

REFLEXIONES SOBRE LA LEY DE DISCIPLINA E INTERVENCIÓN BANCARIA (*)

POR

SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid

*SUMARIO: 1. El notorio confusionismo del ordenamiento crediticio y financiero puede considerarse contrario al principio de seguridad jurídica.—2. La ley 26/1988, de disciplina e intervención de las entidades de crédito: una oportunidad frustrada.—3. Los principios fundamentales del régimen sancionador de las entidades de crédito: a) Determinación expresa del ordenamiento cuyo cumplimiento se tutela y garantiza. b) Responsabilidad administrativa de las entidades de crédito y responsabilidad personal de quienes en ellas ostentan cargos de administración y gestión. c) Compatibilidad de las sanciones administrativas y penales: el principio *non bis in idem*.—4. La articulación técnica del principio de legalidad en materia sancionadora: tipificación de los comportamientos ilícitos y establecimiento del sistema de sanciones. Consecuencias que se deducen para la determinación de los comportamientos obligados de las entidades de crédito.—5. Las medidas de intervención y de sustitución en los órganos de administración de las entidades de crédito.*

1. EL NOTORIO CONFUSIONISMO DEL ORDENAMIENTO CREDITICIO Y FINANCIERO PUEDE CONSIDERARSE CONTRARIO AL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Es ya un tópico, por otra parte justificado por demás, la valoración eminentemente crítica que recibe el ordenamiento bancario; o, más en general si se quiere, todo el conjunto normativo que regula el sistema crediticio y financiero. Fraccionamiento; falta de rigor y de coherencia; oscuridad; dificultad casi habitual de encontrar la norma aplicable al caso concreto; también, y con frecuencia, soluciones contradictorias. Es algo en lo que por manifiesto no es neces-

(*) Este trabajo ha sido expresamente elaborado para su publicación en los *Estudios en honor del Profesor F. Garrido Falla*, en los que aparecerá en breve.

ABREVIATURAS: CE, Constitución española; ECAP, Estatuto de las Cajas Generales del Ahorro Popular, aprobado por Decreto de 14 de marzo de 1933; EECAP, Estatuto Especial para las Cajas Generales de Ahorro Popular, aprobado por el Real Decreto-ley 2532, de 21 de noviembre de 1929; LDIEC, Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, 26/1988, de 29 de julio; LGT, Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963; LOB, Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946; LOCB, Ley de Bases de Ordenación del Crédito y de la Banca, 2/1962, de 14 de abril; LORBE, Ley de Organos Rectores del Banco de España, 30/1980, de 21 de junio.

sario insistir. Aquél aparece integrado por un conjunto desdibujado de normas que no precisan ni definen de modo coherente los poderes ni las facultades de la Administración; tampoco, el *status* de los operadores económicos, públicos y privados. Confusionismo comprensible si tenemos en cuenta que se trata de un ordenamiento que es resultado de un significativo proceso de acumulación de normas de épocas muy distintas, inspiradas en postulados de política económica diferentes e, incluso, contradictorios. Normas, muchas de ellas, de marcado carácter coyuntural que sin embargo mantienen su vigencia; normas de períodos de crisis, que conviven con otras de períodos de estabilidad y de desarrollo económico. Normas de control y de reforzamiento de situaciones existentes que coexisten con otras en las que el sistema se liberaliza de acuerdo con principios económicos muy distintos. Una situación de la que, a modo de ejemplo, puede resultar muy expresivo el dato de que los vigentes Estatuto y Reglamento del Banco de España son todavía los de un tiempo (1947 y 1948) en el que aquél era una sociedad mercantil, con parte importante de capital privado, y difícilmente podía considerarse como el eje fundamental de la Administración crediticia. Recuérdese también que en el momento actual los aspectos más fundamentales de nuestro sistema crediticio —por naturaleza eminentemente fluido y operativamente condicionado siempre por circunstancias de lugar y tiempo— aparecen recogidos en normas de la II República, en la LOB de 1946, en la LOCB de 1962 y en las normas que la desarrollaron, que vienen a unirse a la LORBE de 1980, a las Leyes 26/1983 y 13/1985 sobre coeficientes de caja y de inversiones, a la LORCA y a la reciente LDIEC de 1988. Conjunto normativo, además, que en líneas generales, más que establecer, como es frecuente en el derecho comparado, un marco flexible de principios que determinen las líneas básicas del actuar de la Administración crediticia y de los distintos operadores económicos, ha pretendido ser siempre extraordinariamente detallista y minucioso. De ahí que la más mínima alteración de las circunstancias que hay que considerar obligue casi de modo necesario a proceder a su modificación.

El ordenamiento crediticio, ya de por sí heterogéneo y confuso, viene estando además en una permanente y mantenida situación de cambio. Situación endémica, cuyas consecuencias se agravan notoriamente si se considera la forma parcial y fragmentada que se sigue para modificarlo. Modificaciones reiteradas que, antes que nada, evidencian la falta de fundamento de muchas de las soluciones que

recogen. En el mismo año se establecen y derogan los preceptos de una ley o de un decreto; pasan a ser sustituidos por otros, dictados casi siempre al socaire de situaciones concretas que han surgido y que no han podido resolverse; al menos, en el sentido deseado. Rectificaciones, además, *ex post*, referentes a cuestiones muy particulares; de modo habitual, con una notoria incapacidad para prever e imaginar fundadamente las situaciones que pueden plantearse y la posible problemática a que habrán de dar lugar. En este ámbito, realmente, el legislador viene alimentándose de sus propios y reiterados errores (J. L. VILLAR).

La situación expuesta es desde luego difícil de abordar. No por ello deja de ser necesario hacerlo. Situación de reiterado parcheo, que contrasta con la radicalidad con la que en los últimos diez años se ha llevado a cabo en numerosos países europeos la modificación de su ordenamiento crediticio. En el nuestro, además, todavía se agrava mayormente, habida cuenta de la heterogeneidad formal del conjunto de normas que lo integran, a las que es obligado añadir también todo el significativo y heterogéneo conjunto de «oficios y cartas circulares del Banco de España», cuya corrección jurídica puede llegar a ser cuestionable en un momento determinado como consecuencia de alteraciones en el sistema de producción normativa.

Son las circunstancias expuestas las que caracterizan el ordenamiento bancario; o, más propiamente si se quiere, el de las distintas entidades de crédito. Su valoración no puede ser sino marcadamente crítica. Junto a ello, y superando incluso tal valoración, la situación referida conduce también a una cuestión de mayor significado: con harta frecuencia, como ya se indicó, no es fácil saber la norma aplicable, la norma realmente vigente. En muchas ocasiones es desde luego dificultoso decantarse sobre ello. La no muy abundante Jurisprudencia que se ha ocupado de esta materia es habitual que deba comenzar intentando precisar la normativa aplicable al supuesto que enjuicia. Asimismo, las colecciones legislativas acostumbra recoger íntegras las disposiciones que, al menos en parte, están en vigor; advierten, sin embargo, de modo un tanto genérico que muchos de sus preceptos han sido derogados; diríamos que sin «atreverse» a precisar, en concreto, los que en efecto lo están. Un extremo que, por ejemplo, trataba de abordar una edición reciente de la legislación bancaria española editada por el Banco de España; no obstante, en relación con el Estatuto de las Cajas de

Ahorro en 1929, vigente en parte en aquel momento, se veía obligada a advertir que «son muchos los artículos [de ese texto] que pueden considerarse derogados *de hecho* o cuya vigencia *es dudosa*», recogiendo los que en su opinión la mantenían, si bien advertía también eran muy distintos a los que aparecían en la Recopilación legislativa elaborada por la Confederación Española de Cajas de Ahorros, y distintos también de los que recogía el Código de las Leyes de Hacienda editado por el Servicio de Publicaciones del Ministerio. Tres publicaciones oficiales, como puede verse, manifiestamente dispares entre sí a la hora de precisar las normas que deben considerarse vigentes.

El ejemplo que acaba de referirse, muy por encima de su posible valor anecdótico, es desde luego paradigmático en el sentido que señalo. Expresa esa situación de imprecisión y de manifiesto confusionismo que ofrece el ordenamiento crediticio y financiero. Una valoración cuyas consecuencias, obviamente, van mucho más allá de la que pueda ser la calificación acerca de la bondad o adecuación de un determinado sistema jurídico. Se trata de una situación que, con fundamento, y por lo que se ha dicho, cabe entender resulta gravemente atentatoria a los principios de seguridad jurídica, legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que sanciona el artículo 9.3 CE. Tratemos de verlo.

2. LA LEY 26/1988, DE DISCIPLINA E INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO: UNA OPORTUNIDAD FRUSTRADA

La Disposición adicional de la LORBE intentó rectificar la situación expuesta. Ordenaba al Gobierno remitir a las Cortes un Proyecto de ley que actualizase y contemplara todas las disposiciones relativas al régimen de actuación y a las funciones de la Administración monetaria y crediticia. Unos deseos que también reflejaba el Preámbulo del Real Decreto 1144/1988, al referir cómo la dispersión existente «aconsejaría por sí sola una tarea de refundición de las normas aplicables». Exigencias que se han tratado de cumplimentar en distintas ocasiones. No obstante, aquel mandato político dado al Gobierno, por las circunstancias que fuere, sigue sin llevarse a la práctica. El texto elaborado a tal fin sobre las funciones del Banco de España, que contenía una auténtica regulación general del sistema crediticio, quedaría marginado por

razones que no son del caso. Circunstancias muy coyunturales, a las que después me referiré, harán que resulte obligado regular sin demora todo lo referente al régimen sancionador y de intervención de las entidades de crédito. Es así cómo de aquel texto se segregará todo lo relativo a estos temas, que pasará a constituir *inicialmente* el núcleo central de la que iba a ser la ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e intervención de las entidades de crédito. La solución entiendo que no es buena. Insisto en que debió procederse a la ordenación de todo el sistema, solventando así los muy graves problemas de clarificación que presenta. Tiempo, además, hubo para ello. En cualquier caso, y al margen de lo que acaba de decirse, es innegable que la solución referida, en relación con algunos aspectos muy concretos, ha venido a ofrecer cauces jurídicamente más consistentes para el actuar de la Administración monetaria y crediticia. No obstante, sigue sin rectificarse la situación expuesta. Más todavía: aunque parezca paradójico, su confusiónismo y la falta de seguridad que comporta han venido a quedar notoriamente acentuados.

La LDICE es muy consciente de la fragmentariedad de la regulación que establece. Incluso, diríase que de su provisionalidad. La ley se justifica en su Exposición de Motivos:

«en defecto de una ley general sobre ordenación de la actividad de las entidades de crédito, cuya necesidad se deja sentir, pero que, por su complejidad, no puede abordarse con premura...».

No es, pues, como era de esperar, una ley de *ordenación* de las entidades de crédito en el significado tradicional con que viene entendiéndose el término desde la ley Cambó de 1921. Tampoco, y a pesar de su propio enunciado, una ley de *disciplina* bancaria en su sentido más propio: disciplina es, según la acepción fundamental del Diccionario, «observancia de las leyes y ordenamientos»; «sujeción de las personas en su conducta a normas severas», dice el de María Moliner. El término con que se enuncia la ley se asume, por tanto, de modo muy parcial y en su sentido punitivo, disciplinar. El acotamiento que se lleva a cabo del ordenamiento crediticio que se considera, convierte a aquélla en un texto limitado a regular, en principio, el correspondiente régimen de sanciones de las entidades de crédito. Expresamente se renuncia, pues, a establecer en su globalidad su *disciplina* jurídica.

Las razones que explican este planteamiento, y a las que antes aludí, han sido reiteradamente señaladas. Los instrumentos sancionadores de los que disponía la Administración monetaria y crediticia, con los que, por cierto, hubo de abordar precisamente la crisis bancaria, no podía decirse cumplieran las exigencias requeridas después de la CE para el ejercicio de la potestad sancionadora. Ni mínimamente siquiera. La explícita aplicación que a la misma ha venido haciendo la Jurisprudencia del principio de legalidad que en materia penal establece el artículo 25 CE, permitía concluir, en buena medida, que la Administración crediticia carecía de habilitación legal bastante para el ejercicio de sus funciones sancionadoras. Quedaba en cierto modo inerte; sin cauces jurídicos con los que reaccionar ante cualquier infracción. Una conclusión que ya cabía deducir de muy distintos y reiterados pronunciamientos del TC y del TS. Resultaba inequívoca a raíz de la STC de 10 de noviembre de 1986, habida en el recurso interpuesto por la CEOE contra distintas normas reglamentarias que establecían el sistema sancionador en el orden laboral: se requería no sólo que *la ley* habilitase para actuar, sino también que contuviera la tipificación de los ilícitos constitutivos de infracción, y las sanciones que en su caso podían corresponder. Unas exigencias que, obviamente, no se daban en el ordenamiento crediticio. Resultaba obligado, y además con cierta urgencia, no dejar indefensa a la Administración monetaria y crediticia. En tal sentido, la ley 26/1988 venía a satisfacer cuidadosamente aquellas exigencias, poniendo en manos de la Administración un importante instrumento para llevar a cabo el ejercicio de su potestad sancionadora. En toda la ley, diríase que es perceptible una auténtica obsesión por dar respuesta adecuada a las exigencias que el TC y el TS han venido estableciendo para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración. Lo advierte de modo muy explícito en su propia Exposición de Motivos: la normativa vigente sobre las entidades de crédito

«presenta sin embargo deficiencias muy graves que se pueden agrupar en dos categorías: las que oscurecen la correcta aplicación del principio de legalidad aplicable a las normas sancionadoras en sus elementos esenciales (atribución de potestades sancionadoras a la Administración, tipificación precisa de las infracciones y sanciones); y las que surgen de la enorme dispersión y va-

riedad de las disposiciones en que se recoge la normativa, con las lagunas legales y la falta de coordinación existente».

Doble perspectiva desde la que se enjuicia una situación que la LDIEC trata de abordar. Ocurre, sin embargo, que mientras en relación con la primera cabe entender que va a dar la respuesta adecuada, por lo que al segundo aspecto se refiere, agravará todavía más la que precisamente trataba de rectificar.

Unas reflexiones de carácter general

En primer lugar, insistir en que al haber acotado su contenido la LDIEC en los términos que lo hace, sigue sin cumplimentarse el mandato que en 1980 hicieron las Cortes Generales al Gobierno. Falta la ordenación global y sistemática, por una parte, de la Administración crediticia; por otra, del *status* de las distintas entidades de crédito. Y, lo que ya es más objetable, la ordenación que se recoge viene a quedar básicamente enunciada desde la perspectiva negativa que cabe derivar de los comportamientos ilícitos que se sancionan. Es un dato que conviene valorar debidamente. Volveré más adelante sobre él. El régimen jurídico de las entidades de crédito no es, pues, resultado de establecer las posibles funciones de la Administración o de las obligaciones, cargas o comportamientos que a aquellas entidades puedan señalárseles: el diseño de su *status sólo es deducible desde el enunciado concreto de lo que precisamente les está prohibido realizar*. Una fórmula, desde luego, que no es la más aconsejable para llevar a cabo la ordenación de unas determinadas entidades que, de este modo, queda formulada en un marco de notorio carácter prohibitivo.

Hay, sin embargo, una *segunda* razón que justifica todavía mayormente el juicio crítico que formulo. Y ello, insisto, sin entrar en el análisis del contenido de la ley. Esta, se dijo, renuncia a establecer la *disciplina* de las entidades de crédito en su sentido más propio. No ha pretendido recoger su regulación general. Se concreta, lo hemos visto ya, en salvaguardar, básicamente desde una perspectiva formal, las exigencias constitucionales que impone el principio de legalidad en materia sancionadora. Es, por tanto, una ley referida a los aspectos punitivos y disciplinarios. Una intencionalidad que, sin embargo, resultará marcadamente desbordada. *Van a ser*

muchos los temas que, al margen de aquéllos, se recogen en la ley; y ello, tengan o no relación con el contenido de la misma. Nada ayuda, pues, a la clarificación del sistema; muy al contrario, acentúa de forma notoria el confucionismo ya existente, que alcanza así extremos que deben entenderse como gravemente perturbadores.

La ley 26/1988 es resultado de una *muy mala* técnica legislativa; responde a la fórmula que, de modo tan notorio, está generalizándose en los últimos años, en relación con la cual, incluso, el TC se ha visto obligado a tomar partido. Es la línea que vienen asumiendo con creciente habitualidad y extensión las leyes de Presupuestos Generales del Estado; y también, ya, las de algunas Comunidades Autónomas. Una práctica que, de *normalizarse* por dieciocho órganos legislativos, habrá de conducir a una situación que, sin duda alguna, no diferirá mucho del caos que debió preceder a «la ordenación del mundo». Práctica manifiestamente irresponsable, que introduce un evidente confucionismo en el sistema jurídico y que, además, puede entenderse directamente atentatoria contra el principio constitucional de seguridad jurídica; y, con frecuencia también, contra el derecho a una tutela efectiva.

Me refiero, casi no hace falta decirlo, a la praxis cada vez más generalizada de que las leyes vengán a recoger pronunciamientos sobre materias *del todo ajenas a las que las mismas se refieren*: se trata de cambiar la regulación de un punto determinado; o de dar respuesta a soluciones que han sido controvertidas por los Tribunales; o de soslayar deficiencias que han podido advertirse; o de introducir en relación con temas muy distintos innovaciones normativas que se entienden pendientes. Y ello, tengan o no relación con el objeto al que en concreto se refiere la ley: la aprobación de *una* ley, diríase que se *aprovecha* —el término es expresivo, y reiteradamente utilizado— para establecer la regulación de muy *distintas* cuestiones. Intencionalidad, que de modo muy gráfico expresan todas las conocidas expresiones con que viene calificándose a estas leyes: «leyes omnibus» o «leyes escoba»; o más bien «leyes de saldos», entre las que, por méritos propios, la LDIEC ocupa un destacado lugar.

En relación con ello, la Exposición de Motivos de la ley 26/1988 —«todo un poema a la dispersión y al escaso respeto a los principios de legalidad y tipicidad» (J. L. VILLAR PALASÍ)— resulta muy expresiva. Por una parte, descarta explícitamente, como se vio, la solución de establecer una ordenación general de las entidades

de crédito; pretende concretarse a su régimen sancionador. Ahora bien, además —se añade en aquella—,

«se ha considerado conveniente *aprovechar* la aprobación de esta ley para resolver ciertos problemas sustantivos importantes del régimen legal de las diversas categorías de entidades *financieras*».

Se trata «de aprovechar este vehículo legislativo», como expresaba el texto del Anteproyecto. Consecuentemente con esta intención, va a recogerse la regulación parcial de otros muchos temas, sean o no referibles a las entidades de crédito. La LDIEC, junto al sistema sancionador y de intervención de las entidades de crédito que refleja su enunciado, regula también otros muchos aspectos de las mismas que nada tienen que ver con aquél; otros, que ninguna relación guardan con tales entidades. Tratemos de referirlos con un cierto detalle.

En primer lugar, es fácil observar cómo la ley regula también importantes temas de carácter general referentes al *status* de la Administración monetaria y financiera y al de las entidades de crédito; su lógico emplazamiento no parece deba ser el de una ley de sanciones. Son, diríase, cuestiones que, podía entenderse, «quedaban pendientes» y que convenía regular; eso sí, de modo parcial y fragmentario. Así, se precisa el contenido normativo que constituye el sistema de ordenación y disciplina bancaria, cuyo alcance tiene evidente carácter general, y trasciende con mucho el ámbito del sistema sancionador; se establece, ampliándolo a todos los efectos, el concepto mismo de entidades de crédito: el que se recoge lo es no sólo en cuanto concreta el posible sujeto pasivo de la potestad sancionadora, sino también de todas las funciones de control y supervisión de la Administración (F. SÁNCHEZ CALERO); se refrenda igualmente de modo muy inequívoco el siempre discutible y discutido tema de la potestad reglamentaria del Banco de España, por cierto, en términos de muy dudosa corrección jurídica: es difícil justificarla constitucionalmente para el desarrollo de disposiciones ministeriales en las que, además, encuentra la habilitación para su ejercicio; se regula asimismo el régimen competencial de las Comunidades autónomas en materia de Cajas de Ahorro y de Cooperativas de Crédito; el sistema de autorización para el establecimiento de las entidades de crédito, entre ellas las bancarias; el de registro

de las mismas; el de absorción y fusión de tales entidades, etc. Unos enunciados que culminan con los que recogen las llamadas «disposiciones complementarias», que integran el título IV de la ley, y las adicionales, alcanzándose así un auténtico modelo de dispersión y de caos.

Más todavía: rota la homogeneidad que inicialmente se pretendió tuviera el texto, no hay ya entonces límites para establecer su contenido de modo mínimamente coherente. Resulta muy esclarecedor sobre ello, en sus propios términos, el texto transcrito de la Exposición de Motivos de la ley: la ampliada ordenación que la ley sanciona de distintos aspectos de las entidades de *crédito* se aprovecha para llevar a cabo también la de carácter general de muy diferentes entidades *financieras*. Las razones que se aducen, pretendiendo justificar la conexión entre ambos temas, por inconsistentes, no merecen ni ser consideradas. Y es en la línea expuesta, que cabe observar que la LDIEC establece asimismo el *status* del Instituto de Crédito Oficial; opera también, en términos que después referiré, una amplia deslegalización de determinadas materias (fijación de capital mínimo de las entidades de crédito; de los coeficientes de caja e inversión; régimen de contabilidad de las mismas; protección de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito; limitaciones a la libertad de contratación, etc.), al facultar al Gobierno y al Ministerio de Economía y Hacienda para establecer su regulación, que tendrá la consideración de básica a efectos de lo establecido en el artículo 149.1, 11 y 13 CE; regula igualmente el *régimen general* de las sociedades de arrendamiento financiero; el de las entidades de inversión colectiva; el de las sociedades de garantía recíproca; las sociedades de cabecera de grupos, etc. Hay todavía más, sin embargo: junto a lo dicho, la LDIEC modifica también la Ley de Sociedades Anónimas, la LGT, la Ley 4/1979 sobre régimen jurídico del control de cambios; la ley 2/1981 del mercado hipotecario; la ley 33/1984 de Ordenación del seguro privado; el texto refundido de la ley reguladora de la Producción de seguros privados (Real Decreto-legislativo 1347/1985); la ley 14/1985 sobre régimen fiscal de activos financieros, etc. Un listado de materias que se comenta por sí solo.

Toda ley, entiendo, debe responder, al menos con un grado mínimo, a un cierto esquema de racionalidad y de coherencia: debe tratar de reconducir a sistema la ordenación más o menos global de una realidad, determinada, en principio, por una cierta homogenei-

dad temática. Y ello no por exigencias de un posible perfeccionismo, por otra parte siempre deseable, sino en cuanto sólo a si el sistema que se establece puede ofrecer estabilidad, coherencia y seguridad. Es lo menos que cabe exigir al ordenamiento jurídico. Nada de esto puede encontrarse en la LDIEC; el papel de los juristas en su elaboración, en este punto concreto, una vez más, parece haber estado ausente, y haber sido sustituido por criterios de estricta conveniencia u oportunidad política o económica. Criterios estimables, muy válidos ciertamente, en otros muchos campos; no en el de la técnica legislativa, que debe responder a exigencias y criterios propios. El fraccionamiento y la falta de rigor y coherencia del ordenamiento crediticio a los que antes aludí, se acentúan de este modo de forma notoria. No sólo no se lleva a cabo clarificación alguna, sino que su confusión se aumenta en términos realmente notables.

3. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL RÉGIMEN SANCIONADOR DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

Es al tema que acabo de enunciar, y no a los otros *conexos* que la ley regula también, al que aquí quiero referirme. No obstante, parecen obligadas unas breves consideraciones de carácter general sobre el contenido de algunas de las soluciones que se recogen. Asumiendo sin reserva alguna lo que se dijo respecto al tratamiento que desde un punto de vista formal se lleva a cabo del sistema sancionador, en otros muchos aspectos no cabe formular juicio en sentido análogo. Su corrección jurídica es ya más que dudosa; también, la coherencia de algunas de las soluciones que se ofrecen. En cualquier caso, impugnada la ley ante el TC, como viene siendo práctica habitual, habrá que esperar en este caso a su pronunciamiento, para poder concluir sobre el texto que comentamos.

La LDIEC, aunque parezca paradójico, parte en cierto modo de un planteamiento notoriamente contradictorio. Un planteamiento que expresa las tensiones que, con frecuencia, se dan en el seno de la Administración, y que elementales exigencias de buena administración obligan a superar. En este caso, entre el Banco de España y el Ministerio de Economía y Hacienda. Es cierto que la ley precisa, amplía y concentra en aquél muchas de las funciones a ejercer por la Administración. No obstante, todo el texto transpira

un inexplicable tufo de recelo y desconfianza hacia el Banco de España, que en nada habrá de favorecer el correcto funcionamiento del sistema. A su vez, el largo listado de comportamientos de las entidades de crédito que pueden resultar punibles, conduce a un muy notorio encorsetamiento de su gestión; va a ser muy difícil, en uno u otro momento, por una u otra circunstancia, que aquéllas no se encuentren en una situación que pueda considerarse irregular. Téngase en cuenta también las amplias y no siempre justificadas facultades discrecionales que a favor de la Administración crediticia subyacen en no pocos artículos de la ley. Es así que la legislación de aquellas entidades va a quedar muy directamente en manos del juicio de la Administración crediticia, hasta en sus más mínimos extremos. Se trata de un extremo cuyas consecuencias es obligado valorar debidamente. También, y junto a lo dicho, recordar lo que se señaló acerca de la dudosa corrección jurídica de que después de la CE pueda atribuirse el ejercicio de la potestad reglamentaria para el desarrollo de normas y disposiciones de carácter general de un Departamento ministerial. Por su parte, el explícito y justificado convencimiento de que parte de la ley, de que la eficacia de todo sistema normativo depende de que la Administración ostente facultades coercitivas bastantes para garantizar su cumplimiento, trasciende a una amplia preocupación por plantear el tema del ejercicio de tales facultades en términos operativos; en ocasiones, incluso, sin las obligadas garantías. Un tema al que en concreto me referiré más adelante. A su vez, es fácil observar igualmente cómo al amparo del tratamiento que se lleva a cabo del tema de la potestad reglamentaria no sólo se deslegalizan aspectos de notoria importancia, sino que se encubren autorizaciones en exceso genéricas (arts. 47 y ss.) que pueden resultar de muy dudosa corrección jurídica.

Se trata, pues, de una serie de aspectos, algunos de ellos de notorio significado. También en este supuesto habrá que esperar, como se dijo, el pronunciamiento del TC. Circunstancia ésta que, como viene siendo habitual, inviste por el momento a la ley de un marcado carácter de provisionalidad.

En relación ya con el régimen sancionador que establece la LDIEC, hay que señalar que se parte de la precisión previa del concepto de entidades de crédito, a las que precisamente aquél ha de aplicarse. Una calificación que, como se dijo, trasciende del ámbito sancionador y resulta obligado asumir con carácter general. En tal

sentido, se modifican (art. 39) los términos en los que poco antes había sido establecido el citado concepto (Real Decreto-legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho sobre establecimientos de crédito al de la CEE), y de acuerdo con la directiva 77/780, de 12 de diciembre, se señalan ahora como tales entidades de crédito a

«toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de actos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza».

En concreto, se enuncian como tales el Instituto de Crédito Oficial, las Entidades oficiales de crédito, los Bancos privados, las Cajas de Ahorro, la Confederación Española de Cajas de Ahorro, la Caja Postal de Ahorros, las Cooperativas de crédito, las Sociedades de crédito hipotecario, las Entidades de financiación, las Sociedades de arrendamiento financiero y las Sociedades mediadoras del mercado de dinero. El enunciado no es exhaustivo; a todas ellas —y a las sucursales abiertas en España por entidades de crédito extranjeras— se les aplica el régimen sancionador contenido en la ley, sin perjuicio —conviene recordarlo— que distintos tipos de esas entidades encuentren también en la LDIEC la regulación de su régimen jurídico material.

a) *Determinación expresa del ordenamiento cuyo cumplimiento se tutela y garantiza*

El primero de los principios que caracteriza el sistema sancionador que la ley establece es el de (art. 1.5) la determinación expresa del ordenamiento jurídico que precisamente se trata de garantizar: se consideran normas de ordenación y disciplina bancaria «las leyes y disposiciones administrativas de carácter general que contengan preceptos específicamente referidos a las entidades de crédito y de obligada observancia para las mismas». Valoración de carácter general, establecida de acuerdo con un criterio material; seguidamente se concreta, al precisar que, entre esas normas, se considerarán, como es lógico, las aprobadas por los órganos del Estado o

de las Comunidades autónomas que tengan competencias atribuidas en la materia; a ellas se añaden —y quizá sea ésta la razón última de precisar el ordenamiento cuyo obligado cumplimiento se garantiza— las Circulares aprobadas por el Banco de España, que son así de observancia obligada: su infracción por las entidades bancarias da lugar, consecuentemente, al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración. Es ésta, quizá, la principal consecuencia práctica que cabe deducir del enunciado que la ley recoge.

En relación con este mismo punto, la propia ley (Disposición adicional octava) trata de resolver de una vez por todas un problema que ha venido siendo en extremo debatido; es el de la potestad normativa del Banco de España, al que *expresamente* se le habilita para su ejercicio. Aquél —se dice— «podrá dictar las *disposiciones* necesarias para el desarrollo o ejecución de la regulación contenida en las disposiciones generales aprobadas por el Gobierno o por el Ministerio de Economía y Hacienda, siempre que, además, *dichas normas* le habiliten de modo expreso a ello». El reconocimiento del principio responde a una auténtica exigencia, razonable y necesaria. Ahora bien, como ya se ha dicho, los términos concretos en los que se lleva a cabo su articulación resultan más discutibles. La problemática a la que antes nos referimos sigue sin resolverse: el texto transcrito obliga, ciertamente, a una habilitación previa y expresa de las funciones normativas a ejercer por el Banco de España. Ahora bien, al permitir que tal previsión sea contenida en normas que no tienen rango de ley y que, *además*, en su ejercicio se desarrollen normas reglamentarias de rango menor, como son, en su caso, las ministeriales, no parece se cumplan las exigencias que sobre ello impone el principio de legalidad, ni tampoco la delimitación que la CE establece de la titularidad de la potestad reglamentaria, en los términos en que reiteradamente ha venido precisando el TC.

- b) *Responsabilidad administrativa de las entidades de crédito y responsabilidad personal de quienes en ellas ostentan cargos de administración y gestión*

El segundo principio en el que se apoya el sistema sancionador establecido en la LDIEC, es el de que junto a la posible responsabilidad administrativa de las entidades de crédito se recoge también

la responsabilidad administrativa personal de sus gestores. La fórmula, ciertamente, no supone novedad alguna en el ordenamiento crediticio en el que, puede decirse, ha venido teniendo una cierta tradición y vigencia (art. 158 EECAP; art. 57 LOB; etc.). No obstante, su mantenida falta de puesta en práctica y, en consecuencia, la ineficacia de tales previsiones, ha sido notoria. No ha sido ajeno a ello, desde luego, la dificultad técnica de encajar determinadas situaciones reales en los supuestos normativos establecidos para permitir la exigencia de tal responsabilidad, dados los términos en los que aparecía formulada. También, y de modo principal, la tradicional debilidad que hasta los años setenta ha venido teniendo la Administración bancaria en relación con el sector privado.

La problemática que refiero se había evidenciado, como es lógico, con ocasión de la crisis bancaria. Muchos comportamientos jurídicamente irregulares hubieron de quedar por ello mismo sin sanción. La LDIEC retoma el tema en términos precisos, asumiéndolos con una evidente generalización. La responsabilidad administrativa por los comportamientos ilícitos que la ley tipifica corresponde a «las entidades de crédito, así como a quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas» (art. 1.1). Términos estos últimos que la ley precisa, siguiendo prácticamente los establecidos para exigir la obligación de inscribirse en el Registro de altos cargos de la banca. Debe entenderse que tienen tal consideración y, por tanto, son susceptibles de responsabilidad por las infracciones que cometan las entidades de crédito, los administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, sus directores generales y asimilados, entendiéndose por tales aquellas personas que desarrollen en la entidad funciones de alta dirección (art. 1.4). Un enunciado que, en relación con algunos de los supuestos que recoge, no es fácil concretar jurídicamente; máxime, si tenemos en cuenta la remisión que se hace a quienes ocupen puestos asimilados a los que se enuncian (F. SÁNCHEZ CALERO; M. BROSETA). Responsabilidad personal de todos ellos, que tratándose de infracciones graves o muy graves se establece en los dos supuestos siguientes (art. 15): en primer lugar, cuando tales infracciones «sean imputables a su conducta dolosa o negligente»; igualmente —y la extensión es notoria—, en todos los supuestos de infracciones graves o muy graves, la responsabilidad de la entidad les concierne también de forma personal, a no ser que no hubieren asistido justificadamente, o hubieren salvado su voto, cuando se adoptaron los acuer-

dos constitutivos de las infracciones o cuando éstas sean directamente imputables a unos órganos concretos y determinados de la entidad. Las sanciones que corresponda imponer, además de a la entidad, a quienes ejerciendo cargos de administración y dirección en la misma resulten responsables, son heterogéneas y presentan una obligada gradación: multa, suspensión en el ejercicio del cargo, separación del mismo con inhabilitación de duración diferente para ejercerlos, en la misma o en cualquier otra entidad de crédito, amonestación pública o privada, etc. En algunos supuestos pueden concurrir simultáneamente varias de estas sanciones (suspensión o separación del puesto y multa).

Se trata de un sistema complejo por demás. No obstante, puede resultar obligado para garantizar de un modo efectivo el cumplimiento de la disciplina bancaria; en muchas ocasiones, además, en beneficio mismo de la propia entidad. La ley es muy consciente de ello. Si de las actuaciones irregulares e ilícitas de las entidades de crédito sólo responden éstas, y no quienes personalmente las hayan motivado o llevado a cabo, el sistema carecerá siempre en buena medida de los efectos correctores precisos. Fórmula, pues, de responsabilidad personal que, en algunos casos, parece va siendo necesario establecer también no sólo para los detentadores del poder económico, sino igualmente para quienes lo sean del poder político y administrativo —autoridades y funcionarios—. Es de esperar que ahora se actualice debidamente; en definitiva, que no corra la misma suerte que la seguida hasta el momento.

En el planteamiento del tema, sin embargo, hay una evidente preocupación que acaso pueda resultar excesiva. Las fórmulas que se recogen son, desde luego, notoriamente mucho más ajustadas que las que con carácter general establece ya la LSA. En el tratamiento que se ofrece, sin embargo, no se puntualizan debidamente aspectos que pueden considerarse fundamentales: por ejemplo, la concreción de la responsabilidad entre las distintas personas que se señalan; tampoco parece sea adecuada la fórmula de exoneración en los términos que se establecen, que puede chocar con las exigencias que en materia de responsabilidad cabe derivar de la *culpa in vigilando* (M. BROSETA). En cualquier caso, no cabe olvidar que, sin eludir los planteamientos que puedan resultar obligados, cargar la nota en estas cuestiones puede conducir de hecho a un déficit de ejecución, a una situación de abstencionismo que no resulte conveniente.

Es obligado precisar también que el sistema de sancionar la res-

ponsabilidad personal tiene en este ámbito concreto una justificación a todas luces evidente. Considérese, y hemos insistido ya en ello, el papel realmente condicionante que en todo el sistema de intermediación financiera desempeña la protección de la buena fe y la confianza que la misma requiere. Circunstancias a mantener y que, rotas, resulta luego muy difícil reestablecer. Circunstancias también que, inequívocamente, conllevan la referencia y consideración de actuaciones personales: valoraciones personales de «honorabilidad y de conocimientos requeridos para ejercer la profesión bancaria». En tal sentido es evidente y muy notoria la preocupación de todo el derecho comunitario por las conductas de los gestores de las entidades de crédito; también, por establecer los criterios objetivos adecuados para enjuiciar y valorar tales condiciones personales (Directiva 77/780). Comportamientos irreprochables, únicos en los que puede apoyarse la confianza que siempre requiere toda gestión de intermediación financiera: la Administración debe considerarlos para autorizar el ejercicio de la actividad bancaria (art. 2 del Real Decreto 1144/1988); su mantenimiento y permanencia es obligado a lo largo de toda la gestión; unas circunstancias que, además, han de recibir la correspondiente publicidad mediante su constancia en el Registro oficial de altos cargos de la banca (Decreto 702/1969, de 26 de abril; OM de 22 de mayo de 1969, etc.). Consecuentemente, si toda la gestión de las entidades de crédito debe plantearse de acuerdo con muy marcadas valoraciones personales de sus gestores, es lógico que estos mismos criterios se proyecten también en la determinación de la responsabilidad que de esa gestión puede derivarse. Sólo así cabe entender se cierra el círculo de un sistema en el que la confianza aparece como su característica esencial.

c) *Compatibilidad de las sanciones administrativas y penales: el principio «non bis in idem»*

El tercer principio que inspira el ejercicio de la potestad sancionadora en este campo es el del reconocimiento expreso de su compatibilidad con la posible responsabilidad penal que pueda derivarse de los hechos constitutivos de la infracción. Aquélla —se dice (art. 2)— «será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal». Un planteamiento, casi no hace falta decirlo, que viene a reforzar de modo muy notorio la observancia del sistema de disciplina bancaria. Su incumplimiento

puede incidir *también* en el ordenamiento penal; de ahí que, en tal caso, deban entrar en juego las medidas propias del mismo.

La ley, de acuerdo con los términos establecidos por el TC, establece que las actuaciones administrativas de carácter sancionador que puedan llevarse a cabo deberán suspenderse «hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial». La apreciación de los hechos que ésta realice debe ser posteriormente asumida por la Administración en el procedimiento sancionador. Obligado sometimiento, por tanto, al pronunciamiento que el juez lleve a cabo sobre los hechos constitutivos del posible delito o de la infracción administrativa.

Por su parte quiero precisar que la fórmula que establece la LDIEC no creo pueda entenderse atentatoria al principio *non bis in idem*, que tan tempranamente matizó el TC. No estamos aquí, desde luego, ante los supuestos que el Tribunal acostumbra a considerar habitualmente al referir el citado principio: éste no se conculca cuando en determinados comportamientos —importación clandestina de diamantes; evasión del servicio sustitutorio de un objetor de conciencia— confluyen hechos diferenciados, susceptibles de sanciones distintas (STC de 30 de enero de 1981; STC 160/1987, de 27 de octubre, etc.). El tema es aquí muy otro: en los casos que ahora consideramos confluyen, pueden confluír, medidas sancionadoras administrativas y penales en relación con unos mismos hechos; ahora bien, tales medidas operan desde diferentes perspectivas. Ambas reacciones represivas derivan de planos distintos, y distinto es, además, su fundamento. No hay coincidencia entre el tipo definido por la LDIEC como infracción administrativa, y el tipo penal (T. R. FERNÁNDEZ). Las primeras derivan de la inserción de las entidades de crédito en el ordenamiento sectorial que les es propio, con su normativa y sus exigencias peculiares. Unas medidas que, en su caso, no excluyen a las otras, que traen causa del lógico sometimiento al sistema punitivo general. La lesión grave y demostradamente intencionada que un jugador de fútbol puede ocasionar a otro del equipo contrario, sin perjuicio de las sanciones deportivas que pueda merecer, podrá dar lugar también, en su caso, a las correspondientes sanciones penales. Ordenación sectorial que comporta «un plus de punibilidad respecto a la aplicable... a aquellos ciudadanos integrados» en el mismo, sin que tal circunstancia pueda entenderse «discriminatoria o desproporcionada» (STC 107/1986, de 24 de julio; también, ATC

1079/87, de 30 de septiembre). Es, pues, desde esta perspectiva desde la que hay que plantear la plena justificación de la posible coexistencia de sanciones administrativas y penales.

4. LA ARTICULACIÓN TÉCNICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA SANCIONADORA: TIPIFICACIÓN DE LOS COMPORTAMIENTOS ILÍCITOS Y ESTABLECIMIENTO DE SISTEMA DE SANCIONES. CONSECUENCIAS QUE SE DEDUCEN PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS OBLIGADOS COMPORTAMIENTOS DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

El principio de legalidad, auténtica columna vertebral del sistema establecido por la CE (art. 9.3; art. 10; art. 53; art. 103.1; etc.), opera con muy distinto alcance según los diferentes ámbitos en los que debe manifestarse. Resulta lógico que así sea. De ahí, y por las circunstancias que en ella concurren (art. 25 CE), que no parezca necesario insistir en el natural rigor con que debe ser exigido en el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración. En cualquier caso, y junto a ello, hay que considerar también que es doctrina reiterada del TC y del TS que, incluso en este ámbito, no se excluye la «colaboración» que pueda ofrecer el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la Administración. Es obvio, sin embargo, que en él deba tener necesariamente un alcance mucho más restringido que cuando, por ejemplo, concreta la tramitación a seguir en un determinado procedimiento, los documentos a presentar para obtener distintas ayudas económicas, o la forma en que debe procederse a la llevanza de los registros administrativos. Es lógico que así sea. De ahí que, aun reconociendo que, incluso, también en este campo —es Jurisprudencia reiterada— «no cabe exigir que la ley agote absolutamente» la descripción del ilícito y del sistema sancionador que pueda establecerse, es obligado que los pronunciamientos sustantivos sobre *todos* esos puntos deban contenerse en norma con rango de ley. Exigencia incuestionable del principio de legalidad en materia sancionadora que, como la Jurisprudencia tuvo ocasión de señalar, no aparecía siempre debidamente cumplida en el sistema crediticio. Por ello, precisamente, como ya se dijo, la justificación de la LDIEC procediendo a regular todos estos temas con el fin de que la Administración monetaria y crediticia no quedase inerte e indefensa. Una ley que habilita debidamente a aquélla, en cuanto explícitamente tipifica los comportamientos concre-

tos que constituyen infracción de las normas de ordenación y disciplina bancaria, y también las sanciones que a estas infracciones les corresponden. Son éstos los temas que integran el contenido de los Capítulos II y III del Título I de la ley.

Las infracciones se clasifican (art. 3), como es habitual, en muy graves, graves y leves. Sólo se detallan (arts. 4 y 5) las de los dos primeros grupos. Las de carácter leve se determinan mediante un procedimiento residual: tendrán esa consideración todos aquellos comportamientos que, constituyendo violación de «preceptos de obligada observancia para las entidades de crédito», no se encuentran comprendidos entre los que se especifica que constituyen infracción grave o muy grave.

Hay un largo listado de conductas que, en su detalle, se señalan como posibles infracciones graves o muy graves. No es cuestión de reproducirlo. Tampoco de valorar en concreto la coherencia de los comportamientos que así se enuncian con las sanciones que les pueden corresponder, ni de insistir en las frecuentes imprecisiones en que se incurre al enunciar los supuestos de hecho constitutivos de la posible infracción. Una serie de cuestiones que han sido tratadas ya por la doctrina (B. BROSETA). Aquí queremos considerarlas desde otra perspectiva muy distinta, cuya significación y trascendencia resultan notorias. Me he referido ya a ello. Habida cuenta que en nuestro ordenamiento no existe una ordenación global de las obligaciones y cargas a las que están sometidas las entidades de crédito que permita conocer y determinar su *status*, éste hay que inferirlo, en no pocos casos, por la vía indirecta que facilita el enunciado de aquellos comportamientos que precisamente la LDIEC prohíbe, al enunciarlos como constitutivos de posibles infracciones. La tipificación que se lleva a cabo de las conductas que se consideran ilícitas es cierto que, *en parte*, no constituye novedad. Algunas de las obligaciones de las que derivan están ya previstas, aunque no en su totalidad, en normas vigentes. En cualquier caso, sin embargo, es de la amplia enumeración que se hace de las infracciones que se sancionan, de las que hay que deducir «el negativo de una serie de obligaciones positivas que no resultan de otro lugar» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA). Es, pues, desde esta perspectiva, desde la que cabe deducir de modo muy fundamental el régimen jurídico de las entidades de crédito. Un planteamiento que, como se dijo, no creemos sea bueno. En cualquier caso es el que en relación con el derecho vigente se ofrece como más concreto y definido.

Es del largo listado de conductas que se califican como infracciones del que principalmente se deducen las obligaciones de las entidades de crédito: así, por ejemplo, necesidad de pedir autorización y de ajustarse en todo momento a las condiciones básicas de la misma para que aquéllas puedan llevar a cabo fusiones, absorciones o escisiones que puedan afectarles; para adquirir acciones u otros títulos representativos del capital; o para proceder a la cesión de sus derechos políticos de otras entidades de crédito, bien de modo directo, bien a través de persona jurídica filial o en la que aquélla sea dominante, o cuando ello suponga el control de hecho o de derecho de aquéllas, o un cambio en el control de las mismas; autorización también para la distribución de reservas expresas u ocultas; para la apertura de oficinas en el extranjero; obligación de no mantener los recursos propios en cuantía inferior a la exigida para obtener la autorización correspondiente para el ejercicio de la actividad; exigencia de que la entidad, o el grupo consolidado a que pertenezca mantenga la debida cobertura de los distintos coeficientes y de las demás inversiones obligatorias; dedicación exclusiva de la actividad de la entidad al objeto legalmente establecido; llevanza regular de su contabilidad, balances, cuentas de pérdidas y ganancias y de distintos estados financieros; obligación de someterse anualmente a una auditoría de cuentas en los términos establecidos para estas entidades; obligación también de colaborar con la actuación inspectora de la Administración; remisión a ésta de los datos e informes que puedan solicitarle; obligación igualmente de veracidad informativa en relación con la Administración, con sus socios, depositantes, prestamistas y con el público en general; prohibición de utilizar personas físicas y jurídicas interpuestas con objeto de alcanzar resultados cuya obtención les estaría prohibida; mantenimiento de los límites de riesgos y de los demás que supongan limitaciones cuantitativas, absolutas o relativas, al volumen de determinadas operaciones activas o pasivas; obligación también de dotar debidamente las reservas obligatorias y las provisiones para insolvencias, etc.

Me ha parecido de interés recoger el listado precedente. Refleja de modo muy preciso el grado de penetración que alcanza la ordenación administrativa de la entidad de crédito. Los supuestos que se han recogido de comportamientos que se consideran ilícitos no son exhaustivos: podrían fácilmente aumentarse refiriendo, simple-

mente, los que sancionan los artículos 4 y 5 como constitutivos de posibles infracciones.

La ley regula también (art. 7) el plazo de prescripción de las infracciones. Prevé, igualmente, que pueda darse el supuesto de infracciones continuadas, harto frecuente en este campo. Plazo distinto de prescripción de las infracciones, lógicamente, según su gravedad; en cualquier caso, se establece en términos notoriamente más amplios a los que acostumbran a señalarse para otras infracciones administrativas.

El establecimiento de los supuestos de hecho de las posibles infracciones tiene su correlativo obligado en el enunciado de las sanciones que por aquéllas pueden imponerse a las entidades de crédito y a quienes ejerciendo en ellas cargos de administración o de dirección puedan considerarse también responsables. A estos últimos supuestos me he referido ya antes con un cierto detalle. Las sanciones a imponer a las entidades de crédito son en extremo variadas. Resulta cuestionable en algunos casos la incoherencia que ofrecen en relación con las infracciones a las que aparecen referidas (M. BROSETA): van desde la lógicamente temida sanción de revocación de la autorización para el ejercicio de la actividad —sanción máxima, como es lógico—, a multas a ingresar en el Tesoro, o a la obligación de constituir determinados depósitos no remunerados en el Banco de España, cuya efectividad se garantiza, además, con la posibilidad de imponer reiteradas multas coercitivas hasta que tal depósito se lleve a cabo (art. 26); unas y otros, de distinta cuantía. Junto a las señaladas, también, la sanción de amonestación; podrá ser pública y privada. Sus efectos son fácilmente adivinables cuando lo es en la primera de las formas señaladas; téngase en cuenta el papel que, como se ha dicho reiteradamente, juega en la actividad de las entidades de crédito la confianza y la credibilidad que deben ofrecer: la publicidad que en tales casos recibe el comportamiento irregular de la entidad tiene desde luego unos inequívocos efectos punitivos.

La ley establece igualmente los criterios que, en su caso, deben tenerse en cuenta para modular las sanciones a imponer a las entidades de crédito (art. 14.1): gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio que haya podido producirse; ganancias obtenidas como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción; consecuencias de los mismos para el sistema financiero o para la economía nacional; haber procedido a la subsanación de la

infracción por propia iniciativa; reincidencia en conductas tipificadas como ilícitas, etc. También se establecen distintos criterios de valoración cuando se trata de supuestos de responsabilidad personal de administradores y directivos (art. 40.2): grado de responsabilidad directa que puede concurrir en el interesado; conducta anterior del mismo; carácter de la representación que ostenta. Las sanciones a entidades de crédito y a quienes ejerzan en ellas cargos de administración o dirección se tramitarán en un único procedimiento, del que resultará también una sola resolución. Igualmente se regula el procedimiento sancionador, mediante la lógica remisión a los artículos 133 y ss. LPA, en el que se garantiza, en todo caso, el trámite de audiencia (art. 20), que resulta, pues, inexcusable.

La ley, por su parte, asume un planteamiento eminentemente realista de la realidad financiera; de ahí que las entidades de crédito no se consideren sólo en su individualidad jurídica, sino también en cuanto pueden formar parte de un determinado grupo: en tal caso, y tratándose de algunas de las infracciones señaladas, la sanción se impone «a la entidad financiera cabecera de grupo»; si ésta no tuviera la condición de entidad de crédito, y la sanción que correspondiese aplicar fuere la revocación de la autorización, «se la impondrá [...] la sanción de disolución forzosa con apertura de período de liquidación» (art. 16) de la entidad.

La competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración crediticia se articula diferenciando la referente a la instrucción de los expedientes sancionadores, de la de la resolución de los mismos. La primera corresponde, en cualquier caso, al Banco de España que, a su vez, puede imponer también determinado tipo de sanciones; la competencia para imponer las más graves corresponde al Ministerio de Economía y Hacienda o, incluso, al Consejo de Ministros, en el caso de que se trate de la revocación de la autorización para el ejercicio de la actividad (art. 18). Todo ello sin perjuicio de la competencia que en materia sancionadora de determinadas entidades de Crédito —Cajas de Ahorro y Cooperativas— puede corresponder a las Comunidades autónomas (art. 42). En este supuesto particular se establece un sistema de relación y de colaboración con el Banco de España, cuyo informe, además, es preceptivo en todo caso (art. 42).

Las sanciones, con excepción de la amonestación privada, se harán constar en los Registros de entidades de crédito y en el de altos cargos; las más graves, también, en el Registro mercantil

o en el de cooperativas. Las sanciones por infracciones muy graves, una vez sean firmes, habrán de publicarse en el «Boletín Oficial del Estado»; también la de amonestación pública. En todo caso se atribuye un muy notorio poder a la autoridad a la que corresponda imponer sanciones de otro tipo, en cuanto se remite a su discrecionalidad el que pueda disponer igualmente su publicación (art. 27.5). El Banco de España, por último, debe enviar anualmente a las Cortes una Memoria de las actuaciones que hayan dado lugar a sanciones muy graves o a las medidas de intervención o de sustitución (Disposición adicional octava, 2) que estudiamos a continuación.

5. LAS MEDIDAS DE INTERVENCIÓN Y DE SUSTITUCIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

La intervención administrativa de empresas privadas supone el procedimiento más penetrante de incidencia pública en la gestión de una determinada empresa. No se incide en la titularidad de sus elementos patrimoniales. Es, por el contrario, en su gestión, que queda mediatizada a través de la intervención que se establece, o al llevarse a cabo la sustitución de los órganos que la desempeñan, cuyas funciones pasan a ser ejercidas por quienes legalmente se prevé. Institucionalmente, el fundamento y la posibilidad de estas medidas hay que situarlo en el artículo 128.2 *in fine* CE. En relación con ello, ya se dijo que, junto a la ordenación general del tema, es preciso considerar también lo establecido en relación con algunos sectores concretos; entre ellos, y de modo muy notorio, el de las entidades de crédito.

Las medidas de intervención y de sustitución en el sector crediticio es preciso adoptarlas, en ocasiones, con una urgencia extraordinaria; de ella depende en buena medida su eficacia. Su razón última está, también aquí, en la protección de los intereses de los acreedores, accionistas o partícipes de las diferentes entidades de crédito; su situación efectiva es difícil de valorar objetivamente, aparece colmada de entresijos de muy difícil percepción y normalmente permanece ajena a todos aquéllos. Lógicamente, la conoce y la puede enjuiciar con mucho más fundamento la Administración crediticia que los propios interesados. Es, pues, la defensa de éstos, en ocasiones, frente a al actuación de los propios ges-

tores de la entidad, la que justifica en estos casos la intervención pública, que alcanza así su mayor intensidad. Junto a ello, las medidas que señalamos se fundamentan también, en segundo lugar, en la posible repercusión que en el sistema económico general puede tener en ocasiones la situación de algunas entidades de crédito. Doble fundamentación que justifica, cumplidamente, la posible adopción de estas medidas.

Los sistemas de *intervención* de la entidad, y de *sustitución* de sus órganos gestores, son institucionalmente distintos. Los propios términos expresan las diferencias que entre ambos existen. En el primero, se mantienen los titulares de sus órganos de gestión; su actuación, sin embargo, pasa a ser mediatizada —controlada— por la persona o personas que al efecto designa la Administración crediticia. Los actos de aquéllos —salvo, naturalmente, los referidos a la posible impugnación de la medida de intervención, o a la actuación de los interventores— necesitan de la preceptiva aprobación de estos últimos; carecen de validez jurídica de no contar con ella (art. 35). Las medidas de sustitución, por el contrario, suponen la remoción de los titulares de los órganos de gestión de la entidad, cuyas funciones pasan a ser ejercidas con carácter provisional por quienes al efecto señala el Banco de España (art. 36). Medidas, pues, distintas. La ley las regula de forma conjunta, estableciendo, en principio, el régimen común a las dos, sin perjuicio de recoger también las singularidades de cada una de ellas (arts. 35 y 36).

En este tema, el tratamiento que ofrece la LDIEC es en extremo fragmentario. Lo veremos más adelante. Las soluciones que recoge, en su misma singularidad, reflejan las que fueron adoptadas en algunas experiencias concretas con las que la Administración crediticia hubo de enfrentarse durante la crisis bancaria. En ningún momento se eleva a sistema la regulación del tema, que falta. Son, pues, regulaciones parciales, de extremos también muy concretos y singulares.

La intervención de una entidad de crédito o la sustitución de sus órganos de gestión procede cuando una de ellas «se encuentre en una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia»; también, cuando existiendo indicios fundados de que se da esa situación de excepcional gravedad, «la verdadera situación de la entidad de crédito no pueda deducirse de su contabilidad» (art. 31). Situaciones, diríamos, de emergencia, que la Adminis-

tración enjuicia y en las que, por ello mismo, se convierte en árbitro, al mismo tiempo que, para rectificarlas, pasa a desempeñar un notorio protagonismo. Los supuestos de hecho en los que cabe establecerlas se enuncian, como puede verse, de acuerdo con el procedimiento obligado de los conceptos jurídicos indeterminados. No cabe ciertamente otra fórmula. En cualquier caso, sin embargo, y dada la gravedad de esas medidas, parecería obligada una mayor precisión y rigor en su enunciado, y también el señalamiento de algunos criterios para proceder a su valoración.

Uno de los temas que ha resultado más polémico en la elaboración de la LDIEC ha sido el de determinar la autoridad a la que corresponde la adopción de las medidas de intervención o de sustitución. El texto de la ley se decanta, finalmente, atribuyéndola al Banco de España, que las acordará, «dando cuenta motivada de su adopción al Ministerio de Economía y Hacienda» (art. 32.1). La solución es lógica. Será aquél, normalmente, el que, como se ha dicho, detecte en el ejercicio de sus amplias y permanentes funciones de supervisión y control de las entidades bancarias, las situaciones irregulares que pueden motivar las medidas señaladas. Estas podrán adoptarse bien durante la tramitación de un expediente sancionador, o al margen de él, cuando la entidad se encuentre en la situación que ha quedado referida, con independencia de que se tramite o no expediente alguno (art. 31.3). El acuerdo de intervención o sustitución por parte del Banco de España puede adoptarse también a solicitud de la propia entidad de crédito, formulada por los administradores, por el correspondiente órgano de fiscalización, o por «una minoría de socios que sea, al menos, igual a la que exija la legislación respectiva para instar la convocatoria de una Asamblea o Junta General Extraordinaria» (art. 32.2). En el acuerdo que las establezca, la autoridad crediticia «designará la persona o personas que hayan de ejercer las funciones de intervención, o hayan de actuar como administradores provisionales, e indicará también si tales personas deben actuar conjunta, mancomunada o solidariamente». Aquel acuerdo debe recibir la publicidad correspondiente mediante su inserción en el «BOE», inscribiéndose también en los Registros correspondientes; sólo desde este momento puede producir efectos respecto a terceros (art. 34).

Llama la atención esta parte de la LDIEC que precisamente regula las situaciones patológicas de mayor gravedad que pueden presentar las entidades de crédito y que, consecuentemente, con-

ducen a las más intensas medidas de intervención, por la muy escasa atención con que se consideran los posibles procedimientos garantizadores frente a las actuaciones de la Administración crediticia. Es cierto que, como se dijo, para que tal actuación resulte efectiva habrá de llevarse a cabo con extraordinaria rapidez; sin demora alguna. También, en ocasiones, con un obligado sigilo. Son, desde luego, éstas circunstancias que hay que tener muy en cuenta; su consideración es obligada, y no cabe eludirla. Circunstancias cuya ponderación hubiera debido conducir a arbitrar las soluciones pertinentes que, sin obstaculizar la efectividad de la actuación de la Administración crediticia, hubiesen garantizado también debidamente el correspondiente sistema de reacción frente a la misma. Así, en lo que objetivamente supone y, mayormente todavía, en el contexto de todo el sistema de nuestra Administración económica, recoger como medida de ejecución del acuerdo de intervención o de sustitución de los administradores «la compulsión directa para la toma de posesión de las oficinas, libros y documentos correspondientes o para el examen de estas últimas» (art. 34.3) puede entenderse innecesaria e improcedente. Además, y de modo muy notorio, revela que, en el fondo, lo único de que se trata es de justificar *ex post* situaciones del pasado. También, la posibilidad de que el acuerdo de intervención o de sustitución pueda adoptarse en algunos casos sin audiencia de la entidad interesada, es difícilmente sostenible al amparo de lo que establece el artículo 24 CE.

Las medidas de intervención o sustitución se mantendrán hasta que se supere la situación que hubiere dado lugar a su adopción (art. 31.3 *in fine*). La ley se preocupa con bastante detalle en afianzar todo lo relativo al establecimiento y adopción de tales medidas. No así, en lo referente a la gestión de la entidad una vez que aquéllas hubieran sido adoptadas, ni tampoco en relación con la situación de la propia entidad cuando las mismas hubieran cesado. Sobre este último extremo, se enuncian dos hipótesis. En primer lugar, se señala que acordado «el cese de la medida de sustitución de los administradores provisionales, procederán a convocar inmediatamente la Junta General o la Asamblea de la entidad de crédito, en la que se nombrará el nuevo órgano de administración» (art. 37). Junto a ello, también, el supuesto de que se produzca la disolución de la entidad; en este caso, «el Ministerio de Economía y Hacienda podrá acordar la intervención de las operaciones de liquidación si por el número de afectados o por la situación pa-

rimonial de la entidad de tal medida resulta aconsejable» (art. 38). De cualquier modo, llama la atención la desconexión del tratamiento que ofrece la ley con los distintos sistemas institucionales que, a través de la fórmula de los correspondientes Fondos, están vigentes en nuestro ordenamiento jurídico para afrontar las situaciones de crisis de las distintas entidades de crédito (Real Decreto-ley 4/1980, de 28 de marzo; Real Decreto-ley 18/1982, de 24 de septiembre).

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Una valoración general del ordenamiento crediticio que puede servir de punto de partida, en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*, Madrid, 1975; también, los distintos trabajos de la obra colectiva, por mí dirigida, *Estudios de Derecho público bancario*, Madrid, 1987. En relación con el tema de la potestad normativa del Banco de España, cfr. J. R. PARADA, *Valor jurídico de la circular*, «RDBB», 2, 1981, y T. R. FERNÁNDEZ, *Los poderes normativos del Banco de España*, «RDBB», 13, 1984; una rectificación, en mi opinión, al excesivo formalismo de estos planteamientos he sostenido en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho administrativo económico*, I, Madrid, 1988.

En relación con la ley que comentamos, vid., por lo que se refiere al texto de su Proyecto, T. R. FERNÁNDEZ, *Supervisión y disciplina bancaria en el Proyecto de Ley sobre disciplina e intervención en las entidades de crédito*, «Papeles de Economía», 36, 1988. Igualmente, la «RDBB», 1987, recogió algunas de las Ponencias presentadas al Coloquio organizado por la propia Revista sobre el Anteproyecto de ley: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Significado general del Anteproyecto*; F. SÁNCHEZ CALERO, *La delimitación de la figura de «entidad de crédito» y la de otros sujetos*; T. R. FERNÁNDEZ, *Las sanciones de disciplina bancaria*; J. L. VILLAR PALASÍ, *Medidas de intervención y de sustitución*; M. BROSETA, *Referencias al régimen de los Bancos*.

Es conocida la reiterada fundamentación de la intervención administrativa en el crédito, entre otros motivos, para salvaguardar la buena fe y la confianza de depositantes y accionistas: es así, además, como de modo muy explícito se plantea el tema históricamente. A ello me he referido con un cierto detalle en la obra que se cita en primer lugar. Junto a tal explicación, debe señalarse también el sugestivo planteamiento que en época reciente viene formulando del tema la doctrina mercantilista desde la perspectiva de la defensa de los clientes y consumidores; vid. M. CANDELAS SÁNCHEZ, *La nueva regulación bancaria en materia de condiciones de crédito y de defensa del cliente en el Derecho español*, «RDBB», 27, 1987, y, principalmente, J. A. GARCÍA-CRUCES, *Contratación bancaria y consumo*, «RDBB», 30, 1988, en relación con la problemática que sobre el tema cabe derivar del artículo 51 CE y, en concreto, de la ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios.