

ESTUDIOS

LA DISCIPLINA DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN EL MARCO DEL SISTEMA DE SUPERVISIÓN BANCARIA(*)(**)

JUAN M. PEMÁN GAVÍN
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. COORDENADAS GENERALES QUE EXPLICAN LAS SINGULARIDADES DEL SISTEMA SUPERVISOR BANCARIO.– III. LAS CARACTERÍSTICAS QUE CONFIGURAN LA FUNCIÓN PÚBLICA DE SUPERVISIÓN BANCARIA EN EL MOMENTO PRESENTE.– IV. SOBRE EL RÉGIMEN SANCIONADOR BANCARIO: PRINCIPALES RASGOS QUE LO SINGULARIZAN: 1. Las autoridades competentes para sancionar. 2. Dualidad de sujetos responsables. 3. La tipificación de las infracciones. 4. Las medidas sancionadoras: severidad del Derecho Sancionador bancario. 5. La amplitud del abanico de opciones de que dispone el supervisor en la determinación de las sanciones. 6. El requisito de la culpabilidad y su debilitamiento. 7. El procedimiento sancionador aplicable. 8. El principio non bis in idem. 9. El control judicial de la potestad sancionadora. 10. La praxis aplicativa de los últimos años.– V. REFLEXIONES FINALES. 1. Sobre el carácter dinámico de la supervisión bancaria y las incesantes novedades legislativas de signo ampliatorio. 2. Sobre el reto de realizar un «balance» cabal del nuevo marco regulatorio y supervisor. 3. Sobre las Entidades de Crédito en España: un sector en declive desde varios puntos de vista.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN. El presente trabajo analiza la disciplina de las Entidades de Crédito como pieza integrante de un sistema supervisor exhaustivo y singular, profundamente renovado a raíz de la gran crisis financiera producida al filo de la primera década del presente siglo.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 20/09/2023 y evaluado favorablemente para su publicación el 04/12/2023.

(**) Texto de la ponencia elaborada para la sesión sobre «Supervisión, resolución y disciplina de las Entidades de Crédito» del VIII Seminario Jean Monnet celebrada en la Facultad de Derecho de Málaga el 1 de junio de 2023 bajo la dirección del prof. Alberto Ruiz Ojeda. El perfil profesional de los destinatarios del Seminario —personas cualificadas (profesores de Universidad y doctorandos), pero no especialistas en el sistema financiero en su mayoría— explica el contenido y tono de esta exposición, que se cierra el 15 de septiembre de 2023. El trabajo se integra dentro de las actividades del grupo de investigación reconocido por el Gobierno de Aragón ADESTER (Derecho Administrativo de la Economía, la Sociedad y el Territorio; proyecto S22_23R, BOA de 28 de abril de 2023).

Agradezco los comentarios que, con ocasión de la sesión y fuera de ella, me hicieron llegar el director del Seminario, A. Ruiz Ojeda, el moderador de la sesión, J. M^a López Jiménez, y los otros dos ponentes de la misma: J. García-Andrade y M. A. Salvador Armendáriz. También, las atinadas observaciones de J. Esteban Ríos.

A tal efecto se exponen las características más significativas de dicho sistema supervisor, dotado de numerosos elementos diferenciales respecto de otros muchos sectores sometidos también a inspección o supervisión por las Administraciones Públicas. Sobre esta base, se abordan en segundo lugar los rasgos más sobresalientes del Derecho Sancionador bancario como herramienta de cierre del sistema de regulación y supervisión vigente en el sector de las Entidades de Crédito

Finalmente se incluyen en el apartado final algunas reflexiones de alcance general en torno a la materia.

Palabras clave: disciplina bancaria; sistema supervisor bancario; Derecho Administrativo sancionador; Entidades de Crédito; Banco de España; Mecanismo Único de Supervisión.

ABSTRACT. This work analyzes the discipline of Credit Institutions as part of an exhaustive and singular supervisory system, profoundly renewed as a result of the great financial crisis that occurred at the edge of the first decade of this century.

To this end, the most significant characteristics of said supervisory system are exposed, endowed with numerous differential elements with respect to many other sectors also subject to inspection or supervision by Public Administrations. On this basis, the most outstanding features of the banking Sanction Law are addressed as a tool to close the regulation and supervision system in force in the sector of Credit Institutions.

Finally, some general reflections on the subject are included in the final section.

Key words: banking discipline; banking supervisory system; Administrative Sanctioning Law; Credit Institutions; Bank of Spain; Single Supervisory Mechanism.

I. INTRODUCCIÓN

La disciplina de las Entidades de Crédito (EC) (1) se plasma en un régimen sancionador singular dotado de peculiaridades que se explican en el contexto de un sistema supervisor específico y muy completo, que cuenta con una consolidada tradición y que experimentó una importante «vuelta de tuerca» con

(1) Las abreviaturas que utilizo en el texto son las siguientes: ABE (Autoridad Bancaria Europea), AEVM (Autoridad Europea de Valores y Mercados), BCE (Banco Central Europeo), BdE (Banco de España), EC (Entidad/Entidades de Crédito), JUR (Junta Única de Resolución), LOSSEC (Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito), LPAC (Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), LRJSP (Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), LRREC (Ley 11/2015, de 18 de junio, de Recuperación y Resolución de Entidades de Crédito y Empresas de Servicios de Inversión), MUR (Mecanismo Único de Resolución), MUS (Mecanismo Único de Supervisión), RAP (Revista de Administración Pública), RDBB (Revista de Derecho Bancario y Bursátil), Roj (Repertorio oficial de jurisprudencia del Centro de Documentación Judicial), TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

ocasión de la nueva regulación bancaria (2) elaborada en los años 2012-2015, a raíz de la última gran crisis financiera.

Esta necesaria contextualización de lo sancionador dentro de la regulación sectorial correspondiente no es algo en modo alguno excepcional del ámbito financiero, pues cabe afirmar en términos generales que el Derecho Administrativo Sancionador está vinculado muy estrechamente con las características específicas de cada sector del ordenamiento administrativo, lo que explica que se configure en cada materia con notorias diferencias que atañen a diversos aspectos: formas de tipificación y clasificación de las infracciones, medidas sancionadoras previstas, criterios de proporcionalidad para la determinación de la concreta sanción aplicable, peculiaridades del procedimiento sancionador, etc. (3). Así sucede también en el sector de las Entidades de Crédito, cuyo régimen sancionador se acomoda a las características propias de la regulación y supervisión bancarias.

Dando un paso más, es preciso subrayar en segundo lugar que el Derecho Sancionador bancario constituye la herramienta de cierre del sistema de regulación y supervisión vigente en el sector de las EC: pretende garantizar el efectivo cumplimiento de la densa regulación bancaria por parte de las entidades supervisadas y el buen funcionamiento de la actividad supervisora, ofreciendo para ello un apoyo de alcance meramente instrumental, pero indudablemente necesario. Su potente efecto amenazante le hace operar como *ultima ratio* del cumplimiento normativo; más exactamente, como «penúltima

(2) Utilizo obviamente el adjetivo *bancario* (supervisión bancaria, legislación bancaria, régimen sancionador bancario) y el sustantivo *banca* en una acepción amplia, comprensiva no solo de los bancos en sentido estricto sino del conjunto de las Entidades de Crédito, que es el concepto que define el ámbito de aplicación tanto de la legislación europea sobre la materia como de la española (así sucede con la LOSSEC; por su parte la LRREC se aplica no solo a las EC sino también a las Empresas de Servicios de Inversión). Dejamos fuera en cambio las demás entidades supervisadas por el BdE (Establecimientos Financieros de Crédito, Entidades de Pago, Sociedades de Garantía Recíproca, Entidades de Dinero Electrónico, Sociedades de Tasación, etc.) si bien buena parte de lo que se dirá resulta aplicable también a ellas.

Debe notarse en todo caso que, de manera paradójica, lo que identifica y define a las Entidades de Crédito no es la actividad de otorgamiento de crédito —que puede efectuarse por otras entidades, ya sea como actividad habitual (los denominados Establecimientos Financieros de Crédito, que son entidades de crédito al consumo) o de forma esporádica por cualquier persona física o jurídica— sino la captación de dinero del público en forma de depósitos reembolsables; actividad ésta que sí está reservada en exclusiva a las EC. Sería por ello más apropiado denominarlas «Entidades de Depósito», utilizando una vieja terminología que ha quedado en desuso pero que todavía emplea el BdE en algunas de sus informaciones y documentos.

(3) De este modo, puede decirse que el Derecho Administrativo Sancionador tiene con carácter general una fuerte impronta sectorial, sin perjuicio de su inserción en un marco de reglas y principios comunes, que integran lo que puede denominarse «Parte General» del Derecho Administrativo Sancionador, contenida hoy entre nosotros en la LRJSP (aspectos sustantivos) y en la LPAC (aspectos procedimentales).

razón», si tenemos en cuenta que la última viene dada por los tipos delictivos plasmados en el Código Penal.

Así las cosas, resulta muy conveniente, incluso necesario, antes de exponer las peculiaridades del régimen sancionador de las EC (a la que dedicaremos el apartado IV), identificar y calibrar las características más significativas del sistema supervisor bancario, que tiene sin duda un perfil propio, con numerosos elementos diferenciales respecto de otros muchos sectores que están sujetos también a formas de inspección o supervisión por las Administraciones Públicas (apartados II y III). Y completaremos la exposición con algunas reflexiones finales de alcance general (V). Todo ello con el objetivo principal de reflejar el estado de la cuestión de una materia amplia y compleja tras la profunda reforma legislativa a la que fue sometida y tras la notable maduración doctrinal producida en torno a la misma.

II. COORDENADAS GENERALES QUE EXPLICAN LAS SINGULARIDADES DEL SISTEMA SUPERVISOR BANCARIO

Las aludidas singularidades del sistema de supervisión bancaria derivan de las características propias del sector, que han marcado su evolución hasta configurar el completo sistema de regulación y supervisión hoy existente.

En particular, destacaría cuatro claves o características generales que presiden el sector bancario, las cuales permiten explicar y contextualizar las singularidades que presenta su sistema supervisor, tal como lo conocemos en la actualidad.

1) La *antigüedad o veteranía de la banca* —en el sentido amplio que venimos utilizando de esta expresión, comprensiva de las diversas EC—, y de la problemática en torno a ella, frente a otros muchos sectores objeto de regulación e intervención administrativa, incluso en el ámbito económico y financiero, que no tienen tanto recorrido histórico.

Disponemos ciertamente de un enorme caudal de experiencias en la materia, y en concreto, venimos de una *larga historia de situaciones críticas* que debieron ser afrontadas en su momento por las autoridades financieras, muchas veces con instrumentos insuficientes para ello, y casi siempre con efectos indeseables materializados en pérdidas para personas de buena fe e impactos sobre el conjunto del sistema financiero y la confianza en el mismo (4).

(4) Al respecto resulta ilustrativa la exposición histórica y el análisis global de las crisis bancarias que se contiene en el libro de C. M. REINHART y K. S. ROGOFF, *Esta vez es diferente. Ocho siglos de necesidad financiera*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2011, en el cual se lleva a cabo una sugerente teorización general sobre las crisis bancarias a la vista del análisis de muchas de ellas (pp. 167 y ss.) y se incluye un impresionante cuadro resumen de

Experiencias de las cuales se han derivado no pocos aprendizajes que han tendido a incorporarse a la legislación positiva para evitar su repetición (5).

En definitiva, la regulación y supervisión de las EC vienen de muy atrás porque la banca tiene una larga historia a sus espaldas; y en particular vienen de muy atrás las cautelas para evitar las crisis bancarias y dotar a las autoridades de más y mejores herramientas para abordarlas. Estamos por tanto ante un sector veterano que ha propiciado una regulación madura y un sistema de supervisión también maduro, los cuales han servido y sirven como referente para otros sectores económicos en los que se generan también riesgos relevantes y resulta necesario proteger la confianza como elemento fundamental (6).

2) Muy vinculado con esta larga historia de crisis a las que se ha hecho referencia, se encuentra el *intervencionismo público intensísimo* al que queda sometido el sector, con independencia de matices diferenciales entre etapas históricas y entre países (7).

las crisis bancarias acaecidas entre 1800 y 2008 en diversos países del mundo (pp. 369-421). También resulta de interés J. PÉREZ RAMÍREZ, *Vidas paralelas. La banca y el riesgo a través de la historia*, Marcial Pons Historia, Madrid, 2011, y, en relación con España, el estudio de C. SUDRIÀ (2014: 473 y ss.)

Por su parte, Antonio JIMÉNEZ-BLANCO (2013a: 13 y ss.) ha subrayado el carácter inevitablemente inestable y «espasmódico» que es propio del negocio bancario como consecuencia de la fuerza que tienen los componentes emocionales y los movimientos colectivos en «rebaño» en el ámbito financiero. Movimientos que se traducen en la sucesión de los momentos de euforia con los de pánico, ante lo cual, concluye JIMÉNEZ-BLANCO, no es factible encontrar soluciones perfectas que eviten las crisis, sino tan sólo los mejores paliativos posibles.

(5) Así lo advertía lúcidamente en 1989 T. R. FERNÁNDEZ, con ocasión de su estudio preliminar a los comentarios de nuestra Ley de Disciplina e Intervención de 1988, que fue aprobada como respuesta a la crisis bancaria de los años anteriores. Dentro de un epígrafe que titulaba «el ciclo crisis-ordenación» subrayaba que «el ordenamiento jurídico bancario ha ido progresando siempre a golpe de crisis» (1989: 10). A lo cual añadía lo siguiente:

«cuando éstas [las crisis] se han producido han cogido siempre a contrapié al ordenamiento preexistente, en el que nunca han podido encontrarse las respuestas y soluciones precisas. Eso ha obligado cada vez a “inventar” apresuradamente fórmulas de emergencia que, no obstante su origen, a la salida de la crisis que las dio vida, han sido objeto de un proceso de asimilación e incorporación a una nueva normativa general, que se ha mantenido como tal hasta que otra conmoción ha terminado por desplazarla, generando un nuevo ciclo de corte semejante».

(6) Para nuestro país, una síntesis histórica sobre EC y regulación bancaria puede encontrarse en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (1991: 44-90). También G. PÉREZ DE ARMIÑÁN (1983: 15 y ss.) Para el sector concreto de las Cajas de Ahorro, una minuciosa exposición sobre su evolución histórica se contiene en la monografía de J. M. GONZÁLEZ MORENO (1983: 27-136).

(7) Puede decirse que los países anglosajones —en particular, Reino Unido y Estados Unidos— tienden a reconocer un mayor espacio de libertad económica y financiera y a asumir una cultura o mentalidad más propicia a la creación de riesgos, frente a lo que sucede en el ámbito europeo continental. Pero es indudable que está generalizada internacionalmente la tendencia a una regulación bancaria exhaustiva y a una supervisión muy estricta en el sector.

No cabe duda en efecto de que, dentro de una escala clasificatoria de los sectores económicos en función del grado de su regulación y supervisión, el sector bancario se sitúa en el extremo de máxima intervención que puede darse, incluso dentro de los que cabe calificar como «sectores regulados». De modo que la libertad de empresa tiende a operar en el sector bancario dentro de espacios muy acotados y vigilados, mucho más reducidos que los propios de otros sectores económicos, siendo muy numerosas las decisiones empresariales de las EC que están sujetas a limitaciones normativas y al control de los supervisores.

Para fundamentar y justificar estas severas restricciones a la libertad de empresa se utilizaron en otro tiempo diversos asideros conceptuales; entre ellos, la calificación de la actividad de depósito y crédito como *servicio público*, la configuración de las relaciones entre supervisor y supervisados como *relación especial de sujeción*, o la consideración del ordenamiento crediticio o bancario como un *ordenamiento sectorial* configurado en torno a la banca y dotado de especificidad; conceptos cuya aplicación al sector de las entidades de crédito no puede decirse que esté actualmente en boga, sino que ha quedado atrás (8). En la actualidad, el acusado intervencionismo al que está sujeta la banca se fundamenta y justifica simplemente en base a la envergadura y alta sensibilidad de los intereses generales involucrados en el sector (9).

En concreto, debe subrayarse que la *protección del depósito bancario* —como fórmula de ahorro sencilla y segura que resulta accesible a todos— ha venido estando presente tradicionalmente, de manera explícita o implícita, en el centro de la regulación bancaria, pues no en vano es el depósito de dinero, y no el crédito, lo que caracteriza a las EC como actividad reservada a las mismas, pese a lo que puede deducirse de su denominación. Una protección de los depositantes que resulta imprescindible para mantener un elemento nuclear, y a la vez frágil, del funcionamiento de la banca que no es otro que la *confianza* de quien deposita sus ahorros en el sector financiero; confianza cuya pérdida puede tener efectos contagiosos y, por tanto, devastadores, resultando difícilmente recuperable.

Pero hay otros objetivos adicionales que se han ido agregando: además de la continuidad de la importante *función económica* que realiza la banca al proporcionar crédito y otros servicios financieros a familias, empresas e instituciones, tras la gran crisis de 2008-2013 ha emergido con fuerza también la *protección del erario público* como objetivo a conseguir mediante diversos

(8) Para mayores indicaciones sobre la aplicación de estos conceptos al ámbito bancario remito al lector interesado a J. M. PEMÁN GAVÍN (2022: 26 y ss.).

(9) Así se deduce de la lectura de la Exposición de Motivos de la propia LOSSEC, que despacha el asunto con un par de párrafos explicativos de una «profundidad interventora» mayor que la existente en los demás sectores económicos (apartado I).

mecanismos que convierten en muy remota la hipótesis de aportación de fondos públicos para la recapitalización o rescate de la banca en situaciones de crisis. Y ello dentro de un renovado y reforzado concepto de *estabilidad financiera* que actúa en el momento presente como «envolvente» o referente general de toda la regulación bancaria y de la actuación de los supervisores (10).

3) La regulación y supervisión bancarias han experimentado un notable proceso de *internacionalización* o globalización generador de unas pautas comunes a nivel mundial que operan como elementos de convergencia en los sistemas regulatorios y supervisores de los diversos Estados. De modo que el sector bancario constituye un ámbito adelantado o de «vanguardia» dentro de la tendencia general a la convergencia mundial de las regulaciones, y en particular, las referidas al ámbito económico (11).

Mención específica merece en este terreno la existencia del ya veterano Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, cuya creación se produjo en 1974 —de modo que cuenta ya con una andadura que alcanza casi el medio siglo (12)—, y cuya relevancia se reforzó a raíz de la creación en 2009 del Consejo de Estabilidad Financiera en el marco del G-20. La modestia formal de la configuración institucional que tiene el Comité de Basilea y de los instrumentos a través de los cuales opera —que son indudablemente «blandos»

(10) Sobre los fines a los que sirve la regulación bancaria, véase el importante estudio monográfico de Jorge GARCÍA-ANDRADE (2013: 15 y ss.), en el que se aborda la regulación bancaria como parte del Derecho público de riesgos y se enfatiza el papel del *principio de precaución*, que se construye en el sector en torno a la prudencia bancaria. GARCÍA-ANDRADE observa certeramente (2013: 18) que el fundamento de la intervención pública en el sector bancario difiere del propio de otros sectores regulados, como son la energía o las telecomunicaciones, lo que explica que la regulación bancaria sea más «extensa, profunda y limitativa de la libertad de empresa» que en tales sectores y determina también, por otra parte, que no presente diferencias esenciales en los ordenamientos comparados. Véase también el estudio de M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ (2014: 113 y ss.), en el que se reflexiona sobre el «creciente intervencionismo público» que caracteriza la regulación bancaria.

(11) Véase sobre ello las pioneras reflexiones de C. PADRÓS REIG (1998: 431 y ss.) y de M. M. DARNACUILLETA GARDELLA y M^o A. SALVADOR ARMENDÁRIZ (2010). Con posterioridad, esta tendencia se ha intensificado, impulsada en particular por la respuesta a la gran crisis financiera que se desencadenó a partir de 2008.

(12) Es un foro o plataforma de colaboración entre supervisores bancarios, creado por un grupo de presidentes de bancos centrales nacionales y autoridades de supervisión con el soporte del Banco de Pagos Internacionales (BIS, *Bank of International Settlements*). El Banco de España se incorporó al Comité en 2001, siendo actualmente su Presidente el Gobernador del Banco de España, P. Hernández de Cos. El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea sirvió de referente para otros foros de características similares que se crearon en otros ámbitos del sistema financiero: la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO: *International Organization of Securities Commissions*) creada en 1983 con sede en Madrid y la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS: *International Association of Insurance Supervisors*) creada en 1990 con sede también en Basilea.

o de *soft law* (documentos técnicos sin carácter formalmente vinculante que enuncian meras recomendaciones)— no debe esconder su protagonismo fáctico, en la medida en que el papel que ha venido desempeñando en la unificación de las reglas sobre supervisión bancaria ha sido en efecto muy grande (13).

4) Adicionalmente, es preciso también subrayar el notorio proceso de *unificación a escala europea* que se ha producido en el terreno de la regulación y supervisión bancarias, sin duda mayor que en los restantes sectores económicos, incluyendo otros ámbitos del sistema financiero (mercados de valores, seguros, fondos de pensiones, etc.).

Esta unificación dio un salto de gran envergadura —no solo cuantitativo sino también cualitativo— con ocasión de la respuesta europea a la crisis financiera y de deuda soberana acaecida entre 2008 y 2013, que se proyectó sobre dos ámbitos o niveles diferentes:

a) el incremento sustancial de los contenidos de la regulación bancaria europea aplicable al conjunto de los Estados miembros, mediante la aprobación de un amplio conjunto de disposiciones —entre las que destacan la Directiva 2013/36 (14) y el Reglamento 575/2013, ambos de fecha 26 de junio de 2013 (15)— que integran lo que de manera un tanto imprecisa e impropia se ha venido denominando «código normativo único» en materia bancaria;

y b) en el ámbito de la Eurozona, el establecimiento de un Mecanismo Único de Supervisión, que pivota en torno a una nueva organización supervisoría integrada en el BCE, y de un Mecanismo Único de Resolución, que

(13) Su labor ha generado una doctrina común en la materia, y una terminología también compartida, cuya implantación se ha ido afianzando y extendiendo progresivamente. Como referente de carácter transversal cabe subrayar el documento *Principios básicos para una supervisión bancaria eficaz*, cuya primera versión data de 1997 y que fue revisado en 2012. Su principio 19 se refiere por cierto a las «potestades correctivas y sancionadoras del supervisor», estableciendo al respecto, entre otros criterios, que el supervisor debe tener la facultad de imponer sanciones no solo al banco sino también, siempre que sea necesario, a su directivos y miembros del Consejo de Administración. Por supuesto, hay que reconocer también la relevancia de los estándares de regulación prudencial (solventía y liquidez) plasmados en los denominados «Acuerdos de Basilea», cuya primera versión data de 1988 (Basilea I), objeto de sucesivas revisiones posteriores que han ido ampliando su alcance.

Por lo que se refiere al Consejo de Estabilidad Financiera, entre los muchos documentos producidos por el mismo, resulta particularmente remarcable el relativo a los regímenes de resolución de las entidades financieras: *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, cuya primera versión es de octubre de 2011.

(14) Entre otros muchos aspectos novedosos, la Directiva 2013/36/UE incorporó por vez primera una regulación sobre las sanciones administrativas a las EC que debieron incorporarse a las legislaciones nacionales (arts. 64 y ss.).

(15) Completando este primer paquete normativo, se aprobaron al año siguiente (2014) las Directivas sobre sistemas de garantía de depósitos (Directiva 2014/49/UE) y sobre reestructuración y resolución de EC (Directiva 2014/59/UE).

tiene como protagonista a un supervisor especializado de nueva creación, la denominada Junta Única de Resolución; Mecanismos que están operativos desde 2014 (16).

III. LAS CARACTERÍSTICAS QUE CONFIGURAN LA FUNCIÓN PÚBLICA DE SUPERVISIÓN BANCARIA EN EL MOMENTO PRESENTE

Sobre la base de las coordenadas generales que acabamos de apuntar, se ha ido construyendo una función pública de supervisión bancaria con unas características específicas que desbordan claramente el alcance de lo que era tradicionalmente la inspección de EC y que la singularizan dentro de las múltiples proyecciones que tiene la función de vigilancia que desarrollan las autoridades económicas (17). Entre tales rasgos o elementos característicos no podrían faltar los que se indican a continuación (18).

1. La supervisión bancaria es *completa o integral* en la medida en que atañe a todos los aspectos de la organización y actividad de las EC. Incluye, por supuesto, las cuestiones relacionados con la solvencia y liquidez de las entidades y la correcta contabilización de sus operaciones, cuestiones que tradicionalmente han constituido el núcleo de la supervisión bancaria y cuyas exigencias han ido expandiéndose. Pero el alcance de los temas objeto de supervisión se ha ido extendiendo progresivamente hasta cubrir todas las esferas de decisión y gestión que desarrollan las EC: la gestión de los riesgos en el sentido más amplio de la expresión (que incluye no solo el riesgo de crédito o de impago por los acreditados, sino muchas otras dimensiones del riesgo

(16) La base jurídica que proporciona el Tratado de Funcionamiento para la creación del MUS (art. 127.6) resulta poco consistente, pues no parece pensada para amparar un sistema de supervisión única de tanto alcance como el implantado en la Zona Euro en virtud del Reglamento N° 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013. Véase al respecto J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, (2013: 79 y ss.) y J. ESTEBAN RÍOS (2021a: 227 y ss.)

(17) Algunos de estos rasgos no son en rigor exclusivos del ámbito bancario, pues podemos encontrarlos también en otros sectores a los que la normativa bancaria ha servido de referencia, especialmente en otros ámbitos del sistema financiero entendido en sentido amplio (seguros y fondos de pensiones, empresas de servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva, etc.)

(18) No es propósito de este texto realizar una exposición en detalle sobre el marco normativo de la supervisión bancaria, sino tan solo resaltar algunos de sus rasgos más significativos.

Dentro de la amplia bibliografía existente, cabe destacar, para la supervisión bancaria en España con anterioridad al MUS, los trabajos de M. IZQUIERDO CARRASCO (2012) y (2013). También, los estudios de A. JIMÉNEZ-BLANCO (2013a) y C. CHINCHILLA MARÍN (2015: 17 y ss.)

Sobre la supervisión bancaria en el marco del MUS, destacan las completas monografías de J. ESTEBAN RÍOS (2020) (2021 a) y (2021 b). En estas tres obras podrá encontrar el lector interesado un tratamiento exhaustivo y actualizado de la materia.

en que necesariamente incurren y deben afrontar), la organización interna sana y prudente de las entidades, el gobierno corporativo y la idoneidad de administradores y directivos, los planes estratégicos o de negocio, la política de reparto de dividendos, la idoneidad de sus accionistas con participaciones significativas, los servicios de atención al cliente, la ciberseguridad, el sistema de remuneraciones de administradores y directivos, las participaciones empresariales en otras entidades, la protección de la clientela de los servicios bancarios (tengan o no la condición de consumidores) y un largo etcétera (19). En realidad no hay espacios exentos que queden al margen del ojo vigilante del supervisor y de la posibilidad de control por el mismo (20).

Por lo demás, debe notarse que junto al carácter marcadamente *microprudencial* que tenía la supervisión bancaria tradicional, centrada en el seguimiento de los riesgos asumidos individualmente por cada una de las entidades, se ha consolidado hoy una supervisión *macroprudencial*, que tiene como punto de mira los denominados «riesgos sistémicos» —esto es, los riesgos que afectan al conjunto del sistema financiero—, y se plasma en la adopción por el supervisor de medidas prudenciales de aplicación general (21).

2. La supervisión bancaria se ejerce de forma *continuada* y comporta un seguimiento *minucioso* o exhaustivo de todos los indicadores de las entidades

(19) Para comprobar la amplitud temática de la supervisión bancaria, basta con repasar el índice de la LOSSEC, en el que se reflejan las numerosas materias que abordan sus diferentes preceptos. Para una consideración analítica de los distintos ámbitos sobre los que incide la supervisión bancaria, véase J. ESTEBAN RÍOS (2020: 69-115).

(20) Una estricta novedad en el alcance de la supervisión bancaria se abrió paso con la nueva normativa sobre resolución de EC aprobada tras la gran crisis financiera, plasmada hoy en España en la LRREC de 2015 (con anterioridad, dicha normativa tuvo una primera versión en el año 2012, como exigencia impuesta por el Eurogrupo en el marco del Programa de asistencia para la recapitalización del sistema financiero español). Se trata de la supervisión que se construye sobre los conceptos de *planes resolución* y de *resolubilidad*, en torno a los cuales se ha consolidado un nuevo espacio de supervisión. Todas las entidades, con independencia de su fortaleza, deben contar con un plan de resolución actualizado, que no es otra cosa que un plan de contingencias para facilitar, en caso necesario, una liquidación de la entidad que minimice los impactos externos vinculados a tal liquidación, en caso de llegar a producirse. De este modo, la resolubilidad se ha convertido en una materia propia de la supervisión bancaria ordinaria que incide sobre todas las EC, cualquiera que sea su tamaño, solvencia y solidez; no solo una cuestión vinculada a las situaciones críticas que puedan producirse.

(21) Tales como la exigencia de «colchones» adicionales de capital de carácter anticíclico o de provisiones adicionales, también anticíclicas, o el establecimiento de limitaciones a los riesgos que se asumen en los créditos que se otorgan (por ejemplo, mediante la ratio *loan to value*, que fija el máximo de la cuantía de los préstamos que pueden concederse respecto al valor de la garantía real aportada en cada caso por el prestatario). Remito al lector interesado a la exposición que realizo al respecto en PEMÁN GAVÍN, (2020:158-167), así como al estudio monográfico sobre las herramientas macroprudenciales elaborado por J. M. RODRÍGUEZ PELLITERO y S. PERNÍAS-SOLERA (2020: 67 y ss.).

supervisadas con una «monitorización» permanente de las mismas por parte del supervisor. En modo alguno se limita, como antaño, a esporádicas visitas de inspección, sino que se plasma en un proceso permanente protagonizado por un concreto equipo de inspectores —que en las entidades de mayor tamaño están físicamente «empotrados» en las mismas—; equipo que actúa como interlocutor habitual u ordinario (22). En este contexto de proximidad —mediante una cercanía material o física, o bien por medios telemáticos— y de transparencia informativa absoluta para el supervisor, las entidades deben remitirle de forma recurrente un flujo de información muy detallada sobre todos los aspectos de su organización y actividad (23); flujo que puede todavía incrementarse mediante requerimientos adicionales por parte de aquél (24).

Al respecto resulta ilustrativo contrastar la supervisión bancaria con la inspección que ejercen la CNMC y demás autoridades de defensa de la competencia sobre los operadores económicos: disponen de potentísimos medios de inspección sobre las empresas —sobre todas ellas—, pero éstos se proyectan tan sólo sobre una dimensión concreta de la actividad de las mismas —la que atañe al correcto funcionamiento de la libre competencia en los mercados—, y operan con un carácter esporádico u ocasional, pues otra cosa sería inviable ante un colectivo tan amplio de sujetos sometidos a potenciales inspecciones (25). En cambio, la supervisión bancaria incide sobre un número limitado de entidades, a las que sujeta a una vigilancia integral, continuada y exhaustiva.

3. La supervisión bancaria se ha ido tiñendo cada vez más de una *impronta marcadamente preventiva*. De lo que se trata es de adelantarse a las situaciones problemáticas que pueden producirse, dado que, si éstas llegan

(22) Sobre el proceso supervisor véase lo que dispone en el art. 55 LOSSEC, del cual se desprende que existe un programa supervisor ordinario que si resulta necesario puede reforzarse en casos concretos a través de diversas medidas: aumento de las inspecciones *in situ* en determinadas entidades, presencia permanente en las mismas, exigencia de información adicional, exámenes temáticos sobre riesgos específicos, etc.

(23) Obviamente, este régimen de transparencia total respecto al supervisor se inserta en el marco de un riguroso régimen de reserva o secreto que se impone a los supervisores y su personal en relación con los datos que manejan. Véase sobre ello la detallada regulación que contiene el art. 82 LOSSEC.

(24) Se establece al respecto una obligación reforzada de que esta información sea completa y exacta y de que su remisión al supervisor se realice dentro de los plazos fijados (véanse los arts. 92. j y 93.I LOSSEC, en los que se tipifican infracciones muy graves y graves en caso de incumplimiento de estas exigencias).

(25) De modo que serán muchos los operadores económicos que no sean objeto de inspecciones por las autoridades de defensa de la competencia a lo largo de toda su existencia. El marco legal sobre la materia en España, intensamente condicionado por el Derecho de la UE, viene dado por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

a materializarse, serán en no pocos casos de difícil solución y producirán inevitablemente daños o impactos negativos de diversa índole, de lo cual hay amplia experiencia histórica (26).

Esta finalidad anticipatoria o preventiva resulta notoria en muy numerosas previsiones y exigencias establecidas en la legislación bancaria cuyo cumplimiento vigila el supervisor. Tales exigencias arrancan de los propios *mecanismos de control interno* con los que han de contar las entidades (órganos especializados en el control de riesgos, unidades de auditoría interna y cumplimiento normativo, funciones indelegables del Consejo de Administración y existencia de diversas Comisiones del Consejo que ejercen funciones de supervisión, etc.); mecanismos cuya existencia y funcionamiento efectivo en condiciones de independencia son objeto de un atento seguimiento por el supervisor bancario y que normalmente deberían garantizar una gestión prudente de los riesgos y evitar las situaciones críticas. Pero también son ilustrativas de esta dimensión preventiva de la supervisión bancaria la exigencia de *evaluación previa* de los administradores y directivos, así como de los accionistas significativos, las *pruebas de resistencia* como metodología habitual para medir la fortaleza de las entidades frente a hipotéticos escenarios adversos, e incluso muy adversos (por ejemplo, art. 55.5 LOSSEC) o los *planes de resolución* con los que deben contar las entidades para facilitar una ordenada resolución de las mismas en caso de ser necesaria. Y es de destacar asimismo que, para el caso de que se produzcan situaciones problemáticas, el supervisor bancario cuenta con un amplio abanico de opciones de respuesta en las que se incluyen las medidas de *actuación temprana* que persiguen evitar la aplicación de medidas más contundentes e irreversibles (arts. 8 a 11 LRREC) (27).

4. Es por otro lado un elemento muy característico de la supervisión bancaria, tal como se configura en el momento presente, el grandísimo alcance de la «caja de herramientas» que se pone en manos del supervisor, al que se entrega un repertorio de *potestades administrativas de gran variedad y amplitud*, muchas de ellas muy potentes o incisivas, que se han ido reforzando progresivamente.

(26) Dicha experiencia histórica ha permitido constatar que los problemas graves de liquidez o solvencia en las entidades, o la pérdida de confianza por parte de sus depositantes y acreedores, son difícilmente reversibles y que, para tales situaciones, la aplicación de sanciones o de facultades extraordinarias de intervención de entidades no solo llegan tarde para poner remedio a las mismas, sino que puede suceder incluso que agraven las situaciones críticas preexistentes.

(27) El propio instrumento de los Fondos de Garantía de Depósitos cumple no solo la función de compensar las posibles pérdidas que sufran los depositantes en el caso de que estas lleguen a materializarse, sino también otra muy importante de carácter preventivo, puesto que su mera existencia tiene un efecto tranquilizador, contribuyendo a evitar las eventuales situaciones de pánico que se traduzcan en retiradas masivas de depósitos por parte de los clientes minoristas.

Desde un punto de partida simple y no muy diferente del existente en otros sectores económicos (28), se ha evolucionado hasta llegar a la situación actual en la que, por un lado, se ha ampliado enormemente el radio de acción de las herramientas tradicionales (29), y, por otro, se han introducido potestades novedosas de grandísimo alcance (30). Entre estas últimas cabe destacar la atribución al supervisor de la capacidad para dictar *órdenes* concretas de obligado cumplimiento para las entidades supervisadas —en forma de *requerimientos* que imponen prohibiciones o bien obligaciones de hacer de carácter concreto (31)— y el amplio abanico de medidas de actuación de que disponen los supervisores para afrontar las situaciones críticas que puedan llegar a producirse a pesar de las barreras preventivas existentes. Entre las cuales se incluye la *potestad de resolución*, cuyo alcance es sin duda formidable en la medida en que implica la atribución a los supervisores de la capacidad de decidir

(28) El esquema de la intervención administrativa en materia de banca se articulaba tradicionalmente en torno a tres instrumentos básicos o elementales: la *autorización administrativa de funcionamiento* para la creación de nuevas entidades, la *inspección* de las mismas —en su limitada configuración tradicional—, y una *potestad sancionadora* frente a las irregularidades detectadas que era de muy esporádica aplicación y de reducido alcance en comparación con el que hoy tiene. A ello se añadía, para situaciones muy excepcionales, la medida extraordinaria de la *intervención* de entidades que implica la toma de control de las mismas por el supervisor.

(29) Así por ejemplo, ha sucedido que la comunicación obligatoria de datos al Banco de España, que tiene esferas muy consolidadas como es la ofrecida por la veterana Central de Información de Riesgos, se ha ampliado progresivamente para incluir múltiples aspectos de la organización y actividad de las EC, que deben ponerse en conocimiento del supervisor. Las autorizaciones, evaluaciones o comunicaciones previas se exigen no solo para la creación de nuevas entidades, sino para actuaciones concretas de muy diversas índole de las entidades existentes (adquisición de participaciones significativas en EC, nombramiento de administradores, modificaciones estatutarias, operaciones de fusión, escisión o cesión de activos, préstamos a personas vinculadas, etc.); la inspección ha ampliado su alcance respecto al que tenía en otras épocas; la potestad sancionadora ha dilatado enormemente su radio de acción y su alcance disuasorio, etc.

(30) Una exhaustiva consideración del amplísimo haz de facultades en que se traduce actualmente la supervisión bancaria puede encontrarse en J. ESTEBAN RÍOS (2020: 151-319). Por lo que se refiere en particular a las múltiples actuaciones de las entidades supervisadas que requieren autorización previa, véanse pp. 161 a 215.

(31) Resulta elocuente al respecto la simple lectura del art. 68.2 LOSSEC en el que, dentro de las «medidas de supervisión prudencial», se faculta al BdE a adoptar «las medidas que considere más oportunas» dentro de un amplio abanico de posibilidades: exigencias adicionales de recursos propios (adicionales respecto a las que derivan de la aplicación de la normativa en vigor), refuerzo del sistema de gobierno corporativo, dotaciones adicionales de provisiones, reducción o abandono de actividades que generen riesgos excesivos, limitaciones a la remuneración variable a percibir por los empleados, restricción o prohibición del reparto de dividendos, o elevación de las exigencias de disposición de activos líquidos para poder hacer frente a las eventuales salidas de fondos. En el caso de incumplimiento de los requerimientos que impongan alguna de las medidas aludidas, entra en juego lo previsto en el art. 91. i LOSSEC: constituye infracción muy grave «negarse o resistirse a la actuación del Banco de España en el ejercicio de la función supervisora, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto».

que una determinada entidad es inviable y, en base a ello, proceder a una liquidación *sui generis* de la misma, de manera ordenada pero fulminante (32).

Esta completa y potente batería de poderes impregna por supuesto al conjunto de las relaciones entre supervisor y supervisado en todo momento, con independencia de que las herramientas más coercitivas no se utilicen habitualmente. De modo que no es necesario que tales herramientas entren en juego para que la capacidad de influencia o persuasión de los supervisores sea muy grande: aunque se hable de la existencia de un «diálogo supervisor» en el contexto de un clima de colaboración que puede tener cierta dosis de existencia real, resulta obvio el carácter asimétrico que tiene el aludido diálogo y la existencia de una amenaza, al menos implícita, de transitar hacia escenarios menos dialogantes y más coercitivos. No hará falta por tanto habitualmente que la posición del supervisor se plasme en requerimientos formales para que sus «recomendaciones», incluyendo las emitidas verbalmente (33), sean tenidas muy en cuenta por las entidades supervisadas (34).

(32) En relación con el concepto de resolución bancaria y el procedimiento establecido al efecto es ilustrativo y pedagógico el documento de síntesis elaborado por el FROB, *El abc de la resolución bancaria*, accesible en su sitio web. Para un tratamiento doctrinal exhaustivo de la materia véase A. RUIZ OJEDA y J. M^o LÓPEZ JIMÉNEZ (dirs.), *Estudios sobre resolución bancaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

(33) Pueden también llegar a resultar relevantes las manifestaciones de lenguaje no verbal emitidas por los responsables de la supervisión; según la expresión al uso, los mensajes que se alojan en los movimientos de «la ceja del Gobernador» (A. JIMÉNEZ-BLANCO, 2013 b: 59).

(34) Lo expresaba sin ambages Fernando Restoy en un discurso pronunciado el 5 de marzo de 2015 con ocasión de la presentación de un libro (*La regulación financiera: ¿solución o problema?*), cuando ostentaba el cargo de Subgobernador del Banco de España. En tal discurso subrayaba lo siguiente:

«el supervisor debe tener la capacidad real de influir sobre las decisiones de los gestores de las entidades a través de la persuasión moral y de formular recomendaciones, legalmente no vinculantes, con la seguridad de que su seguimiento va a ser en la práctica muy generalizado».

A lo cual añadía un poco más adelante la siguiente aseveración:

«la eficacia del marco supervisor [...] requiere no sólo de la disponibilidad por ley de un conjunto amplio de instrumentos a través de los que se pueda imponer requisitos o restricciones a las entidades, sino también, entre otros elementos, de la capacidad de influir de facto sobre decisiones y políticas de gestión a través de actuaciones formalmente no vinculantes».

Es obvio que el adverbio *formalmente* que F. Restoy anteponía a la calificación de estas actuaciones como «no vinculantes» pretende significar que materialmente sí lo son. Y que se defiende el ejercicio de facultades directivas por parte de los supervisores respecto a las entidades con un carácter habitual u ordinario, esto es, sin necesidad de activar los poderes extraordinarios de intervención. Por cierto, que el entonces Subgobernador del BdE identificaba un elemento diferencial en este punto entre las facultades que ejerce el BdE y las atribuidas al BCE y demás supervisores nacionales de los Estados participantes en el MUS, al sostener que éstos recurren menos que el BdE a la emisión de «recomendaciones o directrices informales».

5. Por lo que se refiere al ejercicio de los *poderes normativos*, es obvio que son los órganos e instituciones con potestad legislativa —en el ámbito de la UE y en los Estados miembros— los que ejercen, formalmente al menos, el papel protagonista en la regulación bancaria. Pero no puede desconocerse la importancia práctica de las funciones normativas, y de colaboración con la función normativa, que ejercen los supervisores, de manera que éste es también un aspecto inherente a la supervisión bancaria tal cómo esta se configura en nuestros días.

Baste con mencionar al respecto la capacidad normativa que tiene el BCE conforme al art. 132.1 TFUE —que le habilita para dictar Reglamentos sobre diversas materias— (35), así como la exigencia de que sea consultado sobre los proyectos normativas que afecten a sus competencias (arts. 127.4, 129. 3 y 4, 133 y 134.3 TFUE). También, la función que se encomienda a la ABE de elaborar textos normativos que operan como propuestas para su aprobación por la Comisión Europea como Normas Técnicas de Regulación y Normas Técnicas de Ejecución, la habilitación al BdE para aprobar Circulares normativas dirigidas a las EC (36), o la gran importancia que tienen los instrumentos de *soft law* elaborados por los supervisores, entre los cuales destacan los documentos que produce el Comité de Basilea —que no es sino un foro de cooperación entre supervisores—, o las «guías técnicas» sobre buenas prácticas en materias concretas que existen tanto en el ámbito europeo como en el nacional (37). Y ello al margen del influjo que los supervisores tienen sobre las nuevas disposiciones que se elaboran a través de recomendaciones dirigidas al legislador; recomendaciones que en ocasiones se emiten de manera explícita y pública y en otras por cauces informales y discretos.

Hay por tanto una faceta reguladora integrada en la función de supervisión bancaria, tal como esta se concibe en nuestros días; de modo que no es posible una separación nítida entre las funciones de supervisión y las de regulación bancaria.

6. Muy relacionado con lo expuesto —especialmente, en el punto 4— se encuentra el amplio margen de apreciación o *discrecionalidad administrativa* que se otorga al supervisor en la toma de decisiones relativas a no pocas de las potestades aludidas.

(35) Nótese que el Reglamento Marco del MUS (Reglamento (UE) n° 468/2014 del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014) es una disposición aprobada por el BCE, sobre la base de la habilitación contenida en el 6.7 del Reglamento (UE) n° 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, por el que se encomienda al BCE tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito.

(36) Art. 3 de la Ley de Autonomía del Banco de España (Ley 13/1994, de 1 de junio) y arts. 7 y 8 del Reglamento Interno del Banco de España aprobado por Resolución de su Consejo de Gobierno de 28 de marzo de 2000.

(37) Por lo que se refiere al BdE, véase lo que se dispone al respecto por el art. 54 LOSSEC.

Es el caso de los *requerimientos* del supervisor que imponen a las entidades supervisadas la obligación de adoptar determinadas medidas (ya sean mandatos de hacer o prohibiciones); también, del extensísimo abanico de opciones de que dispone a la hora de ejercer su *potestad sancionadora*, a la que nos referimos en el siguiente apartado; y asimismo cabe mencionar la gran elasticidad de los conceptos que definen las situaciones fácticas que justifican el empleo de potestades de tanto alcance como la *intervención* de entidades (38) o la *resolución* de las mismas. En este último caso, resulta particularmente llamativa la indeterminación que tiene el concepto de *inviabilidad* de una entidad, cuya declaración por el supervisor desencadena la aplicación de los procedimientos de resolución, esto es, de liquidación-exprés de la misma (39). Indeterminación a la que se suman los otros dos presupuestos de la resolución: la inexistencia de «perspectivas razonables» de que otras medidas menos contundentes (entre ellas, las procedentes del sector privado o la actuación temprana) puedan impedir la inviabilidad de la entidad en un «plazo de tiempo razonable» (art. 19.1.b LRREC), y la concurrencia de «razones de interés público» que hagan necesaria o conveniente la resolución (art. 19.1.c LRREC).

Subsisten por supuesto, como no podía ser de otra manera, numerosos aspectos de la función supervisora que tiene un marcado carácter reglado — caso, por ejemplo, del otorgamiento de autorizaciones para la creación de nuevos bancos— pero la tendencia al reconocimiento de amplios espacios de discrecionalidad al supervisor resulta ostensible.

Como consecuencia de todo ello —potentísimo haz de facultades a disposición del supervisor y amplios espacios de discrecionalidad— puede decirse que, de hecho, la capacidad de decisión de las EC (y, por tanto, su libertad

(38) Procede acordar la intervención de una entidad de crédito, entre otras situaciones, cuando existan «indicios fundados» de que la entidad se encuentra en una situación «de excepcional gravedad y que pueda poner en peligro su estabilidad, liquidez o solvencia» (art. 71.1.b. LOSSEC).

(39) En los términos en los que está formulada legalmente, la determinación de la viabilidad/inviabilidad de una entidad implica un juicio anticipatorio sobre el previsible devenir de la misma en el futuro que, obviamente, no podrá llegar a contrastarse con la realidad de las cosas si se produce la resolución. En efecto, sucede que, como presupuesto necesario para la resolución de una entidad, se incluye la constatación de que la entidad «es inviable, o es razonablemente previsible que vaya a serlo en un futuro próximo» (art. 19.1.a LRREC). Por otro lado, la declaración de inviabilidad se produce, entre otros supuestos, si la entidad incumple de manera significativa las exigencias de solvencia o cualquiera otra necesaria para mantener la autorización para operar, o si es «razonablemente previsible» que lo va a hacer en un futuro próximo (art. 20.1.a LRREC). Asimismo, se considera fundamento de la declaración de inviabilidad, la consideración de que resulta «razonablemente previsible» que «en un futuro próximo» los pasivos exigibles van a ser superiores a los activos (por tanto, es previsible una futura situación de patrimonio neto negativo) o que la entidad no va a poder cumplir puntualmente sus obligaciones de pago (art. 20.1. b y c LRREC).

de empresa) se encuentra muy restringida en todos los temas con relevancia prudencial, especialmente en los escenarios críticos o de debilidad que puedan producirse, tanto los de carácter generalizado como los que afectan a concretas entidades (40).

7. Un aspecto también resaltable, aunque menos específico o singular de la supervisión bancaria, viene dado por la consolidación de diversas formas de *colaboración externa de carácter privado*, mediante el encargo a entidades consultoras de tareas vinculadas con el ejercicio de la función supervisora, en ocasiones, de gran relevancia.

En este sentido debe subrayarse que, al margen de la colaboración que corresponde a los auditores de cuentas (41) y a los consultores que actúan como expertos independientes en la emisión de informes que validan aspectos concretos de las entidades supervisadas, se ha consolidado en la práctica la externalización de ciertas tareas vinculadas con la función supervisora, de modo que los supervisores las encargan a entidades consultoras especializadas a través del correspondiente contrato de prestación de servicios. Esto es, en ocasiones,

(40) Así las cosas, no pueden sorprender visiones como la que expone M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ (2014: 143) cuando, razonando sobre nueva regulación bancaria subsiguiente a la crisis, se expresa en los siguientes términos:

«de *facto* la entidad de crédito está, en gran parte, en manos del supervisor. Sus posibilidades para oponerse a un criterio o interpretación en la aplicación de una norma son escasas. Y llegado el caso la probabilidad de éxito a la hora de convencer al juez contencioso-administrativo, pequeña. Además, los largos tiempos de la justicia corren en su contra, pues el negocio bancario si de algo huye es de la incertidumbre. El resultado de esta reacción reformadora de re-regulación deja en el aire una cierta impresión de dirigismo económico».

En la misma línea se mueven las apreciaciones de L. M. LINDE PANIAGUA (2015: 175 y ss), en un trabajo en el que alcanzaba la siguiente conclusión:

«Las entidades financieras de la Unión han mutado su naturaleza como consecuencia de la sumisión de las mismas a las autoridades de supervisión, dotadas de un complejo sistema de competencias, hasta el punto de que se puede decir que son entidades tuteladas por las autoridades de supervisión, que soportan grandes limitaciones en lo relativo a la autonomía de la voluntad que caracteriza a las entidades privadas en el contexto de la Unión Europea».

(41) Cuestión muy relevante, dado que la información que tienen los auditores de las empresas auditadas es particularmente exhaustiva. A estos efectos, debe tenerse en cuenta la obligación que tienen los auditores de cuentas de las «entidades de interés público» (entre las cuales se encuentran las EC) de poner en conocimiento del supervisor determinadas situaciones de las entidades auditadas, entre ellas la comisión por las mismas de infracciones graves, quedando liberadas a estos efectos de la estricta obligación de confidencialidad a la que están sujetos con carácter general. Véase al respecto lo dispuesto en el art. 63 de la Directiva 2013/36, así como, con una proyección más general, en el art. 12.1 del Reglamento (UE) n° 537/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014, sobre auditoría de cuentas de las entidades de interés público. También, el art. 38 de Ley de Auditoría de Cuentas (Ley 22/2015, de 20 de julio), que remite al 12.1 del Reglamento europeo citado.

tales entidades reciben el encargo de realizar actividades o emitir determinados informes como apoyo o colaboración con el supervisor bancario (42).

8. El marco institucional de la supervisión bancaria, tal como ha quedado configurado en la UE se ha hecho marcadamente *complejo y multipolar* o «policéfálico», especialmente a raíz del nuevo marco institucional implantado en 2014. Sin que podamos realizar aquí una exposición detallada de este marco institucional —exposición que resultaría en sí misma inevitablemente compleja y extensa—, procede simplemente enunciar las opciones básicas que han conducido a esa complejidad.

a) En primer lugar está por supuesto la complejidad derivada del propio MUS, con su *opción por repartir las competencias supervisoras entre el BCE* (dotado de una estructura organizativa de nuevo cuño para ejercer las funciones de supervisión bancaria) y *las autoridades nacionales de supervisión* (en nuestro caso, el BdE), que mantienen no pocas atribuciones y que interactúan con el BCE de diversas maneras, entre otras, a través de los denominados «Equipos Conjuntos de Supervisión» (*Joint Supervisory Teams*) en los que se integran empleados pertenecientes al supervisor europeo y al supervisor del Estado concernido (43).

b) Asimismo, resulta relevante, como elemento añadido de complejidad, la *separación que se ha producido entre la gestión de las situaciones críticas que pueden producirse (resolución ejecutiva) y las funciones supervisoras de carácter ordinario*; separación que se traduce en la atribución de las primeras a autoridades supervisoras *ad hoc* de nueva creación: la JUR y las autoridades nacionales competentes en materia de resolución (en nuestro caso, el FROB) (44), que actúan en el marco del denominado «Mecanismo Único de Resolución».

c) Adicionalmente, no puede pasarse por alto la existencia de la *Autoridad Bancaria Europea*, creada con anterioridad al MUS —y por tanto preexistente respecto a la atribución de funciones supervisoras al BCE—, para desarrollar

(42) Baste recordar aquí el protagonismo que tuvieron diversas empresas de consultoría y auditoría (Roland Berger, Oliver Wyman, Deloitte, PwC, Ernst & Young y KPMG) en la evaluación independiente del sector bancario español llevada a cabo en el año 2012, en un contexto de aguda crisis financiera. O más recientemente, los informes de valoración del Banco Popular solicitados a Deloitte en el marco del proceso de resolución de dicho Banco (2017), informes de grandísima trascendencia en dicho proceso. Véanse algunas reflexiones críticas sobre el tema en M. IZQUIERDO-CARRASCO (2013b: 211 y ss.).

(43) Para un análisis en profundidad de la compleja vertebración del MUS, tanto desde una perspectiva orgánica como funcional, véase J. ESTEBAN RÍOS, (2021 a: especialmente, 303 y ss.). También M. L. LARA ORTIZ (2018: 57 y ss.).

(44) Esta separación institucional que se ha producido en las autoridades supervisoras se plasma también en el plano legislativo. En el ámbito de la UE, hay una Directiva *ad hoc* sobre resolución bancaria (la Directiva 2014/59/UE) y en la legislación española la materia se aborda por la LRREC, al margen de la Ley bancaria general que es la LOSSEC.

funciones coordinadoras de la supervisión bancaria en el conjunto de la UE y de promoción de la armonización regulatoria en la misma (45); existencia que inevitablemente crea un terreno abonado para que surjan solapamientos o duplicidades y conflictos entre autoridades (46).

d) Por último, debe tenerse en cuenta que no pocos aspectos de la actividad que desarrollan habitualmente las entidades de crédito están sujetos al control supervisor de autoridades distintas de las mencionadas, como la CNMV, la Dirección General de Seguros o la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales, lo que puede dar lugar también a duplicidades o situaciones de descoordinación, así como a la generación de conflictos (47). No puede sorprender por ello que se vayan propugnando modelos institucionales de supervisión distintos al vigente actualmente en España que reduzcan esta fragmentación (48).

(45) La ABE se creó en virtud del Reglamento (UE) n. 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, a la vez que se creaban, mediante sendos Reglamentos aprobados en la misma fecha, la Autoridad Europea de Valores y Mercados, la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, así como la Junta Europea de Riesgo Sistémico. Véase sobre ello, F. MINGUEZ HERNÁNDEZ (2015: 125 y ss.).

(46) Véase en este sentido J. ESTEBAN RÍOS, (2021 a: 465 y ss.). También M. L. LARA ORTIZ expone sus objeciones respecto a la «excesiva fragmentación de competencias» y «la complejidad de su atribución a diferente autoridades» (2018: 88).

(47) Así, cabe indicar que, en la medida en que las EC prestan, directamente o a través de entidades filiales, servicios diferentes de la intermediación bancaria típica (captación de depósitos y otorgamiento de préstamos) como son los servicios de inversión, la gestión de instituciones de inversión colectiva y fondos de pensiones, o los servicios en el ámbito de los seguros, están sujetas obviamente a la normativa reguladora de tales actividades y a la vigilancia ejercida por los correspondientes supervisores especializados (en el caso de España, la CNMV y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones). Por otro lado, la CNMV ejerce funciones de vigilancia en relación con la información financiera pública que difunden las sociedades cotizadas —entre ellas, los bancos cotizados— y se ocupa también de cuestiones relativas al gobierno corporativo de las mismas. Además, las EC están sujetas también de manera muy intensa a la legislación sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, en razón de la propia índole de sus actividades, y a la vigilancia que compete al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales (SEPBLAC). A lo cual se añade la vigilancia que ejerce sobre ellas las autoridades de consumo (principalmente, las Administraciones Autonómicas), en la medida en que buena parte de sus clientes tienen la condición de consumidores.

(48) Por ejemplo, desde el Banco de España se ha sugerido un esquema dual como el existente en algunos países consistente en concentrar en dicha institución todas las cuestiones relacionadas con la supervisión de solvencia del conjunto del sistema financiero en sentido amplio (entidades de crédito, mercado de capitales y sector asegurador) y que, en cambio, todas las competencias referidas a la supervisión de conductas (protección de clientes e inversores) en los tres sectores aludidos se atribuyan a la CNMV. *Vid.* al respecto la intervención del Gobernador del BdE, P. Hernández de Cos, ante la Comisión de Asuntos Económicos del Congreso de los Diputados expuesta el 23 de febrero de 2023 a propósito del Proyecto de Ley de creación de la Autoridad de Defensa del Cliente Financiero.

El resultado de todo ello es un panorama muy complejo que difícilmente puede resultar eficiente en su conjunto por más que sus piezas, aisladamente consideradas, funcionen correctamente. Y que tiende a traducirse también en una sobrecarga de trabajo y de costes para las entidades supervisadas vinculados con la atención a todos los supervisores en sus múltiples requerimientos de información.

9. En el complejo sistema institucional que acaba de apuntarse hay un elemento común que comparten los diversos organismos de supervisión bancaria: su configuración en base a pautas exigentes de *especialización y profesionalidad* y el otorgamiento a los mismos de un estatus reforzado de *autonomía o independencia* que los sitúa en un escenario de estabilidad, al margen de los vaivenes de la política y de sus planteamientos tendencialmente cortoplacistas, incluso miopes. Así sucede en el marco institucional de la UE (con el BCE, la JUR y la ABE) y también en el caso de nuestras autoridades nacionales de supervisión (BdE y FROB) (49).

10. El sistema de *garantías jurídicas* frente a un arsenal de poderes tan formidable como los que actualmente poseen las autoridades supervisoras en la materia se ha ido adaptando a la evolución expansiva que hemos apuntado. Se ha reforzado en ciertos aspectos, pero no puede decirse en modo alguno que se haya llegado a una situación plenamente satisfactoria, pues no cabe duda de que se detectan en la práctica no pocas lagunas o debilidades en

(49) Con todo, la opción por este modelo de supervisión independiente, no ha conseguido eliminar la tendencia del poder político a ejercer diversas formas de influjo o control, incluso de dirigismo, sobre las EC. Baste recordar el fuerte protagonismo que tuvieron las CCAA sobre las Cajas de Ahorro en España durante la última década del siglo XX y la primera del XXI, muchas veces desde una mentalidad «extractiva» respecto a las mismas, lo que generó unos desequilibrios y excesos que a la postre dieron al traste con el modelo mismo de las Cajas durante el período 2010-2013 y, con ello, la pérdida sobrevenida de una de las competencias autonómicas más «golosas».

Los que recordamos muy bien esa lamentable experiencia, nada lejana en el tiempo, nos echamos a temblar cuando leemos cómo el Ministerio de Economía viene lanzando de manera insistente mensajes a las EC sobre el nivel de remuneración que deben dar a los depósitos de sus clientes, a la vez que insinúan incrementos en la fiscalidad *ad hoc* o adicional sobre la banca (a través del denominado «gravamen temporal» creado recientemente). La memoria es frágil, pero no deberíamos dejar de tener presente el peligro que representan, hoy como ayer, quienes juegan al oportunismo político a corto plazo en materias como ésta, sin tener en su punto de mira la sostenibilidad a medio y largo plazo de lo que tienen entre manos.

Acaso no resulte impertinente recordar que éste fue precisamente uno de los «caballos de batalla» sobre los que incidió en su momento el Memorando de Entendimiento entre la Comisión Europea y España de 20 de julio de 2012, con ocasión del Programa de asistencia financiera a España para el rescate del sector financiero. En el apartado 24 de este Memorando se urgía a las autoridades españolas a reforzar «la independencia operativa del Banco de España», lo que se traducía, entre otras medidas, en la exigencia de que las competencias sancionadoras que venía ejerciendo el Ministerio de Economía se transfirieran al BdE antes de que terminara el año 2012; exigencia que efectivamente se cumplió en su momento.

la aplicación de las garantías jurídico-administrativas consolidadas en nuestro Estado de Derecho al ámbito de la supervisión bancaria.

Así, sucede que los *procedimientos administrativos* de corte garantista encajan sin dificultad en el ejercicio de determinadas potestades, como son el otorgamiento de las autorizaciones administrativas requeridas (por ejemplo, procedimiento para la autorización de nuevas entidades) o la imposición de sanciones (procedimiento sancionador), pero no en otros casos, como sucede con los poderes extraordinarios que se otorgan al supervisor para hacer frente a las situaciones críticas —intervención y resolución—, en los que hay un escollo de no fácil superación: las actuaciones procedimentalizadas se compadecen mal con el carácter expeditivo y discreto que requiere el tratamiento de tales situaciones. También resulta obvio que la *transparencia* informativa no siempre puede ser plena en un ámbito sujeto a una amplia reserva o confidencialidad de las informaciones que maneja el supervisor (50).

Por lo que se refiere al *control judicial de las decisiones del supervisor*, que poseen como sabemos un alto contenido discrecional en no pocos casos, tiene un alcance real muy limitado, a la vista de lo inédito o excepcional que resulta en la práctica el éxito de la impugnación judicial de tales decisiones (más todavía obviamente en el caso de las impugnaciones en la vía administrativa). Formalmente se respeta, por supuesto, el derecho a la tutela judicial, pero una aproximación realista a esta cuestión arroja dudas sobre su efectividad en cuestiones de la máxima relevancia como son la imposición de sanciones administrativas (51), la intervención de entidades (52) o la resolución de las mismas (53).

(50) Véase el art. 82 LOSSEC, en el que se establece el alcance de la «obligación de secreto» relativa a los datos, documentos e informaciones que obren en poder del BdE en virtud del ejercicio de la función supervisora. También el art. 82 bis, relativo a la transmisión de información a organismos internacionales.

(51) En relación con el control judicial del ejercicio de la potestad sancionadora por el Banco de España, véase lo que se indica en el apartado siguiente de este trabajo.

(52) Sobre la escasa virtualidad del recurso contencioso-administrativo como vía para la anulación de las intervenciones de EC acordadas por el supervisor ilustran los escasos pronunciamientos judiciales producidos al respecto, que muestran una escasísima predisposición de los Tribunales para cuestionar este tipo de decisiones del supervisor. Entre tales pronunciamientos se encuentran la Sentencia del TS de 14 de marzo de 2006 (Roj: STS 1662/2006) relativa al caso Banesto, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de octubre de 2010 (Roj: SAN 6153/2010) a propósito de la intervención de la Caja Castilla-La Mancha, y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de octubre de 2017 (Roj: SAN 4308/2017) relativa a la intervención del Banco de Madrid. En las dos primeras, el Tribunal juzgador dio por buena la adopción de la medida de intervención sin que el supervisor diera audiencia previa a la entidad intervenida, y, en la tercera sentencia citada, la Sala utilizó una discutible visión restrictiva de la legitimación activa para desestimar el recurso sin entrar en el fondo del asunto.

(53) En relación con la impugnación de la resolución de EC resulta muy relevante la experiencia en torno al caso del Banco Popular, cuya resolución fue ejecutada en el marco del

Respecto a las garantías patrimoniales, la protección que ofrece la *expropiación forzosa* frente a las privaciones singulares de la propiedad privada (art. 33.3 CE y art. 1 LEF) no ha resultado operativa en la práctica en las operaciones de nacionalización o resolución de concretas entidades de crédito que se han llevado a cabo. Y la *responsabilidad patrimonial de la Administración* por deficiencias y omisiones en el ejercicio de la supervisión financiera está también inédita en la práctica (54), pese a que precisamente el reforzamiento de los poderes que ejercen los supervisores y el aumento del caudal de información que manejan operan como palancas de elevación en las exigencias de responsabilidad, pues resulta indudable que la ampliación de la información disponible y de la capacidad de actuación de cualquier sujeto comporta tam-

MUR. El caso ilustra de manera elocuente sobre la enorme complejidad que tiene el sistema de reparto de competencias que caracteriza al régimen de supervisión/resolución vigente actualmente en la UE y ha dado lugar a muy numerosas y complejas acciones judiciales. Entre ellas están los recursos de anulación interpuestos frente a la decisión de la JUR, que fueron desestimados por el Tribunal General de la UE mediante cinco sentencias dictadas el 1 de junio de 2022. Sobre el contenido e implicaciones de estas importantes sentencias, véase J. URBANEJA CILLÁN (2022: 995 y ss.)

Con carácter general, en relación con la aguda problemática suscitada en torno al control judicial de las operaciones de resolución bancaria y la protección de los accionistas e inversores en las entidades resueltas, véase la parte IV del libro colectivo dirigido por A. RUIZ OJEDA y J. M^o LÓPEZ JIMÉNEZ, (2020: 649 y ss.). En especial, los estudios de J. DE DIEGO MINGO, «El interés público en la resolución bancaria. Un concepto controvertido», R. CABALLERO SÁNCHEZ, «¿Bancos y Cajas a un euro? El derecho a discutir la valoración patrimonial de las entidades de crédito sometidas a intervención y resolución y a recibir la compensación correspondiente» y B. BELANDO GARÍN, «La protección del accionista y del inversor ante las medidas adoptadas por las autoridades de supervisión y de resolución». También M. L. LARA ORTIZ (2022: 129-163).

(54) Sobre este tema razonaba hace ya algunos años C. PADRÓS REIG (2012: 115 y ss.), dando cuenta de diversos casos de fraude a inversores en los que los Tribunales desestimaron demandas de responsabilidad por defectos en el ejercicio de la función supervisora en el ámbito financiero (entre ellos, los de Afinsa y Forum Filatélico, así como el caso Gescartera). A la vista de esta experiencia, y alineándose con lo apuntado en su día por A. JIMÉNEZ-BLANCO (1986: 823 y ss.), PADRÓS se refería a lo que denominaba «paradoja de la gravedad»: en la práctica, la elevada cuantía de las reclamaciones pretendidas parece actuar como una barrera a la estimación judicial de las mismas pues, cuanto mayor es el riesgo que generan las actividades y la cuantía de las consecuencias económicas de las deficiencias en la función supervisora, menor es la probabilidad de que se reconozcan las demandas de responsabilidad patrimonial (2012: 156).

Este análisis continúa siendo válido en el momento presente, pues la misma tendencia general —negativa a aceptar las demandas de responsabilidad por defectos en el ejercicio de la función supervisora— se ha mantenido en la jurisprudencia posterior. Pueden aducirse al respecto los casos relativos a la salida a Bolsa de Bankia (Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de septiembre de 2015; Roj: SAN 3320/2015) y a la intervención del Banco de Madrid por el BdE (Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de marzo de 2019, Roj: SAN 1159/2019).

bién —o debería comportar— una mayor sujeción a responsabilidad (55). En otro caso, nos podemos encontrar ante una anómala situación de ejercicio de poder sin responsabilidad, situación que repugna ciertamente los postulados básicos del Estado de Derecho, además de no incentivar una actuación diligente por parte de la correspondiente autoridad (56).

Todo ello genera un panorama claramente insatisfactorio desde la perspectiva garantista en el sector bancario, aquejado de algunas debilidades congénitas o estructurales —que se antojan difícilmente superables— en el funcionamiento del sistema de garantías jurídicas consolidadas en nuestro Estado de Derecho. *De facto* se produce la renuncia a aplicar al sector instituciones que operan con normalidad y plenitud en otros ámbitos y un debilitamiento de los derechos de propiedad privada y de libertad de empresa, cuyo contenido queda ciertamente difuminado hasta el punto de que resulta cuestionable si se respeta el «contenido esencial» de estos derechos constitucionalmente reconocidos (art. 53.1 CE).

IV. SOBRE EL RÉGIMEN SANCIONADOR BANCARIO: PRINCIPALES RASGOS QUE LO SINGULARIZAN

Dentro del contexto regulatorio y supervisor expuesto se explican las características que impregnan el régimen sancionador bancario vigente en la

(55) Ya en su momento (1989) T. R. FERNÁNDEZ subrayó de forma muy expresiva, a propósito de la promulgación de la nueva regulación contenida en la Ley de Disciplina e Intervención de 1988, que la responsabilidad «sigue al poder como una sombra, lo digan o no lo digan las Leyes» (T. R. FERNÁNDEZ 1989: 15). Sobre la necesaria correlación entre el nivel de información y de poder que poseen las autoridades supervisoras y las responsabilidades que asumen apunto algunas consideraciones en *Banca, Derecho y sociedad en tiempos convulsos*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 193-195, donde subrayo la exhaustiva información y la grandísima capacidad de actuación de que dispone en la actualidad el supervisor bancario; circunstancia que conlleva inevitablemente una elevación del «listón» de su responsabilidad por fallos y omisiones en el ejercicio de la función supervisora.

(56) Especialmente incisiva sobre este punto se ha mostrado M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ (2020: 121 y ss.), concluyendo que resulta preocupante el hecho de que las decisiones del poder público en esta materia puedan quedar al margen del control jurídico, en particular en sus consecuencias económicas. La profesora navarra parte del hecho ostensible de que se ha producido una intensificación de los poderes de intervención de los supervisores bancarios que implica *de facto* un traslado de importantes facultades de decisión en la estrategia y gestión del negocio bancario desde las entidades supervisadas al propio supervisor, que ejerce «una cierta *dirección*» de tal negocio o, al menos, «una influencia determinante» en el mismo. Y afirma que tal situación no debería ser ajena al reparto de responsabilidades: si las autoridades supervisoras son las que toman las decisiones —generales y singulares— que impactan sobre el devenir de una entidad de crédito y no resultan responsables por ello, «estaremos ante un problema de gobernanza no menor», pues «solo quien asume las consecuencias de sus decisiones puede aproximarse al acierto» (*ob. cit.* pp. 127-128).

actualidad, en el cual confluyen, por un lado, nuestra propia tradición en la materia y las exigencias del marco constitucional español, y, por otro lado, los condicionantes impuestos por el Derecho de la UE, que está instalado en una dinámica expansiva y, por tanto, es cada vez más penetrante.

Obviamente, el régimen sancionador de las EC cumple, como cualquier otro ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, una función disuasoria de los incumplimientos normativos, esto es, constituye una herramienta que respalda la aplicación efectiva de toda la densísima regulación bancaria y el buen funcionamiento del sistema de supervisión (57). Con este carácter instrumental se ha ido conformando progresivamente un *corpus* normativo específico sobre la potestad sancionadora que los organismos supervisores ejercen sobre el sector bancario. Un *corpus* normativo plasmado fundamentalmente en la Directiva 2013/36/UE (arts. 64 y ss.) y en el Título IV de la LOSSEC (58), que responde a unos rasgos singulares reconducibles a los que se indican a continuación.

1. Las autoridades competentes para sancionar

En la atribución de la competencia para imponer sanciones, se ha creado un escenario plural o multipolar como consecuencia de la complejidad del marco supervisor al que se ha hecho referencia. Conforme a las opciones incorporadas a este marco supervisor, el protagonismo en el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde al BCE y al BdE, con un reparto competencial entre ambos de no poca complejidad, cuyo punto de partida es la distinción entre *entidades significativas* y *menos significativas* (59). Pero también disponen de poder sancionador, con un alcance ciertamente mucho más limitado, la JUR y el FROB. Organismos todos ellos especializados en el sector bancario

(57) Este último aspecto —el respaldo al buen funcionamiento del sistema de supervisión— resulta particularmente ostensible en ciertos tipos infractores que contiene la normativa vigente, como son los que sancionan actividades realizadas sin la preceptiva autorización, la remisión al supervisor de información incompleta, inexacta o fuera de plazo, o el incumplimiento de los requerimientos dirigidos por el supervisor a las EC.

(58) Aunque no vamos a ocuparnos de ello, deben tenerse en cuenta también las disposiciones relativas al poder sancionador del BCE en el marco del MUS: art 18 del Reglamento (UE) 1024/2013 del Consejo de 15 de octubre de 2013 y arts. 120 y ss. del Reglamento (UE) 468/2014 del Banco Central Europeo de 16 de abril de 2014 (Reglamento Marco del MUS). Por lo que se refiere a la legislación española es preciso tener en cuenta, además de la LOSSEC, diversas disposiciones legales de carácter más específico entre las cuales se encuentra el Capítulo IX de la LRREC.

(59) Véase al respecto ESTEBAN RÍOS, J. (2019: 145 y ss.) y J. M. PEMÁN GAVÍN (2022: 61-65, 68-71 y 241-242).

que se benefician, como hemos subrayado más atrás, de un estatuto legal de independencia orgánica y funcional (60).

Sin perder de vista esta pluralidad, nos centraremos a continuación en la potestad sancionadora que ejerce el BdE, cuya regulación se contiene en el citado Título IV de la LOSSEC.

2. Dualidad de sujetos responsables

Están sujetas a responsabilidad sancionadora tanto las entidades, que son necesariamente personas jurídicas, como las personas que ocupan cargos de administración o dirección en las mismas, que son habitualmente personas físicas (61). Y lo están en términos de compatibilidad e independencia entre los dos tipos de sujetos, de modo que cabe sancionar a ambos o tan sólo a uno de ellos. No obstante, en la práctica los expedientes sancionadores se instruyen contra las entidades, añadiéndose en algunos casos también la imputación de responsabilidad a administradores y directivos, y resulta muy excepcional la opción de que solo se sancione a los administradores.

3. La tipificación de las infracciones

Un mero repaso a la tipificación de infracciones que contiene la LOSSEC (arts. 92 a 94) evidencia la gran extensión de las conductas infractoras, que tienden a cubrir todos los espacios ocupados por la regulación bancaria y, por lo que se refiere a las infracciones muy graves y graves, a describirse con un cierto detallismo en aras de respetar las exigencias del mandato de tipicidad. En los preceptos aludidos aflora la huella de una larga experiencia histórica que se ha ido reflejando en la relación de conductas infractoras añadidas por las sucesivas reformas legales: en ellas está el «retrato» de las irregularidades o situaciones «patológicas» producidas en algún momento de nuestra larga experiencia supervisora y cuya repetición se pretende evitar.

(60) Atrás queda la atribución al Ministerio de Economía (y en algún caso excepcional al Consejo de Ministros) de la competencia para imponer determinadas sanciones; competencia que se eliminó, en el año 2012 en beneficio del BdE. Debe notarse en todo caso que subsiste, de manera cuestionable, el recurso de alzada ante el Ministerio de Economía contra las sanciones impuestas por el BdE.

(61) Véase el considerando 36 y el art. 65.2 de la Directiva 2013/36/UE, así como, en el ordenamiento español, el art. 89.1 LOSSEC. El fundamento de esta dualidad fue en su momento explicitado por la Comunicación de la Comisión Europea de 8 de diciembre de 2010 sobre *Regímenes sancionadores más rigurosos en el sector de los servicios financieros* (p. 8) y no es otro que el logro de un sistema sancionador eficaz y suficientemente disuasorio que garantice cumplimiento de la legislación vigente; cosa que no sucedería, a juicio de esta Comunicación, si sólo se sancionara a las entidades o sólo a los administradores.

Tal enumeración de conductas infractoras se encuentra inmersa por lo demás en una dinámica expansiva plasmada en la continua adición de nuevos tipos por el legislador, ya sea dentro de la propia LOSSEC o fuera de ella. Esto último tiene un indeseable efecto «descodificador» de los tipos infractores, que frustra las pretensiones codificadoras a las que responde la LOSSEC (como anteriormente sucedía con la Ley de Disciplina e Intervención de 1988) (62).

El problema principal que se suscita en este apartado no es otro que la utilización de las *cláusulas generales de tipificación*, sobre todo para las infracciones leves. Lo cual resulta objetable desde el punto de vista de los principios de tipicidad y de seguridad jurídica que exigen, como es bien sabido, la predeterminación normativa de las conductas infractoras y de sus consecuencias para que los ciudadanos puedan saber a qué atenerse.

En relación con las aludidas infracciones «leves», que pueden dar lugar en el ámbito de las EC a multas y otras sanciones de considerable severidad, el ordenamiento bancario ha venido estableciendo que es infracción leve cualquier incumplimiento de las «normas de ordenación y disciplina» que no constituya infracción muy grave o grave (en la actualidad, art. 94 LOSSEC), utilizando así una fórmula genérica que pivota sobre un concepto (*normas de ordenación y disciplina*) de gran indeterminación y vaguedad; un concepto que la propia Ley (art. 2 LOSSEC) define en unos términos extraordinariamente abiertos e indeterminados.

En efecto, dicho precepto, tras considerar normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito al conjunto de la propia Ley y su desarrollo reglamentario, así como el extensísimo Reglamento UE 575/2013, termina con una cláusula residual cuyo alcance no puede ser más omnicompreensivo: forman parte de tales normas de ordenación y disciplina «*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*» (63).

(62) Cualquier nueva normativa sobre EC que se aprueba incorpora, casi como una muletilla, la afirmación de que se trata de «normas de ordenación y disciplina» cuyo incumplimiento constituye infracción sancionable con arreglo a la LOSSEC. Como botón de muestra al respecto puede verse el art. 8 del RD-Ley 19/2022, de 22 de noviembre, de medidas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, que configura como infracción grave el incumplimiento de diversos preceptos del mismo.

(63) No cabe duda de que una fórmula tipificadora tan genérica como la que deriva del art. 94 LOSEEC, en su conexión con el art. 2 de la propia Ley, se sitúa lejos del óptimo deseable en materia de seguridad jurídica, y resulta cuestionable también como técnica legislativa, pues dificulta considerablemente el conocimiento de lo sancionable por parte de los destinatarios de las normas, pero parece difícil que llegue a declararse su inconstitucionalidad, dada la actitud laxa que ha terminado prevaleciendo en el TC al respecto. En este punto resulta ilustrativa la STC 86/2017, de 4 de julio, que dio por bueno el precepto de una Ley de Cataluña en materia audiovisual que tipifica como infracción muy grave «el incumplimiento

Dentro de esta amplísima formulación que hemos subrayado, quedan incluidas disposiciones de rango secundario como las Circulares del BdE o los Reglamentos delegados elaborados por la ABE y aprobados por la Comisión Europea. No parece en cambio que las guías técnicas y otros instrumentos de *soft law* que elaboran los supervisores deban considerarse «normas de ordenación y disciplina», de modo que su incumplimiento no sería directamente sancionable. Pero no cabe duda de que en la práctica tales instrumentos pueden contribuir a la concreción de determinados tipos infractores siendo por tanto instrumentos relevantes para valorar la regularidad de los comportamientos de las entidades en las materias que abordan.

4. Las medidas sancionadoras: severidad del Derecho Sancionador bancario

Una de las características más ostensibles del régimen sancionador bancario, tal como ha quedado configurado tras sucesivas reformas hacia un marco más riguroso —entre las que se incluye la operada por la Directiva 2013/36—, es una gran severidad del mismo que pretende hacerlo disuasorio y eficaz. Esta severidad se plasma tanto en la elevada cuantía de las multas que pueden imponerse como en la contundencia de las medidas sancionadoras de privación de derechos que se prevén.

a) Respecto a lo primero, se puede llegar a unas multas de importes muy elevados aplicando los criterios fijados legalmente, de modo que resulten realmente disuasorias incluso para las entidades de gran tamaño y para los administradores con retribuciones muy elevadas. Concretamente, el límite de las multas se fija para las entidades en un porcentaje de su volumen de negocio (hasta el 10% en infracciones muy graves), cifra que está directamente vinculada al tamaño de la entidad —y con ello a su capacidad económica— determinando una igualdad relativa de las entidades respecto al impacto que les producen las multas (64). Para administradores y directivos, los topes son

de los principios básicos de regulación de los contenidos audiovisuales» remitiendo a estos efectos a los términos «en que estos principios han sido definidos y explicitados por medio de la instrucción del Consejo Audiovisual de Cataluña y a los términos en que han sido definidos y asumidos como deberes específicos a cargo de los prestadores de servicios en el marco de acuerdos establecidos con el Consejo».

(64) La previsión de multas fijadas como porcentaje del volumen de negocio de las empresas tiende a generalizarse en todo el Derecho económico, estando consolidado este criterio, por ejemplo, en la legislación de defensa de la competencia. En ocasiones se utiliza también como opción alternativa al volumen de negocio la multa consistente en un múltiplo de las ganancias obtenidas a través de la infracción, si éstas pueden determinarse; así lo hace la LOSSEC, al contemplar la opción de que se imponga una multa en función de los beneficios obtenidos con la infracción (entre el triple y el quíntuplo de tales beneficios en el caso de infracciones muy graves, de acuerdo con el art. 97.1.a LOSSEC).

también ciertamente elevados: nada menos que hasta 5 millones de euros en infracciones muy graves (art. 100.1 LOSSEC) (65).

b) Por lo que se refiere a las medidas sancionadoras de privación de derechos, se contempla, en el caso de las entidades, la posibilidad de que les sea revocada la autorización administrativa para actuar en caso de infracciones muy graves (66) y, en relación con los administradores y directivos, se prevé la suspensión en el ejercicio del cargo o la separación del mismo, con inhabilitación en su caso durante un período máximo de diez años.

5. La amplitud del abanico de opciones de que dispone el supervisor en la determinación de las sanciones

Al margen de las elevadas cuantías de las multas que se prevén, llama poderosamente la atención la extraordinaria amplitud de los márgenes de apreciación de que dispone el supervisor a la hora de determinar las sanciones que impone en cada caso (en la formulación que recogen los arts. 97, 98 y 99 LOSSEC se abren diversas opciones sancionadoras aplicables en los tres casos «a juicio del órgano competente para resolver»):

a) El supervisor puede elegir la concreta medida sancionadora que aplica. Así, en el caso de las sanciones a entidades, cabe imponer multa y/o revocación de la autorización; si se trata de personas que ejercen cargos de administración o dirección, multa y/o suspensión o separación del cargo con inhabilitación en su caso.

b) Y asimismo tiene un amplio margen de apreciación en la determinación de los aspectos cuantitativos de las sanciones: el importe de las multas y la duración de las sanciones de suspensión e inhabilitación de administradores. Así, la horquilla que se establece para las multas por infracciones muy graves es amplísima, va desde 0 hasta 10 millones de euros en relación con las entidades o hasta el 10% de su volumen de negocio si esta cifra es mayor, y desde 0 hasta 5 millones en el caso de los administradores (67).

(65) En la praxis aplicativa cabe observar que el BdE tiende a no apurar los márgenes de que dispone en las multas a administradores, situándose en importes muy lejanos a los máximos que podría imponer. Cabría pensar que ello refleja una actitud «blanda» por parte del supervisor, acaso en exceso, pero más bien lo que sucede es que el legislador (aquí las pautas del Derecho europeo operan como condicionantes) se ha «curado en salud» y ha fijado unos límites elevadísimos para que los importes de las multas sean disuasorios y eficaces incluso para los administradores de los grandes bancos que cobren retribuciones muy abultadas.

(66) Art. 97.1.b LOSSEC. Esta es obviamente la sanción más grave que puede imponerse, pues conlleva la disolución y liquidación de la entidad infractora.

(67) La extrema amplitud de la horquilla de las multas previstas plantea también problemas desde el punto de vista del principio constitucional de tipicidad, aplicable no solo a

Como contrapeso de este amplísimo margen de apreciación, se enuncia una extensa relación de parámetros de proporcionalidad que el supervisor bancario debe tener en cuenta (art. 103 LOSSEC). Parámetros que son mucho más matizados y completos que los que ofrece el muy pobre apartado 3 del art. 29 LRJSP, en línea con lo que sucede en otros muchos sectores del Derecho sancionador económico, que tienden a fijar pautas matizadas de proporcionalidad en atención a la severidad de las sanciones que se contemplan. Y debe subrayarse también que el deber genérico de motivación de los actos administrativos (68) adquiere obviamente una gran relevancia, tornándose en este caso más exigente.

6. El requisito de la culpabilidad y su debilitamiento

Aunque no se admite formalmente la responsabilidad sancionadora meramente objetiva, en la práctica el régimen sancionador que rige en el sector bancario, como sucede con carácter general en todo el Derecho económico, tiende a acercarse a parámetros automáticos y cuasi-objetivos en la culpabilidad, de manera que el espacio para que puedan prosperar las exoneraciones vinculadas a la falta de culpabilidad del infractor —por ejemplo, el error de prohibición— es harto limitado, casi inexistente. Lo cual deriva del tenor literal de las disposiciones legales aplicables, que imponen deberes profesionales de diligencia muy elevados tanto a las entidades como a sus administradores, pero sobre todo de la posición adoptada por la jurisprudencia contencioso-administrativa sobre sanciones bancarias, que no es nada propicia a aceptar exoneraciones en la responsabilidad de los sujetos infractores por razones vinculadas a la culpabilidad en la comisión de la infracción (69).

7. El procedimiento sancionador aplicable

El procedimiento aplicable para sancionar las infracciones bancarias se mueve dentro de las coordenadas generales que fija la LPAC y de las especí-

las infracciones sino también a las sanciones. Téngase en cuenta al respecto en particular que el TC ha considerado inconstitucional una horquilla sancionadora que oscilaba entre 0,1 y 600.000 euros (STC 150/2020, de 22 de octubre, que resolvió una Cuestión de Inconstitucionalidad sobre un precepto de la Ley navarra de defensa de los consumidores y usuarios; véase especialmente su FJ 4). Lo cual es bastante menos que el margen de apreciación fijado por la LOSSEC, que permite llegar hasta 10 millones de euros en las multas a entidades (o el 10% del volumen de negocio, si esta cifra es mayor) o hasta 5 millones en las multas a administradores, sin que existan límites mínimos al respecto.

(68) El art. 35 LPAC exige tal motivación, entre otras situaciones, en todos las propuestas de resolución y las resoluciones de los procedimientos sancionadores (letra h) así como, de modo genérico, en los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales (letra i).

(69) Para mayores indicaciones respecto de esta cuestión, en cuyos matices no procede entrar en esta ocasión, remito al lector interesado a PEMÁN GAVÍN (2022: 84 y ss.).

ficas plasmadas en el Reglamento sobre procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros (70); un procedimiento que resulta razonablemente garantista al permitir sucesivas oportunidades de defensa para los sujetos a los que se imputa la comisión de infracciones. La LOSSEC contiene algunos preceptos sobre aspectos puntuales del procedimiento sancionador y sobre publicidad de las sanciones (arts. 107 y ss.), pero no un procedimiento específico.

Subrayaremos aquí tan solo la amplitud documental y larga duración de los procedimientos sancionadores que se tramitan por el Banco de España en no pocos casos, lo cual es consecuencia no solo de la complejidad intrínseca de los asuntos que se abordan, sino también de la opción legal (art. 107.2 LOSSEC) por el expediente único y la resolución única para dilucidar las responsabilidades correspondientes tanto a la entidad de crédito involucrada como, eventualmente, a las personas físicas que desempeñan cargos de administración y dirección en la misma (71). Respecto de estas últimas, cabe indicar que es factible la suspensión provisional de sus cargos durante la tramitación del expediente, conforme a lo establecido en el art. 112 LOSSEC (72).

8. El principio *non bis in idem*

En relación con la prohibición de doble sanción —penal y administrativa— por unos mismos hechos procede destacar la amplitud del espacio potencial para un solapamiento entre infracciones administrativas y delitos, como consecuencia de una doble circunstancia: el extensísimo campo que cubre lo

(70) Dicho Reglamento fue aprobado mediante RD 2119/1993, de 3 de diciembre, y resulta aplicable, de acuerdo con lo que dispone su art. 1, al conjunto del sistema financiero en el sentido amplio de esta expresión.

(71) El plazo máximo de duración previsto legalmente es de un año (art. 107.3 LOSSEC, añadido por el art. 220 del RD-Ley 5/2023, de 28 de junio, que no hace sino elevar a rango legal el plazo fijado en su momento por el RD 2119/1993), sin perjuicio de las posibilidades de ampliación y suspensión de plazos que ofrece la LPAC, lo que implica que en la práctica la efectiva duración de los procedimientos puede ser mucho mayor. En particular, así sucede de los casos en los que se produce la suspensión del procedimiento sancionador durante la tramitación de un proceso penal por los mismos hechos, suspensión que frecuentemente se prolonga durante varios años.

(72) En relación con la presentación de *denuncias* ante el BdE por posibles incumplimientos de la normativa bancaria, debe notarse que, en virtud de la modificación de la LOSSEC operada por el RD-Ley 19/2018, de 23 noviembre, se introdujeron unos nuevos preceptos en la misma (arts. 119-122, sobre «comunicación de infracciones») con una regulación específica que pretende potenciar su presentación. Regulación que incorpora diversas garantías para el denunciante en cumplimiento de lo exigido por la Directiva 2013/36/UE. No obstante, en la práctica parece que la utilización efectiva de este canal de denuncias en el ámbito bancario está siendo muy escasa, lo cual no parece preocupante dado el escrutinio directo, permanente y minucioso al que están sometidos las entidades de crédito por parte de los supervisores.

ilícito administrativo sancionable por la autoridad supervisora y la creciente expansión de las figuras delictivas en el campo del Derecho Penal económico

Ante esta amplitud del terreno en el que se pueden producir los solapamientos entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador es necesario tener presentes las coordenadas generales consolidadas en la materia: a) hay incompatibilidad entre sanciones administrativas y penales siempre que tengan el mismo fundamento —no en otro caso— (art. 31.1 LRJSP); b) se impone la preferencia de la vía penal en caso de conductas que puedan constituir a la vez ilícito administrativo y penal, de modo que el procedimiento administrativo sancionador debe paralizarse si se sigue la vía penal; y c) existe vinculación de las autoridades administrativas competentes para sancionar a los hechos que se declaren probados por resoluciones judiciales firmes (art. 77.4 LPAC).

Así las cosas, resulta anómala e incomprensible la declaración de independencia entre sanciones administrativas y penales que contiene el art. 117 LOSSEC: «el ejercicio de la potestad sancionadora a que se refiere este Título» —leemos en dicho precepto— «será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal» (73). Sí que resulta acertada en cambio la afirmación que añade a continuación el precepto aludido sobre *el modus operandi* en caso de solapamiento: «cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los hechos sancionables con arreglo a este Título no sea racionalmente posible, el procedimiento administrativo quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial. Reanudado, en su caso, el procedimiento, la resolución que se dicte deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga dicho pronunciamiento» (74).

9. El control judicial de la potestad sancionadora

El control judicial de la potestad sancionadora que ejerce el BdE sobre las EC es pleno o completo en el sentido de que abarca todas las cuestiones de legalidad que puedan plantearse, ya sean de carácter procedimental o sustantivo, y está pertrechado de todo el nutrido cuerpo de reglas y principios garantistas que presiden el Derecho Administrativo sancionador en España. Lo cual explica que no resulte infrecuente que las sanciones impuestas sean impugnadas ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa (75).

(73) Véase sobre este punto el análisis de J. ESTEBAN RÍOS (2020: 588 y ss.).

(74) Si hay condena penal, no cabe ya imponer sanción administrativa; tan solo si el fundamento fuera diferente, lo cual se antoja difícil que suceda en el ámbito bancario que nos ocupa.

(75) La competencia judicial se atribuye a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (art. 2.3 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco

No obstante, es preciso dejar constancia de que en la praxis judicial de los últimos años el balance éxito/fracaso de los recursos presentados arroja un desequilibrio absoluto a favor de la segunda opción, esto es, predomina la confirmación judicial de las sanciones impuestas, hasta el punto incluso de que pueden surgir dudas sobre la efectividad de la tutela judicial en esta materia. En efecto, la tónica «deferente» que es apreciable con carácter general por parte de la justicia administrativa respecto las decisiones que adoptan las autoridades económicas de carácter especializado (entre ellas, la CNMC y la CNMV) se torna en una actitud más bien «complaciente» en el caso de las sanciones impuestas por el BdE, pues se observa que los Tribunales contencioso-administrativos han venido desestimando sistemáticamente los recursos presentados contra sanciones impuestas por dicho organismo sin apenas excepción (76).

10. La praxis aplicativa de los últimos años

Una consideración de las sanciones impuestas por el BdE tras la entrada en vigor de la LOSSEC, sobre la base de la información de las mismas que se publica en su sitio *web*, permite observar el reducido número de las sanciones que se imponen a EC y la cuantía «moderada» de las multas que se fijan —en la medida en que se sitúan lejos de los topes máximos previstos legalmente—, así como el dato de que no suelen afectar a aspectos nucleares de la regulación bancaria prudencial (solvencia, liquidez, gestión de riesgos, etc.) y predominan las sanciones impuestas por infracciones de la copiosa normativa sobre protección de la clientela (77).

de España y Disp. Ad. 4^º, apartado 1, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). Dicha Sala es también competente para enjuiciar las decisiones adoptadas por las demás autoridades supervisoras especializadas del ámbito económico (entre ellas, la CNMV o la CNMC).

(76) Así se desprende del estudio jurisprudencial que incluyo en el libro ya citado sobre la materia (2022: 217 y ss). Del cual se deduce que, una vez superadas las ostensibles carencias que presentaba la normativa sancionadora aplicable a las EC con anterioridad a la Ley de Disciplina e Intervención de 1988 desde el punto de vista de los principios constitucionales de tipicidad y reserva de Ley, la distancia entre desestimaciones y estimaciones que se detecta en la jurisprudencia no puede ser más abultada: del medio centenar de sentencias estudiadas en las que la justicia administrativa enjuició sanciones impuestas por el supervisor bancario por infracciones cometidas tras la vigencia de la Ley aludida no se encuentra en realidad ni una sola estimatoria, pues la única que contenía un fallo anulatorio fue revocada posteriormente por el TS al resolver el correspondiente recurso de casación. Tan sólo cabe mencionar una sentencia parcialmente estimatoria dictada por el TS en 1999, en virtud de la cual el Alto Tribunal redujo el importe de la multa impuesta a un administrador de un banco como consecuencia de que se había aplicado indebidamente la circunstancia agravante de reincidencia. Sobre la explicación de esta actitud «complaciente» de la justicia administrativa con las sanciones impuestas por el BdE, apunto algunas ideas en PEMÁN GAVÍN (2022: 219-221).

(77) En la misma línea, cabe señalar el reducido número de sanciones impuestas por el BCE a EC significativas por infracción de la normativa prudencial desde la entrada en funcionamiento del MUS.

Ante la situación apuntada, cabría pensar que ello refleja una preocupante actitud contemporizadora o tolerante en exceso por parte del BdE frente a las situaciones de «indisciplina», esto es, frente a incumplimientos de la legislación bancaria prudencial. Pero hay indicadores sólidos que conducen a pensar que el nivel de cumplimiento de dicha legislación es elevado, de modo que, justamente por ello, no resulta necesaria la imposición de sanciones en este ámbito, al haberse asentado en las entidades supervisadas una sólida «cultura» de cumplimiento normativo que hace que las eventuales irregularidades o desviaciones de la norma se corrijan por otras vías.

En este sentido cabe aludir al importante papel que desempeñan en la actualidad los mecanismos internos de vigilancia del cumplimiento normativo y de autocorrección —Departamentos de auditoría interna y cumplimiento normativo, Comisiones del Consejo de Administración especializadas en auditoría y en gestión de riesgos, designación de un Responsable de Cumplimiento (*Compliance Officer*) (78), exigencia de formación adecuada de los empleados sobre aspectos regulatorios, etc.—. Mecanismos internos cuyo funcionamiento efectivo en condiciones de independencia es vigilado muy estrechamente por el supervisor. Y también es preciso tener en cuenta las múltiples herramientas de que disponen los supervisores bancarios para corregir situaciones anómalas o irregulares sin emplear la potestad sancionadora; así, mediante la mera focalización de las labores inspectoras en determinados aspectos, o mediante la formulación de recomendaciones o requerimientos dirigidos a las entidades, ya sea con un carácter informal o de manera formalizada (79).

Así las cosas, la excepcionalidad de los expedientes sancionadores sobre cuestiones centrales de la normativa prudencial de las EC se explica, además de por el efecto disuasorio vinculado a la propia dureza de las sanciones previstas —tanto para entidades como para administradores—, por el funcionamiento de unos potentes mecanismos internos de autocorrección y por una praxis supervisora de remediación de las situaciones problemáticas que puedan detectarse a través de instrumentos no sancionadores.

V. REFLEXIONES FINALES

Finalizada la consideración de los principales elementos configuradores del régimen sancionador bancario, me parece oportuno completar la exposición

(78) La identificación de una persona concreta a la que se atribuye la función de Responsable de Cumplimiento se ha añadido recientemente a otros mecanismos más tradicionales, como los departamentos de auditoría interna o las Comisiones de Auditoría y Cumplimiento, que se han reforzado. Véase sobre esta figura E. MORENO DE LA SANTA GARCÍA (2020: 243 y ss.)

(79) En realidad, la potestad sancionadora no es el instrumento adecuado para corregir situaciones muy problemáticas, para cuyo remedio llegará normalmente tarde, como muestra la experiencia histórica en torno a las situaciones críticas vividas por las entidades financieras.

realizada con algunos apuntes de alcance general y valorativo en torno al sistema supervisor bancario, tal como ha quedado configurado tras la reforma bancaria subsiguiente a la gran crisis.

1. Sobre el carácter dinámico de la supervisión bancaria y las incesantes novedades legislativas de signo ampliatorio

Ha quedado acreditado que la supervisión bancaria es una función pública madura y con larga evolución a sus espaldas, pero a ello es preciso añadir que presenta un acusado dinamismo —como dinámica es la actividad bancaria y financiera en general—, lo que se traduce en que se encuentre inmersa en un proceso de adaptación continua a las nuevas realidades y retos que surgen.

Entre los retos que han aflorado en la última década (2014-2023), no cabe duda de que se encuentran en primer plano los relacionados con los cambios tecnológicos en el mundo de las finanzas. Entre ellos, ya tienen un cierto recorrido los relativos a los riesgos generados por la banca *on line* —que se traducen en una atención reforzada a las cuestiones de ciberseguridad—, los relativos a la supervisión de nuevos operadores en el sector vinculados con la innovación tecnológica —las denominadas *fintech* y las *bigtech*—, y el tratamiento de la actividad innovadora en materia de finanzas digitales, que ha tenido lugar a través de la Ley 7/2020, de 13 de noviembre, para la transformación digital del sistema financiero, que ha regulado lo que cabe denominar «pruebas piloto», esto es, la experimentación controlada en la materia. Otros retos se encuentran en plena ebullición como sucede con los relacionados con los criptoactivos (80), la utilización de la tecnología *blockchain* o el tratamiento de datos (*big data*) y la inteligencia artificial en el mundo de las finanzas (81).

(80) Recientemente se ha publicado el Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos. Extensa disposición que atribuye facultades supervisoras en la materia a la ABE y a la AEVM y que prevé la aprobación por la Comisión Europea de numerosas normas delegadas. Su último artículo (149) establece un marco temporal escalonado de aplicación de sus preceptos que culminará el 30 diciembre de 2024.

(81) La bibliografía y documentación relativa a las finanzas digitales resulta ya muy abundante, debiendo subrayarse que la Comisión Europea aprobó en 2020 una Comunicación sobre «Estrategia de Finanzas Digitales para la UE», COM (2020) 591 final, 25 de septiembre de 2020. Un amplio conjunto de estudios sobre las cuestiones enunciadas puede encontrarse en el vol. col. dirigido por B. BELANDO GARÍN y R. MARIMÓN DURÁ (2020), en el que se recogen las ponencias y comunicaciones presentadas a un Congreso Internacional sobre la materia celebrado en Valencia en noviembre de 2020. De la utilización de la tecnología *blockchain* en las finanzas digitales se ocupan los estudios incluidos en la parte IV del vol. col. *Regulación bancaria y actividad financiera*, dirigido por González Vázquez y Colino Mediavilla, ya citado. Una completa exposición en torno a las iniciativas regulatorias europeas sobre estas materias puede verse en J. C. LAGUNA DE PAZ (2023; 271 y ss.).

La expresión más ostensible del dinamismo aludido viene dada por las continuas novedades legislativas que afectan a la supervisión bancaria, siempre en un sentido ampliatorio de la misma.

Entre las ya aprobadas, cabe mencionar la citada Ley 7/2020, para la transformación digital del sistema financiero, que ha creado un espacio controlado de pruebas cuya vigilancia se encomienda a los supervisores financieros competentes por razón de la materia (BdE, CNMV y Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones). Y también cabe citar la introducción de una nueva Disp. Adicional en la LOSSEC (la 23ª) durante este mismo año 2023 (82) para reconocer legalmente competencias supervisoras al BdE en materia de criptoactivos; Disposición que se dicta en el marco de lo establecido por el Reglamento europeo sobre la materia y contiene un régimen sancionador aplicable a las entidades que operen en este ámbito y a quienes ejerzan cargos de administración o dirección en las mismas (83).

Entre las novedades en ciernes —esto es, todavía no incorporadas al Derecho vigente— se encuentra la habilitación al BdE para desarrollar actividades de inspección sin notificación ni identificación previa por parte del personal inspector: el denominado «cliente misterioso» o *mystery shopping*. En este sentido, cabe indicar que la Disp. Final 10ª del Proyecto de Ley de creación de la Autoridad de Defensa del Cliente Financiero aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el pasado mayo —que finalmente no llegó a debatirse en el Senado y decayó por la terminación anticipada de la XIV Legislatura— contemplaba añadir un nuevo párrafo al art. 50.2 LOSSEC para habilitar esta forma de inspección en relación con las prácticas que llevan a cabo las EC en la comercialización de servicios bancarios (84).

(82) Mediante la Disp. Final 7ª de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.

(83) En dicha nueva Disp. Adicional de la LOSSEC se atribuyen al BdE funciones de supervisión, inspección y sanción en relación con las obligaciones que respecto a los emisores de fichas de dinero electrónico y de fichas referenciadas a activos se imponen en el citado Reglamento (UE) 2023/1114, estableciéndose que tales actividades de emisión quedan reservadas a las entidades autorizadas para ello. Asimismo, se incluye la calificación del Reglamento europeo mencionado como «norma de ordenación y disciplina» y se incorpora un severo régimen sancionador en la materia (las multas por infracciones muy graves pueden alcanzar el 20% del volumen de negocio de la entidad sancionada).

(84) Véase BOCG, Congreso, Serie A, 138-8, 25 de mayo de 2023. En dicho nuevo párrafo del art. 50.2 LOSSEC se habilitaba al BdE para ejercer su función inspectora sin previa notificación y sin necesidad de que sus empleados revelen su condición de personal al servicio de la entidad supervisora para verificar el «cumplimiento de la normativa bancaria y de las prácticas de mercado llevadas a cabo por las entidades supervisadas en la comercialización y contratación de productos o servicios bancarios». El mismo régimen de anonimato se contemplaba para los colaboradores externos o consultores que actuaran por cuenta del BdE en el ejercicio de las funciones indicadas.

El mencionado Proyecto de Ley hubiera tenido un impacto de no escasa relevancia en el modelo de supervisión bancaria existente en nuestro país, en la medida en que sustraía de la órbita competencial del BdE —así como de la CNMV y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones— el conocimiento de las reclamaciones presentadas por los clientes de los servicios financieros para que se reparen sus derechos presuntamente vulnerados. Opción muy cuestionable a mi modo de ver, habida cuenta de que el sistema de reclamaciones existente en la actualidad viene funcionando razonablemente bien, en términos de eficacia y coste, y constituye una fuente de información muy completa y valiosa para los supervisores mencionados en todo lo relativo al cumplimiento de la normativa de protección de la clientela por las entidades supervisadas. La creación de la aludida Autoridad hubiera complicado todavía más el ya de por sí complejo esquema supervisor en vigor, pues hubiera dejado en manos de los tres supervisores especializados las funciones relacionadas con la supervisión de conductas diferentes de la resolución de reclamaciones; entre ellas, la evacuación de consultas relativas a la normativa de protección de la clientela o la imposición de sanciones frente a eventuales incumplimientos de la misma por parte de las entidades supervisadas (85).

Por lo demás, debe subrayarse que las cargas adicionales que se introducen continuamente por el legislador respecto al sector bancario conllevan nuevos campos de supervisión que se añaden a los existentes o amplían su radio de acción, expandiendo también el espacio para el ejercicio de la potestad sancionadora. Es el caso, por ejemplo, del RD-Ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual (86) —que se mueve dentro de esquemas de intervención generaliza-

El decaimiento de este Proyecto de Ley ha impedido que se lleve a cabo por el momento la adición a la LOSSEC de la previsión aludida, pero no es improbable que en un futuro próximo dicha previsión se incorpore a alguna iniciativa legislativa relativa a la materia.

(85) No podemos entrar aquí obviamente en la exposición y análisis del mencionado Proyecto de Ley, que suscitó un vivo e interesante debate en torno al mismo. Un debate que se plasmó inicialmente en la elaboración de numerosos informes institucionales sobre el correspondiente Anteproyecto de Ley (entre ellos, los del BdE y la CNMV) y que se tradujo luego en la presentación de numerosas enmiendas en el Congreso por parte de los Grupos Parlamentarios (véanse en particular los fundados argumentos que sustentaron la enmienda a la totalidad presentada por el Grupo Parlamentario Vox en BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, nº 134-3, 1 de marzo de 2023, pp. 2 a 7). Como aproximaciones doctrinales sobre el tema, remito al lector interesado a los trabajos de J. ESTEBAN RÍOS (2022) y de B. BELANDO GARÍN (2023).

(86) Véase el art. 6 de este RD-Ley, sobre seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas, y el art. 8, sobre régimen sancionador. En este último precepto se dispone que determinadas disposiciones del RD-Ley tienen la condición de «normas de ordenación y disciplina» y que su incumplimiento constituye infracción grave que se sancionará de acuerdo con lo establecido en la LOSSEC.

dos en los últimos años en relación con el sector (87)—, o de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, sobre la imposición de un «gravamen temporal» a las Entidades de Crédito y los Establecimientos Financieros de Crédito (88).

2. Sobre el reto de realizar un «balance» cabal del nuevo marco regulatorio y supervisor

Transcurrida una década desde la entrada en escena de la nueva legislación bancaria —cuya parte más sustancial se promulgó en los años 2013 y 2014—, disponemos ya de una perspectiva suficiente para llevar a cabo una evaluación global de la «vuelta de tuerca» que conllevó esta nueva legislación y, en particular, de la supervisión única implantada en la Eurozona

Aunque esta evaluación excede por completo de los objetivos del presente texto, me permito expresar algún apunte al respecto que resulta fácilmente compatible por presentar cierta obviedad.

A. Concurren sin duda aspectos positivos, que no es posible desconocer. Así, es obvio que se ha reforzado la independencia de los supervisores, mitigando las posibilidades de «captura» de los mismos por los supervisados y alejándolos de su posible «contaminación» por los intereses políticos a corto plazo que tienden a predominar en la acción de los Gobiernos; se ha profundizado en la realización del mercado interior en el ámbito bancario, generando una situación más comparable y homogénea entre entidades financieras en la que se ha alcanzado una nivelación —hacia arriba— de los estándares

(87) Véase en la misma línea el RD-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, modificado en sentido ampliatorio hasta en siete ocasiones (la última de ellas mediante el citado RD-Ley 19/2022) o el RD-Ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicos, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones (especialmente, arts. 21 y 22). También se situaban en la misma línea las previsiones sobre «prestación personalizada de servicios bancarios» que el citado Proyecto de Ley de creación de la Autoridad de Defensa del Cliente Financiero pretendía introducir en la LOSSEC (Disp. Final 10^o del Proyecto); tales disposiciones venían a imponer la atención presencial a los clientes bancarios en una amplia serie de situaciones y exigían de remisión de datos relativos a la inclusión financiera por las EC al BdE.

(88) El gravamen tiene la naturaleza de «prestación patrimonial de carácter público no tributario», pero su régimen sancionador es el propio de los tributos, esto es, el establecido en la Ley General Tributaria (art. 2.2 de la ley 38/2022). Adicionalmente, la mencionada Ley dispone (art. 2.7) que el importe del gravamen no puede ser objeto de «repercusión económica, directa o indirecta», y califica como infracción muy grave el incumplimiento de dicha prohibición; infracción que no tiene carácter tributario y está «sometida al régimen administrativo sancionador general». Las funciones de vigilancia del cumplimiento de tal prohibición de repercusión, así como el ejercicio de la potestad sancionadora al respecto se atribuyen a la CNMC, pero ello es «sin perjuicio de las competencias del Banco de España y de la obligación de éste de colaborar con la misma» (art. 2.7, 4^o párrafo).

regulatorios y supervisoras exigidos en el conjunto de la Unión. Lo cual debe traducirse en un reforzamiento de la confianza y credibilidad que suscitan los sistemas financieros existentes en todos los países de la UE, al margen de experiencias pasadas y de la fortaleza que presenten las finanzas públicas de los respectivos Estados (89).

Así las cosas, parece claro que el sector de las EC en Europa es más seguro o «resiliente» que con anterioridad para afrontar escenarios adversos y situaciones críticas, tanto de impacto general como individual: lo es sin duda para los depositantes que confían sus ahorros a la banca y para el conjunto de sus acreedores, e incluso para el contribuyente, en la medida en que resulta remota la posibilidad de que las EC en dificultades tengan que ser rescatadas con dinero público.

B. Pero no menos evidente es que el nuevo escenario resulta más gravoso en términos de cargas y costes para las entidades, e indirectamente, para los clientes que los soportamos en última instancia. Tiene un coste enorme que no terminamos de percibir, pero que pagamos entre todos, con manifestaciones muy diversas; entre ellas la gran carga de trabajo que implican las exigencias regulatorias y la atención de los múltiples requerimientos de los supervisores (cuyo número y capacidad de presión se ha expandido considerablemente), el pago de las tasas que financian esta supervisión reforzada y de las elevadas aportaciones a los Fondos de Garantía de Depósitos y Fondos de Resolución, los mayores costes que implica la remuneración del capital y de otros instrumentos capaces de absorber pérdidas (instrumentos híbridos, deuda subordinada) como consecuencia del significativo aumento de los requerimientos de solvencia que se imponen, etc. (90). En definitiva, tenemos un sistema financiero presuntamente más seguro, pero sin duda más caro.

C. Al margen de ello, no puede desconocerse que a lo largo de la última década hemos vivido experiencias concretas que evidencian que, pese a todo, persiste la posibilidad de que determinadas situaciones escapen al

(89) En un tono no precisamente autocrítico, la Comisión Europea subrayó en un Informe elaborado en 2017 (*Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del mecanismo único de supervisión establecido conforme al Reglamento (UE) n° 1024/2013*, 11 de octubre de 2017, COM (2017) 591 final) que el MUS estaba ya plenamente operativo en aquel momento y se había implantado con éxito alcanzando «ventajas añadidas claras en términos de estabilidad financiera e integración del mercado» (p. 2) y logrando mejoras en la eficacia y calidad de la supervisión de los bancos en la Eurozona (p. 21). Sin perjuicio de esta valoración general positiva, se apuntaban algunos aspectos de necesaria mejora en el funcionamiento de los engranajes del MUS.

(90) Me remito en este punto al análisis que realicé en PEMÁN GAVÍN (2020: 61 y ss., en especial, 66-78), donde subrayo las dimensiones que tienen las cargas introducidas por la nueva regulación bancaria y la necesidad de una evaluación global de las mismas en el marco del principio de proporcionalidad.

control preventivo de las autoridades supervisoras y terminen en un colapso con efectos muy lamentables. Es el caso en concreto de la crisis del Banco de Madrid (2015), desencadenada por una intervención acordada por el BdE, y de la resolución del Banco Popular (2017), producidos ambos en momentos en los que había quedado atrás la gran crisis financiera y se transitaba por una senda de recuperación económica y de reforzamiento del sistema financiero. En el primero de ellos, fue la propia intervención de la entidad adoptada conforme a lo previsto en el art. 70 LOSSEC —muy cuestionable en su necesidad o justificación— la que desató una situación de pánico entre sus clientes y, a la postre, el desenlace de la liquidación, en el marco de un concurso de acreedores, de un banco que disfrutaba de un excelente nivel de solvencia (91). En el segundo de ellos —el Banco Popular— el desastre sin paliativos que supuso su resolución acordada por la JUR dejó muy malas sensaciones sobre los nuevos instrumentos supervisores y de gestión de crisis implementados a través del MUR, así como muchos espacios para la crítica y las dudas (92).

3. Sobre las Entidades de Crédito en España: un sector en declive desde varios puntos de vista

Por lo que se refiere al sector de las EC en nuestro país, es notoria la drástica transformación que ha sufrido en los últimos años dentro de una tendencia claramente reduccionista que afecta tanto al número y diversidad de

(91) Un breve apunte al respecto aporéo en PEMÁN GAVÍN (2022: 178-179). Véase también R. ARIÑO SÁNCHEZ, «El concurso de Banco de Madrid: la interpretación del artículo 142 de la Ley Concursal y las entidades financieras», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 25, 2016, pp. 245 y ss. Trabajo que concluye calificando como «precipitada» la actuación del BdE consistente en el nombramiento de administradores provisionales que solicitaron inmediatamente el concurso y la liquidación de la entidad. Asimismo, R. ARIÑO deja abierta la pregunta por la posible responsabilidad del supervisor español en los perjuicios irrogados a los acreedores que no debieron soportar la liquidación de la entidad antes de haberse probado su inviabilidad económica.

(92) Tales espacios para la crítica conciernen a diversos aspectos evidenciando que las costuras del nuevo marco regulatorio para abordar las situaciones de crisis no son tan sólidas como cabía pensar. Entre los aspectos cuestionables aludidos se encuentran la validez de las pruebas de resistencia de las entidades frente a escenarios adversos que se vienen realizando, la no aplicación de medidas de actuación temprana que hubieran podido evitar el fatal desenlace de la resolución, el insuficiente apoyo a una situación crítica manifestada en última instancia en problemas de liquidez de la entidad más que de solvencia, la gestión misma de la resolución por las autoridades competentes y la perplejidad que produce su comparación con las opciones adoptadas en otras situaciones críticas muy próximas en el tiempo (caso de las italianas Veneto Banca y Banca Popolare di Vicenza, rescatadas a través de medidas de apoyo público adoptadas por las autoridades nacionales), o también las dificultades para llegar a una valoración justa y objetiva de las entidades que se resuelven. Dentro de una ya muy amplia bibliografía sobre el caso, véanse, además de los trabajos citados en nota 53, M. C. MAYORGA TOLEDANO (2020: 1241 y ss.), así como A. RUIZ OJEDA (2021: 84-86).

las entidades existentes —con múltiples fusiones más o menos forzadas, esto es, nunca plenamente voluntarias— como a su capacidad operativa, mediante la reducción de las redes de oficinas y del número de empleados. Una transformación que ha conducido al sistema financiero español a una situación que tiene poco que ver con la que hemos conocido durante la última década del pasado siglo y la primera del presente, respecto de la cual se ha producido a un paulatino proceso de «desmantelamiento» o liquidación parcial (93).

Este proceso es consecuencia de circunstancias de diversa índole, entre las que se encuentran algunas de proyección general como son el endurecimiento del marco regulatorio y supervisor al que nos hemos referido, la necesaria reconversión del sector bancario vinculada a la digitalización de la economía y del sistema financiero, así como la situación persistente de bajísimos tipos de interés que se ha vivido durante una prolongada etapa lastrando la rentabilidad del sector. Pero en el caso concreto de España, se añaden otros factores o circunstancias de alcance nacional, como son las cargas específicas impuestas por el legislador español a la banca en los últimos años —especialmente en el terreno de la fiscalidad (94)—, y el punto de partida intensamente bancarizado del que veníamos.

(93) Los datos estadísticos que publica el sitio *web* el BdE muestran que la profunda reconversión del sector financiero español ha sido un proceso continuado desde el año 2009 hasta la actualidad y que no hay todavía señales de que se haya detenido. Las EC han destruido más de 8.000 empleos al año como promedio en los 14 años que median entre 2009 y 2022, al pasar de 270.855 a 158.317 empleados a finales de 2022; lo cual implica una reducción de 112.538 puestos de trabajo (el 41,5% del empleo que tenía a finales de 2008).

En cuanto al número de oficinas, en los 6 años transcurridos entre 2017 y 2022 se ha pasado de 28.643 oficinas abiertas en el conjunto de las EC a 17.648, es decir, se han cerrado más de 1.800 oficinas cada año como promedio, en una etapa en la ya había quedado atrás el período álgido de la reestructuración del sector financiero español que había tenido lugar entre 2010 y 2014. Por lo que se refiere específicamente al sector de las antiguas Cajas, la página *web* de la CECA ofrece una serie temporal mayor que da cuenta de la magnitud de la reducción en dicho sector: de las 25.035 oficinas que tenían las antiguas Cajas en 2008 se ha pasado a tan sólo 7.630 a finales de 2022, lo que implica una reducción de casi el 70% de las oficinas existentes.

(94) Estas cargas comportan una mayor presión fiscal soportada por el sector de las EC en España en relación con la existente en otros países de nuestro entorno, o en relación con otros sectores de la economía nacional. En este sentido, cabe mencionar el tipo adicional que se exige a la banca en el Impuesto de Sociedades, el Impuesto que grava específicamente los depósitos bancarios, el pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en la formalización de hipotecas en garantía de préstamos, las tasas municipales que gravan los cajeros automáticos, o el nuevo «gravamen temporal» introducido por la Ley 38/2022, que son muestra de una voracidad fiscal reforzada que se soporta en el sector con efectos sobre su actividad y sobre su atractivo que no son en modo alguno neutros. En relación con la proclividad de los poderes públicos españoles a imponer a la banca cargas de diversa índole —tendencia que se viene observando desde hace algunos años—, véanse algunas indicaciones en PEMÁN GAVÍN (2020: 125 y ss).

Por lo que se refiere específicamente al gravamen temporal introducido por la Ley 38/2022, son notorias las deficiencias técnicas y los problemas de constitucionalidad que viene

Así las cosas, debe advertirse que las mejoras que hemos subrayado desde el punto de vista de la solidez individual de las entidades, y de la estabilidad financiera general, no deben ocultar algunas derivaciones negativas de la drástica transformación a la que hemos aludido, de la cual no podemos afirmar en modo alguno que haya terminado.

Entre tales derivaciones negativas está el hecho de que no resulte infundada una cierta sensación de pérdida o deterioro del servicio que podemos tener como clientes del sector en relación con la situación precedente. De hecho, la pregunta de si los servicios prestados por las EC han mejorado o empeorado en términos de relación calidad/precio respecto a la situación anterior a la gran crisis financiera no tendría una respuesta fácil ni única: variaría según el punto de vista adoptado. Ciertamente resulta ostensible la mejora en los aspectos que tienen que ver con el desarrollo tecnológico, del mismo modo que hay que valorar la mejora producida en las redes de seguridad financiera existentes (en aspectos tales como la liquidez y garantía de los depósitos o la solvencia de las entidades). Pero no menos evidente es que los precios de los servicios financieros (incluyendo comisiones e intereses de los préstamos) tienden a ser mayores y que ciertos aspectos vinculados con los elementos cualitativos de los servicios, como son los relativos a la atención personal y cercana que se proporcionaba no hace muchos años, resultan totalmente insostenibles en las circunstancias actuales, dominadas por una sustancial y progresiva reducción de la «capacidad instalada» que está asociada obviamente al necesario ahorro de costes.

Por otro lado, la transformación a la que hemos aludido conlleva una tendencia global declinante del sector de las EC desde diversos puntos de vista,

a plantear (inconsistencia de la negación de su carácter impositivo, arbitrariedad y discriminación en la fijación de los sujetos pasivos, doble imposición que implica su no deducibilidad en el Impuesto de Sociedades, etc.), lo que no es improbable que acabe conllevando la declaración de su incompatibilidad con la Constitución. Particularmente llamativa es la prohibición de su «repercusión económica», algo que se mueve en una línea contraria a la profesionalidad y prudencia de las entidades, que necesariamente han de tener en cuenta la globalidad de los costes en que incurrir, incluidos obviamente los de naturaleza fiscal, a la hora de determinar los precios de los servicios que prestan (y los intereses que se abonan a los depositantes). Y resulta además de imposible verificación, en la medida en que en la práctica el *modus operandi* que siguen las entidades en la fijación de los precios es un elemento central de la política comercial de cada una de ellas que atiende a variadísimas circunstancias en continua variación y que operan de manera conjunta: además de la imprescindible consideración de todos los costes asumidos, se tiene en cuenta la necesaria adaptación a un mercado muy competitivo y cambiante, la disponibilidad de mayor o menor liquidez (determinante en los precios de los préstamos y en la remuneración de los depósitos), el objetivo de «fidelizar» a determinados segmentos de clientela, etc. Y ello, al margen por supuesto de consideraciones de carácter individual (solvencia y capacidad de pago de los acreditados). Todo lo cual se sitúa, obviamente dentro del marco que impone la necesidad de mantener la rentabilidad y la solvencia global de la respectiva entidad a efectos de garantizar su viabilidad económica.

con independencia de bonanzas coyunturales en sus cuentas de resultados. Tal declive se detecta, por supuesto, en los aspectos más visibles que hemos apuntado relativos al tamaño de la red comercial y a los recursos humanos disponibles, pero también en su capacidad para atraer inversores y para captar talento o «capital humano», y en su aportación a la economía nacional a través de participación en la generación de PIB. En este escenario es obvio que, si el sector mengua o «encoge» y reduce su presencia y su capacidad de actuación, resulta inevitable que se creen espacios vacíos o «huecos» que tienden a ocuparse por otros actores que operan en terrenos menos roturados por la regulación y la supervisión financiera que los propios de la banca. Actores que suscitan una amplia problemática cuya consideración debe quedar para otra ocasión. En algunos casos, se trata de entidades autorizadas y plenamente legales que aprovechan con éxito las oportunidades que ofrecen la innovación tecnológica y la economía digital: bancos exclusivamente *on line*, intermediarios financieros no bancarios, entidades financieras tecnológicas (*fintech* y *bigtech*), plataformas digitales, etc. Pero en otros casos, se trata lamentablemente de organizaciones claramente delictivas que operan de manera cada vez más sofisticada en la captación de las víctimas de sus estafas al amparo de la gran capacidad de penetración que tienen en la actualidad los canales digitales y al amparo también del «escondite» que les brinda una existencia puramente virtual o deslocalizada (95).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO SÁNCHEZ, R. (2016): «El concurso de Banco de Madrid: la interpretación del artículo 142 de la Ley Concursal y las entidades financieras», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 25, pp. 245 y ss.
- BELANDO GARÍN, B. y R. MARIMÓN DURÁ (dirs.) (2020): *Retos del mercado financiero digital*, Cizur Menor.

(95) Impresiona la longitud de la lista de entidades que publica la CNMV en su sitio *web* advirtiendo que se sospecha que están prestando servicios de inversión sin autorización para ello (la lista ocupa 224 páginas, cada una de las cuales incluye la referencia a 10 entidades) y a las que el organismo supervisor de los mercados financieros denomina informalmente «chiringuitos» financieros. En dicho sitio *web* se incluyen además dos claros e instructivos folletos explicativos sobre la materia —la Guía sobre *Chiringuitos financieros* y la Guía sobre *Estafas y fraudes financieros*—, en los que se ofrece una valiosa información sobre el *modus operandi* de estas entidades y sobre la manera de protegerse frente a ellas. Particularmente ilustrativo resulta la identificación de los tipos de estafas más habituales que se describen en las pp. 9 a 19 del segundo folleto citado. Por cierto, que la denominación de «chiringuitos», utilizada habitualmente para designar unos dignísimos establecimientos de hostelería existentes en numerosas playas españolas, resulta demasiado benévola para referirse a estas entidades a la vista de la naturaleza criminal de las actividades que, al menos una parte de ellas, llevan a cabo, para engañar y sustraer el patrimonio de personas no suficientemente advertidas del grado de sofisticación que alcanza hoy en día el crimen organizado.

- BELANDO GARÍN, B. (2023): «Un acercamiento a la futura Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero», *Revista General de Derecho de los Sectores regulados*, 11.
- CHINCHILLA MARÍN, C. (2015): «El régimen de supervisión, inspección y sanción del Banco de España en la Ley 10/2014», *Revista Vasca de Administración Pública* 102, pp. 17 y ss.
- DARNACULLETA GARDELLA, M. M. y M^o A. SALVADOR ARMENDÁRIZ (2010): *Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera*, RAP 183.
- ESTEBAN RÍOS, J. (2019): *La imposición de sanciones por parte del Banco Central Europeo y de las autoridades nacionales en el marco del mecanismo único de supervisión: un enrevesado reparto competencial*, en Beatriz Belando (dir.), *Potestad sancionadora y MIFID II*, Aranzadi, pp. 145 y ss.
- (2020): *El ejercicio de las potestades supervisora y sancionadora en el marco del Mecanismo Único de Supervisión*, Aranzadi.
 - (2021a): *El Mecanismo Único de Supervisión: oportunidad, configuración y problemas planteados*, BOE, Madrid.
 - (2021b): *La nueva supervisión del gobierno corporativo de la banca*, Aranzadi, Cizur Menor.
 - (2022): «El largo camino hacia la creación de una autoridad independiente para la protección del cliente financiero: necesidad, funciones y cuestiones controvertidas», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 30.
- FERNÁNDEZ, T. R. (1989): «El ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis», en el vol. col. por él dirigido *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid.
- GARCÍA-ANDRADE, J. (2013): *Fundamento y características de la regulación bancaria*, en el vol. col. dirigido por S. Muñoz Machado y J. M. Vega Serrano, *Derecho de la regulación económica. X. Sistema bancario*, Iustel, pp. 15 y ss.,
- GONZÁLEZ MORENO, J. M. (1983): *Naturaleza y régimen jurídico de las Cajas de Ahorro*, Cajamadrid, Madrid.
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. y J. L. COLINO MEDIAVILLA (dirs.) (2020): *Regulación bancaria y actividad financiera*, Wolters Kluwer.
- IZQUIERDO CARRASCO, M. (2012): *La supervisión pública sobre las entidades bancarias*, en M. Rebollo Puig (dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Iustel, Madrid.
- (2013a): *La inspección del Banco de España sobre las entidades de crédito*, en S. Muñoz Machado – J. M. Vega Serrano (dir.), *Derecho de la regulación económica. X. Sistema bancario*, Iustel, Madrid.

- (2013b) ¿Cabe el empleo de entidades colaboradoras en la supervisión sobre entidades de crédito?, en J. J. Díez Sánchez (dir.), *La función inspectora*, AEPDA-INAP, Madrid, pp. 211 y ss.
- JIMÉNEZ-BLANCO, A. (1986): «Supervisión bancaria y responsabilidad administrativa», *RDBB* 20, pp. 823 y ss.
- (2013a) *La función inspectora en el ámbito financiero [la supervisión de las entidades de crédito]*, en J. J. Díez Sánchez (dir.), *La función inspectora*, INAP, Madrid, pp. 13 y ss.
- (2013 b): *Regulación bancaria y crisis financiera*, Atelier, Barcelona.
- LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023): «Regulación y supervisión financiera en la nueva economía digital global», *RAP* 220, pp. 271 y ss.
- LARA ORTIZ, M. L. (2018): *Visión crítica del sistema de competencias comparadas en el Mecanismo Único de Supervisión*, en J. C. González Vázquez y J. L. Colino Mediavilla (dirs.), *Cuestiones controvertidas de la regulación bancaria*, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 57 y ss.
- (2022): «El control de legalidad de las decisiones administrativas de regulación bancaria en la Unión Europea», *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, pp. 129 y ss.
- LINDE PANIAGUA, L. M. (2015): «La supervisión como conjunto variable de potestades. Una nueva frontera del Derecho Administrativo», *Revista del Derecho de la Unión Europea*, 27-28, pp. 175 y ss.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (2013): «Problemas de cobertura jurídica de la supervisión bancaria del BCE en la nueva Unión Bancaria y apuntes para su solución», *Revista de Estudios Europeos*, 63, 2013, pp. 79 y ss.
- MARTÍN-RETORTILLO, S. (1991): *El sistema bancario y crediticio* en el vol. col por él dirigido *Derecho Administrativo Económico. II*, La Ley, Madrid, 1991.
- MAYORGA TOLEDANO, M. C. (2020): «Operatividad del MUR: Tratamiento de las últimas crisis bancarias en España e Italia», en A. Ruiz Ojeda y J. M^o López Jiménez (dirs.), *Estudios sobre resolución bancaria*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 1241 y ss.
- MÍNGUEZ HERNÁNDEZ, F. (2015): «Las autoridades europeas de supervisión: estructura y funciones», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 27-28, pp. 125 y ss.
- MORENO DE LA SANTA GARCÍA, E. (2020): «El *Compliance Officer* de las entidades de crédito», en J. C. González Vázquez y J. L. Colino Mediavilla (dir.), *Regulación bancaria y actividad financiera*, Wolters Kluwer, Las Rozas, pp. 243 y ss.
- PADRÓS REIG, C. (1998): «La globalización del Derecho Bancario», *RDBB*, 70, pp. 431 y ss.

- (2012): «La relevancia de la culpa *in vigilando* en la regulación y supervisión financiera y bancaria», *RDBB*, 128, pp. 115 y ss.
- PEMÁN GAVÍN, J. M. (2020): *Banca, Derecho y sociedad en tiempos convulsos. Sobre la necesidad de recuperar la euanimidad en el tratamiento del sector financiero*, Marcial Pons, Madrid.
- (2022): *Derecho Sancionador bancario. El régimen sancionador de las entidades supervisadas por el Banco de España*, Iustel, Madrid, 2022.
- PÉREZ DE ARMIÑÁN, G. (1983): *Legislación bancaria española*, Banco de España, Madrid.
- PÉREZ RAMÍREZ, J. (2011): *Vidas paralelas. La banca y el riesgo a través de la historia*, Marcial Pons Historia, Madrid.
- REINHART, C. M. y K. S. ROGOFF (2011): *Esta vez es diferente. Ocho siglos de necesidad financiera*, Fondo de Cultura Económica, Madrid.
- RODRÍGUEZ PELLITERO, J. M., y S. PERNÍAS-SOLERA (2020): «Riesgo sistémico y supervisión macroprudencial de las entidades de crédito», en J. C. González Vázquez y J. L. Colino Mediavilla (dir.), *Regulación bancaria y actividad financiera*, Wolters Kluwer, Las Rozas, pp. 67 y ss.
- RUIZ OJEDA, A. y J. M^a LÓPEZ JIMÉNEZ (dirs.) (2020): *Estudios sobre resolución bancaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- RUIZ OJEDA, A. (2021): «Insolventes e ilíquidos, redimidos y condenados. (Kénosis de las entidades de crédito españolas en tránsito hacia la digitalización)», en G. F. Ferrari (dir.), *Banca, finanza, moneta. Il governo dell'economia nel prisma della comparazione*, G. Giapichelli Editore, Turín.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A. (2014): «Transformaciones en la regulación bancaria. Una perspectiva desde el Derecho público», en J. L. Colino Mediavilla y J. C. González Vázquez (dirs.), *Las Cajas de Ahorros y la prevención y tratamiento de las crisis de las entidades de crédito*, Comares, Granada.
- (2020): «La responsabilidad de los reguladores bancarios en el ejercicio de sus potestades de ordenación y supervisión», en J. C. González Vázquez y J. L. Colino Mediavilla (dir.), *Regulación bancaria y actividad financiera*, Wolters Kluwer, Las Rozas, pp. 121 y ss.
- SUDRIÀ, C. (2014): «Las crisis bancarias en España: una perspectiva histórica», *Estudios de Economía Aplicada*, 32, 2, pp. 473 y ss.
- URBANEJA CILLÁN, J. (2022): «Los mecanismos de gestión de crisis bancarias como garantía de estabilidad financiera en la Unión Europea. El recurso al Tribunal General desestima los recursos contra la resolución del Banco Popular», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 73, pp. 995 y ss.