Zunuzegui (coord.), Madrid 2012.

POVEDA ANADÓN, R., *Basilea II*, Fundación de las Cajas de Ahorros, Madrid, 2006.

- “La respuesta del marco regulatorio español ante la crisis”, *Papeles de la Fundación*, nº 42, Fundación de Estudios Financieros, 2011.

PRIEGO, F.J. “Tratamiento jurídico de las crisis bancarias”, en *Lecciones de derecho bancario y bursátil*, F. Zunuzegui (coord.), Madrid, 2001.

PUEYO SÁNCHEZ, J., *El comportamiento de la gran banca en España (1922-1974)*, Banco de España, Estudios de historia económica, 2006.

REBOLLO PUIG, M. (dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas de IX Congreso Hispano Luso de Derecho Administrativo*, Iustel-Universidad de Córdoba, Madrid, 2012.

REINHART, C. y ROGOFF, K.S., *Esta vez es distinto: ocho siglos de necesidad financiera*, Fondo de Cultura Económica, 2011.

RIVERO ORTEGA, R., *Derecho administrativo económico*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ PELLITERO, J., “Resolución de crisis bancarias”, en *Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario*, S. Muñoz Machado y J.M. Vega Serrano (dirs.), Iustel, Madrid, 2013.

- “La Unión Bancaria en el contexto de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27 y 28, 2014-2015.

ROJO DUQUE, L.A., “El largo camino de la política monetaria española hacia el euro”, en *El camino hacia el euro. El real, el escudo y la peseta*, Banco de España, 2001.

ROLDÁN, J.M., “Lecciones en materia de regulación y supervisión derivadas de la crisis financiera: la supervisión macroprudencial”, *Papeles de la Fundación*, nº 42, Fundación de Estudios Financieros, 2011.

RUIZ MARTÍN, F., HAMILTON, E. S., TORTELLA, G., SARDÁ, J. y OTROS, *El Banco de España. Una historia Económica*, Madrid, 1970.

SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A., *Banca pública y mercado. Implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*, INAP, Madrid, 2000,

- “Del concepto de entidad de crédito en el Derecho español: evolución y perspectivas”, en *Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario*, S. Muñoz Machado y J.M. Vega Serrano (dirs.), Iustel, Madrid, 2013.

SANTILLÁN, R., *Memoria histórica sobre los bancos Nacional de San Carlos, Español de San Fernando, Isabel II, Nuevo de San Fernando y de España*, Madrid, 1865; reedición por el Banco de España, Madrid, 1982.

SAURINA, J., “Riesgos sistémicos y supervisión macroprudencial”, *Papeles de Economía Española* nº 130, 2011.

SCHINASI, G.J., “Preservación de la estabilidad financiera”. *Temas de Economía*, FMI, septiembre 2005.

SCHOENMAKER, D., “The Financial Trilemma”, *Dulsenberg School of Finance - Tinbergen Institute Discussion Paper*, January 2011.

TAMAMES GÓMEZ, R., “La autarquía española y las rémoras para el crecimiento económico posterior”, *Información Comercial Española*, nº 826, Noviembre 2005.

TEDDE, P. y MARICHAL, C. (coords.), *La formación de los bancos centrales en España y América Latina (siglos XIX y XX)*, Banco de España, 1994.

THIMANN, C., “How Insurers Differ from Banks: A Primer on Systemic Regulation”, *SRC Special Paper* nº 3, July 2014, London School of Economic and Political Science.

TORRERO MAÑAS, A., *Revolución en las finanzas. Los grandes cambios en las ideas. Represión y liberalización financiera*, Marcial Pons, Madrid 2008.

TORTELLA CASARES, G., *Los orígenes del capitalismo en España. Banca, Industria y Ferrocarriles en el siglo XIX*, Ed. Técnos, 3ª ed., Madrid, 1995.

- *El desarrollo de la España contemporánea. Historia económica de los siglos XIX y XX*. Alianza Ed., Madrid, 1999.

UGENA TORREJÓN, R., “El Mecanismo Único de Supervisión Europeo”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27 y 28, 2014-2015.

URÍA FERNÁNDEZ, F. “El Mecanismo Único de Supervisión: El primer paso hacia la Unión Bancaria”. *Revista del Instituto de Estudios Económicos*. “La banca ante el siglo XXI”. Nº 3 y 4, 2013

VEGA SERRANO, J.M., *La regulación bancaria*, Madrid, 2011.

VEGARA, D., “Funciones y objetivos del Comité de Estabilidad Financiera (CESFI)”, *Estabilidad Financiera*, nº 11, noviembre 2006, Banco de España.

VIÑALS, J. “After Five Years: Some Lessons from the Financial Crisis”. *Moneda y Crédito*, núm. 235, 2013.

VIÑALS, J. and FIECHTER, J., “The Making of Good Supervision: Learning to Say “No”, *IMF Staff Position Note*. SPN/10/08. May 18, 2010.

VV. AA., *El Banco de España. Una historia económica*. Banco de España, Madrid, 1970.

- *Crisis bancarias. Soluciones comparadas*, AEB, Madrid, 1984.
- *Aspectos jurídicos de las crisis bancarias. Respuestas del ordenamiento jurídico*, Centro de Estudios Judiciales / Banco de España, Madrid, 1988.

ANEXO III
BIBLIOGRAFÍA

- *150 años de historia del Banco de España [1856 – 2006]*, Banco de España, Madrid, 2006.

ZHOU, J. et al., “From Bail.out to Bail-in: Mandatory Debt Reestructuring of Systemic Financial Institutions”, *IMF Staff Discussion Note*, SDN/12/03, April 2012.

ANEXO IV.- DOCUMENTOS

AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA. Guía de la ABE sobre gobierno interno (GL 44). EBA BS 2011 116 final. 27 de septiembre de 2011.

- Guía sobre la evaluación de la adecuación de los miembros del órgano de administración y los titulares de funciones clave. EBA/GL/2012/06. 22 de noviembre de 2012.
- Regulatory Technical Standards on the content of recovery plans under Article 5(10) of Directive 2014/59/EU establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms. (EBA/RTS/2014/11). 18 July 2014.
- Regulatory Technical Standards on the assessment of recovery plans under Article 6(8) of Directive 2014/59/EU (EBA/RTS/2014/12). 18 July 2014
- Guidelines on the range of scenarios to be used in recovery plans (EBA/GL/2014/06). 18 July 2014.
- Guidelines on the types of tests, reviews or exercises that may lead to support measures under Article 32(4)(d)(iii) of the Bank Recovery and Resolution Directive (EBA/GL/2014/09). 22 September 2014.
- Guidelines concerning the interrelationship between the BRRD sequence of writedown and conversion and CRR/CRD IV (EBA/CP/2014/29). 1 October 2014.
- Regulatory Technical Standards on valuation under Directive 2014/59/EU (EBA/CP/2014/38). 7 November 2014.
- Guidelines on the rate of conversion of debt to equity in bail-in (EBA/CP/2014/39). 11 November 2014.

- Guidelines on the treatment of shareholders in bail-in or the write-down and conversion of capital instruments (EBA/CP/2014/40). 11 November 2014.
- Opinion of the European Banking Authority on matters relating to the perimeter of credit institutions. EBA/Op/2014/12, 27 November 2014.
- Report to the European Commission on the perimeter of credit institutions established in the Member States. 27 November 2014.
- Regulatory Technical Standards on the content of the resolution plan and the assessment of the resolvability (EBA/RTS/2014/15). 19 December 2014.
- Guidelines on the specification of measures to reduce or remove impediments to resolvability and the circumstances in which each measure may be applied under Directive 2014/59/EU (EBA/GL/2014/11). 19 December 2014.
- Directrices sobre materialidad, información propia y confidencialidad y sobre la frecuencia de divulgación de la información según el artículo 432, apartados 1 y 2 y el artículo 433 del Reglamento (UE) nº 575/2013. EBA/GL/2014/14. 23 de diciembre de 2014.
- Technical Advice on the delegated acts on critical functions and core business lines (EBA/OP/2015/05). 6 March 2015
- Technical Advice on the delegated acts on the circumstances when exclusions from the bail in tool are necessary (EBA/OP/2015/07). 6 March 2015.
- Regulatory Technical Standards and Guidelines on Business Reorganisation Plans under Directive 2014/59/EU (EBA/CP/2015/05). 9 March 2015.
- Guidelines on the minimum list of qualitative and quantitative recovery plan indicators (EBA/GL/2015/02). 6 May 2015.
- Guidelines on triggers for use of early intervention measures pursuant Article 27(4) of Directive 2014/59/EU (EBA/GL/2015/03). 8 May 2015.
- Guidelines on factual circumstances amounting to a material threat to financial stability and on the elements related to effectiveness of the sale of business tool under Article 39(4) of Directive 2014/59/EU (EBA/GL/2015/04). 20 May 2015.
- Guidelines on the determination of when the liquidation of assets or liabilities under normal insolvency proceeding could have an adverse effect on one or more financial markets under Article 42(14) of Directive 2014/59/EU (EBA/GL/2015/05). 20 May 2015.

ÍNDICE EXTENDIDO

- Guidelines on the minimum list of services or facilities that are necessary to enable a recipient to operate a business transferred to it under Article 65(5) of Directive 2014/59/EU (EBA/GL/2015/06). 20 May 2015.
- Guidelines on the interpretation of the different circumstances when an institution shall be considered as failing or likely to fail under Article 32(6) of Directive 2014/59/EU (EBA/GL/2015/07). 26 May 2015.
- Guidelines on methods for calculating contributions to deposit guarantee schemes. EBA/GL/2015/10. 28 May 2015.
- Guidelines on payment commitments under Directive 2014/49/EU on deposit guarantee schemes. EBA/GL/2015/09. 28 May 2015.
- Regulatory Technical Standards on procedures and contents of notifications referred to in Article 81(1), (2) and (3) and the notice of suspension referred to in Article 83 of Directive 2014/59/EU (EBA/RTS/2015/4). 3 July 2015.
- Regulatory Technical Standards on criteria for determining the minimum requirement for own funds and eligible liabilities under Directive 2014/59/EU (EBA/RTS/2015/05). 3 July 2015.
- Implementing Technical Standards on procedures, forms and templates for the provision of information for resolution plans under Article 11(3) of Directive 2014/59/EU (EBA/ITS/2015/6). 7 July 2015.
- Regulatory Technical Standards on independent valuers under Article 36(14) of Directive 2014/59/EU (EBA/RTS/2015/07). 6 July 2015¹ EBA. Implementing Technical Standards on the uniform formats, templates and definitions for the identification and transmission of information by competent authorities and resolution authorities to the EBA for the purposes of Article 4(7) of Directive 2014/59/EU (EBA/ITS/2015/05). 7 July 2015
- Guidelines on the application of simplified obligations under Article 4(5) of Directive 2014/59/EU (EBA/GL/2015/16). 7 July 2015.
- Guidelines specifying the conditions for group financial support under Article 23 of Directive 2014/59/EU (EBA/GL/2015/17). 9 July 2015.
- Regulatory Technical Standards specifying conditions for group financial support under Article 23 of Directive 2014/59/EU (EBA/RTS/2015/08). 9 July 2015.

- Implementing Technical Standards on the form and content of disclosure of financial supports agreements under Article 26 of Directive 2014/59/EU (EBA/ITS/2015/07). 9 July 2015.
- Technical Advice on classes of arrangements to be protected in a partial property transfer (EBA/Op/2015/15). 14 August 2015.

BANCO CENTRAL EUROPEO. Informe Anual (varios años)

- Mecanismos de la UE para la gestión de crisis financieras. Boletín Mensual. Febrero 2007.
- La aplicación de la política monetaria en la zona del euro. Documentación general sobre los instrumentos y los procedimientos de la política monetaria del Eurosistema. Aplicable desde el 1 de enero de 2012. Diciembre 2011

BANCO DE ESPAÑA. Informe Anual (varios años)

- Memoria de la Supervisión Bancaria en España (varios años)
- Modelo de supervisión del Banco de España (versión de 30 de junio de 2011).
- Cuentas Financieras de la Economía Española 1980-2013. SEC 95 - series trimestrales y anuales. Abril 2014.
- Cuentas Financieras de la Economía Española 1995-2014. SEC 2010 - series trimestrales y anuales. Abril 2015
- Supervisión. La función supervisora del Banco de España.

BANK OF ENGLAND, The Prudential Regulation Authority's approach to banking supervision, June 2014.

- The Bank of England's approach to resolution. October 2014.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards. Basel, July 1988 [Basilea I]

- Enhancing bank transparency. September 1998.
- Bank Failures in Mature Economies, Working Paper nº 13, April 2004.
- Convergencia internacional de medidas y normas de capital. Marco revisado. Junio 2004. [Basilea II]

- Compliance and the compliance function in banks. April 2005.
- The Application of Basel II to Trading Activities and the Treatment of Double Default Effects. June 2005.
- Convergencia internacional de medidas y normas de capital. Marco revisado. Versión integral. Junio 2006. [Basilea II]
- Principles for enhancing corporate governance. October 2010
- Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems. December 2010
- Requerimientos mínimos para garantizar la absorción de pérdidas en el punto de no viabilidad. 13 de enero de 2011
- The internal audit function in Banks. June 2012.
- Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz. Septiembre de 2012.
- Bancos de importancia sistémica mundial: metodología de evaluación actualizada y mayor requerimiento de absorción de pérdidas. Julio de 2013.
- Auditoría externa de bancos. Marzo de 2014
- Requisitos de divulgación revisados para el Tercer Pilar. Enero de 2015.
- Guidelines. Corporate governance principles for Banks. July 2015.
- Report on the impact and accountability of banking supervision. July 2015.
- Orientaciones para identificar y hacer frente a bancos en dificultades. Julio de 2015

BBVA. Regulation Outlook. Compendium on bank resolution regimes: from the FSB to the EU and US framework, June 2014

CLIFFORD CHANCE, Legal Aspects of Banks Bail-Ins, May 2011

COMISIÓN EUROPEA. Recomendación de la Comisión de 22 de diciembre de 1986 relativa al establecimiento de sistemas de garantía de depósitos en la Comunidad (87/63/CEE) (DO de 4.2.87)

- Green Paper. Corporate governance in financial institutions and remuneration policies. Brussels, 2.6.2010. COM(2010) 284 final

- Libro Verde. La normativa de gobierno corporativo de la UE Bruselas, 5.4.2011. COM(2011) 164 final.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES. Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas. Febrero 2015.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Acuerdo sobre la transferencia y mutualización de las aportaciones al Fondo Único de Resolución, Bruselas, 14 de mayo de 2014.

EUROPEAN SYSTEMIC RISK BOARD (2011): Forbearance, resolution and deposit insurance. Reports of the Advisory Scientific Committee. N° 1/July 2012.

- Report on misconduct risk in the banking sector, June 2015.

ENHANCED DISCLOSURE TASK FORCE. Enhancing the risk disclosures of Banks. Report of the Enhanced Disclosure Task Force. 20 October 2012.

- 2014 Progress Report, 5 September 2014.

FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION and BANK OF ENGLAND, Resolving Globally Active, Systemically Important, Financial Institutions, December 2012.

FINANCIAL CRISIS INQUIRY COMMISSION. The Financial Crisis Inquiry Report. January 2011. US Government.

FINANCIAL STABILITY BOARD. Reducing the moral hazard posed by systemically important financial institutions. 20 October 2010.

- Thematic review on risk governance, February 2013.
- Thematic Review on Resolution Regimes. Peer Review Report. 11 April 2013.
- Recovery and Resolution Planning for Systemically Important Financial Institutions: Guidance on Recovery Triggers and Stress Scenarios. 16 July 2013
- Recovery and Resolution Planning for Systemically Important Financial Institutions: Guidance on Developing Effective Resolution Strategies. 16 July 2013
- Principles for an effective risk appetite framework. November 2013.
- Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions. 15 October 2014

- Thematic Review on Supervisory Frameworks and Approaches for SIBs. Peer Review Report. 26 May 2015.
- Principles on Loss-absorbing and Recapitalisation Capacity of G-SIBs in Resolution. Total Loss-absorbing Capacity (TLAC) Term Sheet, 9 November 2015.

GROUP OF TEN. Report on consolidation in the financial sector, January 2001.

HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON REFORMING THE STRUCTURE OF THE EU BANKING SECTOR (Chaired by Erkki Liikanen), Final Report. Brussels, 2 October 2012.

HIGH LEVEL GROUP ON FINANCIAL SUPERVISION ON THE EU (Chaired by Jacques de Larosière), Report. Brussels, 25 February 2009.

HOUSE OF LORDS. The future of EU financial regulation and supervisión. Volume I: Report. European Union Committee. 14th Report of Session 2008–09. June 2009.

INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD. El Marco Conceptual para la Información Financiera. Septiembre 2010

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF DEPOSIT INSURERS (IADI). Core Principles for Effective Deposits Insurance Systems. November 2014

INTERNATIONAL MONETARY FUND Cross Border Bank Resolution: Recent Developments, IMF Policy Papers, June 2014

INTERNATIONAL MONETARY FUND and THE WORLD BANK, An Overview of the Legal, Institutional and Regulatory Framework for Bank Insolvency, April 2009

INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORIA DE CUENTAS. Informe sobre la situación actual de la contabilidad en España y líneas básicas para abordar su reforma. (Libro Blanco para la reforma de la contabilidad en España). Junio 2002.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD. Memorando de entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera. 20 de julio de 2012.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. Principios de gobierno corporativo de la OCDE. 2004.

- Principles of Corporate Governance. 2015.

ÍNDICE EXTENDIDO

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO.LA ACTIVIDAD BANCARIA

I.	INTRODUCCIÓN.....	17
II.	EL AHORRO	19
1.	Introducción.....	19
2.	La producción desde el lado de la oferta	20
3.	La demanda agregada	21
4.	La remuneración de los factores. La renta	22
5.	La renta disponible.....	22
6.	Algunas equivalencias básicas.....	25
7.	La capacidad o necesidad de financiación	26
8.	La materialización del ahorro	28
9.	Conclusiones sobre el ahorro	29
III.	LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA	31
1.	Introducción.....	31
2.	Las inversiones directas en capital y deuda	33
3.	Los mercados financieros	36
4.	Las empresas de servicios de inversión	37
5.	Los intermediarios financieros.....	41
6.	Instrumentos de capital e instrumentos de deuda	42
7.	Financiación vía capital I. Los fondos de inversión en renta variable	44
8.	Financiación vía capital II. El capital-riesgo	48
9.	Las entidades aseguradoras.....	51
10.	Financiación mediante deuda.....	54
IV.	LA ACTIVIDAD BANCARIA TÍPICA	59
1.	La actividad típicamente bancaria	59
2.	La categorización del ahorro.....	60
2.1.	El ahorro finalista	60
2.2.	El ahorro coyuntural a corto plazo ligado al sistema de pagos	62
2.3.	El ahorro <i>sensu stricto</i>	63
3.	La materialización del ahorro	66
3.1.	Los pasivos bancarios.....	66
3.2.	Los depósitos bancarios	68
3.3.	Otros fondos reembolsables	71
4.	El crédito bancario	72
5.	La dilución de riesgos y la transformación de plazos	75
6.	La actividad típica bancaria. Conclusión.....	77

CAPÍTULO SEGUNDO. LA BANCA COMO INSTITUCIÓN

I.	LA BANCA COMO INSTITUCIÓN. INTRODUCCIÓN	81
II.	LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.....	84
1.	Bancos.....	85
2.	Cajas de ahorros.....	90
2.1.	Antecedentes	90
2.2.	Las Cajas de Ahorros tras la Ley 26/2013	92
2.3.	Órganos de gobierno	94
2.3.1.	<i>La Asamblea general</i>	94
2.3.2.	<i>El Consejo de administración</i>	95
2.3.3.	<i>La Comisión de control</i>	96
3.	Cooperativas de crédito	97
4.	Banca oficial y banca pública. El ICO	99
4.1.	La banca oficial en España.....	99
4.2.	El ICO	100
4.3.	La nueva banca pública	101
5.	Establecimientos financieros de crédito.....	102
6.	Las Fundaciones bancarias	106
6.1.	Fundaciones bancarias.....	106
6.2.	Régimen de las participaciones en entidades de crédito	109
6.2.1.	<i>Protocolo de gestión de la participación financiera</i>	109
6.2.2.	<i>Ampliaciones de la participación en el capital</i>	112
6.2.3.	<i>Dividendos de las entidades controladas</i>	112
6.3.	El Fondo de reserva.....	112
6.3.1.	<i>Naturaleza y regulación del fondo de reserva de las fundaciones bancarias</i>	112
6.3.2.	<i>Dotación del fondo</i>	115
6.3.3.	<i>Límite a alcanzar</i>	116
6.3.4.	<i>Materialización</i>	117
6.3.5.	<i>Utilización</i>	118
6.4.	Régimen de supervisión por el Banco de España.....	118
6.5.	Tratamiento las fundaciones bancarias en la regulación prudencial de las entidades de crédito.....	119
6.6.	Régimen fiscal.....	122
III.	EL COEFICIENTE DE CAJA	123
IV.	EL MERCADO INTERBANCARIO DE DEPÓSITOS	125
V.	LA “VENTANILLA DE REDESCUENTO”	127
VI.	EL PRESTAMISTA DE ÚLTIMA INSTANCIA.....	131
VII.	LOS SISTEMAS DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS	133
1.	Los sistemas de garantía de depósitos	133
2.	El estándar internacional.....	134
3.	La garantía de los depósitos en la Unión Europea.....	138

4.	La Directiva 2014/49 sobre sistemas de garantía de los depósitos	141
5.	El Fondo de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito	146
1.1.	Antecedentes próximos	146
1.2.	El Fondo de Garantía de Depósitos tras la Ley 11/2015	147
1.3.	Funciones del FGDEC	149
1.4.	Recursos financieros del FGDEC.....	151
1.4.1.	<i>Patrimonio del Fondo</i>	151
1.4.2.	<i>Nivel objetivo a alcanzar</i>	152
1.4.3.	<i>Régimen de aportaciones</i>	153
1.5.	Alcance de la garantía	153
1.5.1.	<i>Depósitos garantizados</i>	153
1.5.2.	<i>Importes garantizados</i>	156
1.6.	Prelación en caso de concurso.....	156

CAPÍTULO TERCERO.- LA REGULACIÓN BANCARIA

SECCIÓN PRIMERA.- APROXIMACIÓN A LA HISTORIA DE LA REGULACIÓN BANCARIA EN ESPAÑA.....	159	
1.	Introducción	159
2.	Desde los inicios a la ley de bancos de 1856	161
2.1.	Banco Nacional de San Carlos	162
2.2.	Banco Español de San Fernando	165
2.3.	Pluralidad de bancos de emisión	166
2.4.	Ley de compañías por acciones de 1848	169
2.5.	La crisis de 1848	170
2.6.	Regulación bancaria hasta la Ley de 1856	171
3.	La industrialización.....	180
3.1.	El desarrollo del ferrocarril	180
3.2.	Ley de Bancos de 1856	182
3.3.	Ley de Sociedades anónimas de crédito.....	183
3.4.	Las primeras Sociedades de crédito.	187
3.5.	La crisis de 1864	190
3.6.	Inspección y supervisión.	191
3.7.	La crisis de 1866	192
3.8.	Ley de Sociedades de 1869	197
3.9.	El Decreto Echegaray	198
3.10.	La monetización directa de la Deuda	200
4.	El cambio de siglo	201
4.1.	La minería	201
4.2.	El Código de Comercio de 1885	202
4.3.	El giro hacia el proteccionismo	205
4.4.	El cambio de siglo	208

4.5.	La Primera Guerra Mundial	212
4.6.	La monetización indirecta de la Deuda	213
4.7.	Caracterización de la banca en España.....	214
4.8.	Ley de Ordenación Bancaria de 1921	218
5.	Crisis y aislamiento.....	222
5.1.	La crisis del 29	222
5.2.	Ley de ordenación bancaria de la República.....	223
5.3.	La Guerra Civil y el statu quo bancario	224
5.4.	El origen del statu quo.....	226
5.5.	Ley de Ordenación Bancaria de 1946	227
5.6.	La banca mixta	232
5.7.	La autarquía.....	234
5.8.	Los años 50	234
6.	Crecimiento y cambio.....	237
6.1.	El Plan de Estabilización de 1959 y los Planes de Desarrollo	237
6.2.	Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca de 1962.....	239
6.3.	Los coeficientes de inversión obligatoria.....	244
6.4.	La crisis del petróleo y la liberalización de los años 70	246
6.5.	Los Pactos de la Moncloa.....	249
6.6.	El cambio de paradigma.....	253
6.7.	La crisis bancaria 1974-1984	254
6.8.	Las consecuencias de la crisis	257
6.9.	El mercado hipotecario y el coeficiente de solvencia	258
7.	El salto a la modernidad.....	259
7.1.	La adhesión a la Comunidad Económica Europea	259
7.2.	Delegación legislativa para la adaptación al Derecho comunitario.....	262
7.3.	Desarrollo normativo hasta la crisis de 2008	264
	7.3.1. Régimen jurídico de las entidades de crédito. Definición.....	264
	7.3.2. Acceso a la actividad y ejercicio en el ámbito de la Unión	265
	7.3.3. Solvencia y recursos propios mínimos	267
	7.3.4. Supervisión y normas de disciplina.....	270
	7.3.5. Fondos de garantía de depósitos.....	272
	7.3.6. Situaciones concursales de las entidades de crédito.....	273
	7.3.7. Otras normas.....	274
8.	Conclusiones.....	276
	SECCIÓN SEGUNDA. LA REGULACIÓN PRUDENCIAL	279
I.	LA JUSTIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN BANCARIA	280
1.	Los dos posicionamientos básicos en torno a la regulación bancaria	280
2.	La corriente liberal.....	282
3.	La preservación de la estabilidad financiera como justificación de la regulación.....	285
4.	Sistema de pagos y política monetaria.....	288
4.1.	El papel de los bancos en el sistema de pagos	289

ÍNDICE EXTENDIDO

4.2.	La transmisión de la política monetaria	291
5.	Regulación prudencial y regulación de conducta	293
II.	LA REGULACIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO	294
1.	La regulación prudencial	294
2.	La generación de normas bancarias globales	297
3.	<i>International standards setters</i>	298
3.1.	<i>Financial Stability Board</i> (FSB)	298
3.2.	Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS).....	301
3.3.	International Accounting Standard Board (IASB)	303
III.	LOS ACUERDOS DEL COMITÉ DE BASILEA	304
1.	El paradigma regulatorio de los años 80.....	304
2.	El Acuerdo de capitales de 1988.....	306
3.	Basilea II	307
4.	Basilea III.....	310
IV.	LA RECEPCIÓN DE LOS ACUERDOS DEL COMITÉ DE BASILEA EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO Y ESPAÑOL	314
1.	El proceso español de adaptación a las Directivas comunitarias	314
2.	La Directiva 2006/48 CRD.....	315
3.	La CRR /CRD IV y el nuevo marco regulatorio en la Unión	317
V.	LA REGULACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO	320

CAPÍTULO CUARTO. CRISIS BANCARIAS

I.	LAS CRISIS BANCARIAS	323
1.	Introducción	323
2.	Generalizaciones respecto de las crisis bancarias	325
3.	Causas de la crisis de una entidad de crédito	327
II.	LA CRISIS FINANCIERA INICIADA EN 2007	328
1.	Introducción.....	328
2.	La fase del ciclo anterior a la crisis.....	329
3.	Los desequilibrios acumulados.....	330
4.	Inicio de la crisis. La crisis de confianza	333
5.	Recesión económica	335
6.	La crisis de la eurozona y del euro	336
7.	La crisis financiera en España. La reestructuración del sistema crediticio	338
8.	Respuesta europea a la crisis	340
9.	Las reformas emprendidas por las instituciones de la Unión Europea	343
9.1.	Sistema europeo de supervisión financiera	343
9.2.	<i>“Towards a genuine Economic and Monetary Union”</i>	344
10.	La Unión Bancaria.....	345
11.	Las reformas en España	348
12.	Conclusiones.....	350

III.	GENERALIZACIONES SOBRE LAS CAUSAS DE LAS CRISIS	351
1.	Causas comunes.....	351
2.	Nuevas causas.....	352

CAPÍTULO QUINTO. MECANISMOS GENÉRICOS DE PREVENCIÓN

I.	CONTROLES DE ACCESO A LA ACTIVIDAD	355
1.	Régimen de autorización administrativa para el acceso a la actividad	355
1.1.	La autorización administrativa	355
1.2.	Los requisitos de acceso a la actividad en la Unión Europea.....	359
1.2.1.	<i>Las Directivas comunitarias</i>	<i>359</i>
1.2.2.	<i>Requisitos para obtener la autorización</i>	<i>361</i>
1.2.3.	<i>Causas de denegación.....</i>	<i>362</i>
1.2.4.	<i>Revocación de la autorización</i>	<i>363</i>
1.3.	El régimen de autorización en España tras la incorporación al SSM.....	364
1.3.1.	<i>Requisitos para ejercer la actividad.</i>	<i>365</i>
1.3.2.	<i>Procedimiento</i>	<i>366</i>
1.3.3.	<i>Denegación de la autorización.....</i>	<i>368</i>
1.3.4.	<i>Inicio de actividades. Reserva de actividad y denominación.....</i>	<i>370</i>
1.3.5.	<i>Caducidad de la autorización.</i>	<i>371</i>
1.3.6.	<i>Renuncia a la autorización.....</i>	<i>371</i>
1.3.7.	<i>Revocación de la autorización.</i>	<i>372</i>
1.3.8.	<i>Limitaciones temporales a la actividad de los nuevos bancos.....</i>	<i>374</i>
2.	Transmisión de participaciones cualificadas	375
2.1.	La transmisión de participaciones en la Directiva.....	376
2.1.1.	<i>Adquisición de participaciones cualificadas.....</i>	<i>376</i>
2.1.2.	<i>Cesión de participaciones cualificadas.....</i>	<i>378</i>
2.2.	La transmisión de participaciones en España tras la incorporación al SSM	378
2.2.1.	<i>Especificaciones de la Ley 10/2014</i>	<i>378</i>
2.2.2.	<i>Información que debe suministrar el adquirente potencial.....</i>	<i>379</i>
2.2.3.	<i>Procedimiento</i>	<i>380</i>
2.2.4.	<i>Efectos del incumplimiento de las obligaciones.....</i>	<i>381</i>
2.2.5.	<i>Dos consideraciones adicionales</i>	<i>381</i>
2.3.	Otras autorizaciones: modificaciones estructurales y modificación de estatutos sociales.....	382
II.	IDONEIDAD DE ACCIONISTAS Y ADMINISTRADORES	383
1.	Idoneidad de los accionistas	383
1.1.	Requisitos de idoneidad de los accionistas.....	383
1.2.	Medidas de actuación ante la inidoneidad de accionistas tenedores de participaciones significativas	384
2.	Idoneidad de los miembros de los órganos de gobierno, directores generales y asimilados	385
2.1.	Requisitos de idoneidad.	385

ÍNDICE EXTENDIDO

2.2.	Valoración de los requisitos de idoneidad.....	388
2.3.	Régimen de incompatibilidades y limitaciones.....	389
2.4.	Registro de altos cargos.....	390
III.	LA GOBERNANZA DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.....	390
1.	Introducción.....	390
2.	Los Principios de gobierno corporativo de la OCDE	392
3.	La Guía del Comité de Basilea. Principios de gobierno corporativo para bancos.....	395
3.1.	Cuestiones generales	395
3.2.	Los Principios de la Guía	397
4.	La Guía de la EBA sobre gobierno interno de las entidades de crédito.....	407
5.	El gobierno corporativo en la CRD IV	409
6.	El gobierno corporativo en la Ley de ordenación, supervisión y solvencia	410
IV.	LOS MECANISMOS DE CONTROL INTERNO. <i>THE “THREE LINES OF DEFENCE”</i>	414
1.	El control interno	414
2.	La función de gestión de riesgos.....	416
2.1.	El marco de gobernanza del riesgo. El RAS	416
2.2.	La función de gestión de riesgos	416
2.3.	El CRO y el Comité de riesgos	418
2.4.	La función de gestión de riesgos en la normativa española	419
3.	La función de cumplimiento normativo.....	426
4.	La auditoría interna.....	428
4.1.	La función de auditoría interna	428
4.2.	El Comité de auditoría.....	432
V.	LOS MECANISMOS DE CONTROL EXTERNO	437
1.	La auditoría legal de cuentas	437
1.1.	La auditoría de cuentas.....	437
1.2.	La Directiva 2006/43 de auditoría de cuentas	439
1.3.	El Reglamento 537/2014 sobre la auditoría legal de las entidades de interés público	440
1.4.	La Ley 22/2015 de auditoría de cuentas.....	443
1.5.	Informe de auditoría de las cuentas anuales.....	445
1.6.	La auditoría externa de los bancos. Principios del Comité de Basilea	447
1.7.	Otros aspectos referidos a la auditoría de cuentas de los bancos	451
2.	Disciplina de mercado. El Pilar 3 de Basilea.....	451
2.1.	La transparencia de las sociedades mercantiles.....	451
2.2.	El Pilar 3 de Basilea	453
2.3.	El informe de la Enhanced Disclosure Task Force.	457
2.4.	El Pilar 3 en la regulación bancaria de solvencia.....	458
2.5.	El documento “Información con relevancia prudencial”	461
2.6.	El “Informe bancario anual”.....	462
3.	Información financiera.....	463

3.1.	El marco normativo de las obligaciones de información de los bancos	463
3.2.	Requisitos generales de formulación y publicación de cuentas	465
3.3.	La información financiera de los bancos.....	468
3.3.1.	<i>Normas contables aplicables</i>	468
3.3.2.	<i>Estados financieros públicos</i>	471
3.3.3.	<i>Estados reservados consolidados</i>	472
3.3.4.	<i>Estados reservados individuales</i>	473
3.4.	La información prudencial o de solvencia	475

CAPÍTULO SEXTO. LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

I.	LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL.....	477
1.	Definición	478
2.	Planteamiento general.....	483
3.	La organización de la supervisión	489
3.1.	Modelos de organización de la supervisión	489
3.2.	La supervisión de conducta. La protección de los consumidores	491
4.	Los <i>Core Principles</i> de Basilea	493
5.	Evolución reciente de la supervisión	500
6.	La supervisión basada en riesgo. El modelo SABER	502
II.	FINES Y OBJETIVOS DE LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL	507
III.	LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL EN LA UE.....	514
1.	Ámbito objetivo de la supervisión prudencial	515
1.1.	Ámbito objetivo de aplicación del Reglamento CRR	515
1.2.	Ámbito objetivo de la Directiva CRD IV	516
2.	El ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva y el Reglamento	518
3.	Las facultades de supervisión en la CRD IV	520
3.1.	Las facultades de supervisión.....	520
3.2.	Potestad de recabar información	521
3.3.	Potestad de investigación (inspectora)	521
3.4.	Potestad sancionadora	522
3.4.1.	<i>Infracciones</i>	522
3.4.2.	<i>Sanciones</i>	524
3.4.3.	<i>Publicación de las sanciones</i>	525
3.4.4.	<i>Derecho de recurso</i>	526
3.5.	Intercambio de información y secreto profesional.	526
4.	Atribuciones del supervisor en el Reglamento CRR	528
4.1.	Atribuciones del supervisor.....	528
4.2.	Atribuciones manifestación de la potestad reglamentaria	529
4.3.	Atribuciones manifestación de la potestad autorizatoria.....	530
4.4.	Atribuciones mixtas.....	531

4.5.	Potestades extrapрудenciales.....	531
IV.	LA LEY 10/2014 DE ORDENACIÓN SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO	532
1.	La ordenación y disciplina de las entidades de crédito.....	532
2.	La función supervisora del Banco de España. Sujetos y objeto de la supervisión.....	534
3.	Potestades de supervisión	536
3.1.	Potestad de recabar información	536
3.2.	Potestad de investigación o inspectora.....	537
3.3.	Potestad de comunicarse por medios electrónicos	538
3.4.	Potestad de emitir guías en materia supervisora.....	539
3.5.	Potestad de formular recomendaciones y requerimientos	540
3.6.	Potestad sancionadora	541
3.6.1.	<i>Régimen sancionador. Ámbito subjetivo.</i>	541
3.6.2.	<i>Infracciones</i>	542
3.6.3.	<i>Sanciones</i>	543
4.	Obligaciones del supervisor	545
5.	Los colegios de supervisores	547
6.	Referencia a la protección del cliente de entidades de crédito	548
V.	EL MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISIÓN	550
1.	Justificación de la creación de un Mecanismo Único de Supervisión	550
2.	Funciones supervisoras del BCE	553
3.	Reparto de competencias dentro del MUS.....	555
4.	Potestades supervisoras.....	558
4.1.	Potestad reglamentaria	558
4.2.	Potestad de recabar información	559
4.3.	Potestad de realizar investigaciones generales	559
4.4.	Potestad de realizar inspecciones <i>in situ</i>	559
4.5.	Potestad sancionadora	560
5.	Garantías procesales. El Comité Administrativo de Revisión	562
6.	Derecho de recurso	563
VI.	LA SUPERVISIÓN MACROPRUDENCIAL	563
1.	La supervisión macroprudencial. Características definitorias	563
1.1.	Antecedentes	563
1.2.	Definición.....	565
2.	Riesgo sistémico	566
3.	Instituciones encargadas de la supervisión macroprudencial	567
3.1.	<i>Financial Stability Board (FSB)</i>	567
3.2.	La Junta Europea de Riesgo Sistémico	569
3.3.	La autoridad nacional macroprudencial	571
4.	Los instrumentos de política macroprudencial	575
4.1.	La Recomendación 2013/1 de la JERS	575
4.2.	Las provisiones dinámicas	577

4.3.	Las entidades de importancia sistémica	577
4.4.	Los colchones de capital	580

CAPÍTULO SÉPTIMO. MECANISMOS ESPECÍFICOS DE PREVENCIÓN

I.	MARCO REGULATORIO E INSTITUCIONAL	587
1.	Especificidad de los mecanismos preventivos	587
2.	Antecedentes	589
2.1.	El artículo 136 de la Directiva 2006/48 CRD	589
2.2.	Las recomendaciones y requerimientos del Banco de España	591
2.3.	Las medidas preventivas y de saneamiento del Fondo de Garantía de Depósitos	592
2.4.	Las medidas de intervención y sustitución de la Ley de Disciplina	593
2.5.	La persuasión moral y la actividad informal	595
3.	Marco regulatorio e institucional I.....	596
3.1.	Esquema normativo	596
3.2.	Los elementos básicos de los regímenes de resolución. Los <i>Key Attributes</i> del FSB	601
3.2.1.	<i>Introducción</i>	601
3.2.2.	<i>Los Key Attributes del FSB</i>	602
3.2.3.	<i>Objetivos de la resolución</i>	604
3.2.4.	<i>La autoridad de resolución</i>	605
3.2.5.	<i>Las medidas de salvaguarda</i>	607
3.3.	El marco europeo de resolución de crisis bancarias. La BRRD.....	608
4.	Marco regulatorio e institucional II	612
4.1.	El Fondo de Resolución Ordenada Bancaria.....	612
4.2.	El Fondo Nacional de Resolución	614
4.3.	La Junta Única de Resolución europea	616
4.3.1.	<i>Organización y funcionamiento</i>	616
4.3.2.	<i>Funciones de la Junta y distribución de competencias en el MUR</i>	618
4.3.3.	<i>Potestades de la Junta</i>	620
4.3.4.	<i>Rendición de cuentas</i>	622
4.4.	El Fondo Único de Resolución.....	623
II.	PLANIFICACIÓN DE LA RECUPERACIÓN Y LA RESOLUCIÓN	625
1.	La planificación preventiva	625
2.	Plan de recuperación (<i>recovery plan</i>)	628
3.	Plan de resolución (<i>resolution plan</i>)	634
4.	Valoración de la resolubilidad	636
5.	Acuerdos de ayuda financiera dentro de un grupo.....	643
6.	Requerimiento mínimo de fondos propios y pasivos admisibles (<i>MREL</i>).....	646
III.	LAS MEDIDAS DE ACTUACIÓN TEMPRANA.....	649
1.	El Pilar 2 de Basilea.....	649
2.	Las medidas de actuación temprana en el artículo 104 de la CRD IV	652

ÍNDICE EXTENDIDO

3.	El Título III de la BRRD.....	656
4.	La actuación temprana en la Ley 11/2015	657
5.	Multiplicidad de planes.....	661
6.	Intervención o sustitución provisional de administradores como medida de actuación temprana.	662
7.	Competencias de intervención temprana en el MUS	665
8.	Amortización o conversión de instrumentos de capital de nivel 1 adicional ante un evento contingente	666
9.	La posibilidad de actuación del Fondo de Garantía de Depósitos	668
 CAPÍTULO OCTAVO. MECANISMOS DE GESTIÓN DE CRISIS		
I.	INTRODUCCIÓN.....	671
II.	AMORTIZACIÓN O CONVERSIÓN DE INSTRUMENTOS DE CAPITAL REGULADORIO EN EL PUNTO DE NO VIABILIDAD.....	673
III.	LA RESOLUCIÓN DE ENTIDADES INVIABLES	680
1.	La Ley 11/2015 de recuperación y resolución de entidades de crédito	680
2.	Objetivos de la resolución.....	682
3.	Concepto de entidad inviable.....	683
4.	Excepción de la ayuda financiera pública extraordinaria no constitutiva de causa de inviabilidad.....	683
5.	Procedencia de la resolución.....	684
6.	Apertura del procedimiento de resolución.....	685
6.1.	Apertura del procedimiento de resolución en la Ley 11/2015	685
6.2.	Aprobación del dispositivo de resolución en el Mecanismo Único de Resolución	688
IV.	EFFECTOS <i>EX LEGE</i> DE LA APERTURA DEL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN	690
1.	Sustitución del órgano de administración y los directores generales o asimilados como medida de resolución.	690
2.	Valoración de los activos y pasivos de la entidad en resolución	691
2.1.	Las valoraciones de la Directiva BRRD.....	691
2.2.	Las valoraciones previstas en la Ley 11/2015.....	694
3.	Amortización o conversión de los instrumentos de capital regulatorio en el punto de entrada en resolución	695
V.	LOS INSTRUMENTOS DE RESOLUCIÓN	698
1.	Consideraciones generales.....	698
2.	Venta del negocio de la entidad.....	699
3.	Transmisión de activos y pasivos a una entidad puente.....	701
4.	Transmisión de activos a una sociedad de gestión de activos.....	703
5.	El instrumento de recapitalización interna.....	705
5.1.	La recapitalización interna (<i>bail-in</i>).....	705
5.2.	Objetivo de la recapitalización interna.....	706

5.3.	Ámbito objetivo de aplicación. Los pasivos admisibles	708
5.4.	Utilización del Fondo de Resolución Nacional	710
5.5.	Otras fuentes de financiación de la resolución a cargo del FROB	711
5.6.	Utilización del Fondo de Garantía de Depósitos en la resolución.....	711
5.7.	Importe de la recapitalización	712
5.8.	Secuencia de la recapitalización interna.....	713
5.9.	Efectos de la conversión y la amortización	714
5.10.	Plan de reorganización de actividades.....	715
VI.	LAS POTESTADES DE LA AUTORIDAD DE RESOLUCIÓN Y LAS MEDIDAS DE SALVAGUARDA.....	716
1.	Facultades del FROB.....	716
2.	Medidas de salvaguarda.....	719
3.	Régimen procesal.....	720
VII.	RÉGIMEN SANCIONADOR	722
VIII.	EL CONCURSO DE ENTIDADES DE CRÉDITO	726
1.	Preferencia de la resolución frente al concurso	726
2.	Liquidación concursal de las entidades resueltas.....	727
3.	Especialidades del concurso de entidades de crédito.....	729
4.	Clasificación de los créditos	730
	CONCLUSIONES.....	731
	ANEXO I.- LEGISLACIÓN	743
	ANEXO II.- JURISPRUDENCIA	757
	ANEXO III. - BIBLIOGRAFÍA	767
	ANEXO IV.-DOCUMENTOS	779
	ÍNDICE EXTENDIDO	787

