

Buenas tardes.

Ante todo cumplir con la tradición de dar las gracias a la Abogacía General del Estado por pensar en mi para dar esta charla; en concreto al Abogado General del Estado, Joaquín de Fuentes, quien me temo confía demasiado en mi persona. Pero sobre todo las gracias por anticipado a todos ustedes, que han acudido a esta cita para escucharme.

Dicho esto, una declaración de principios: nunca me he considerado un “jurista”; nunca me he considerado un teórico del Derecho que, en la tranquilidad de su despacho, se dedica a reflexionar sobre problemas jurídicos abstractos, para elaborar construcciones doctrinales aplicables a toda una categoría de supuestos.

Por el contrario, siempre he presumido de ser un abogado, es decir, de un operador del Derecho que aborda el caso concreto que le encomienda su cliente, en mi caso la Administración General del Estado, y procura conseguir la mejor defensa posible para los intereses de aquél. Y desde esta perspectiva me he planteado esta ponencia: exponer los concretos problemas con los que nos encontramos los Abogados del Estado cuando actuamos ante los Tribunales de Justicia defendiendo la actuación administrativa relativa a la ordenación bancaria.

Ciertamente, no dejan de existir ocasiones en que, como consecuencia de ese estudio del caso, se plantean temas de mayor enjundia, que conducen a esas formulaciones abstractas. Curiosamente, una de esas ocasiones se me planteó a raíz de una serie de litigios relacionados con establecimientos bancarios. En concreto, con las sanciones impuestas por el Ministerio del Interior a estos establecimientos por incumplimiento de las medidas de seguridad. En el examen de los recursos (en aquel momento aún de apelación) contra sentencias dictadas en primera instancia que anulaban o confirmaban esas sanciones, el Tribunal Supremo elaboró una curiosa doctrina, según la cual el Banco, es decir, la persona jurídica, no era responsable por el inadecuado funcionamiento de tales medidas, recayendo la responsabilidad sobre sus empleados, personas físicas, que no las habían utilizado correctamente. En definitiva, estas sentencias planteaban el problema de la culpabilidad de las personas jurídicas, que por carecer del elemento psicológico propio de las personas físicas, ha de fundamentarse en distintas bases.

Después de grandes discusiones, incluso en el seno de la misma Abogacía del Estado acerca de la conveniencia de mantener los recursos de apelación contra las sentencias que acogían esta tesis, el Tribunal Constitucional dictó sentencia 246/1991, de 19 de diciembre, en el que abordó esta interesante cuestión, rechazando el recurso de amparo interpuesto por una entidad bancaria contra una sanción de este tipo. Pero en todo caso y como diría Kipling, esta es otra historia, pues estas sanciones no forman parte de la ordenación bancaria, como se ha encargado de señalar el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de febrero de 2008, en la que desestima el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Víctimas del robo del Banco Zaragozano contra la sentencia de la Audiencia nacional de 6 de noviembre de 2002, por la que desestimó el recurso contencioso administrativo contra resolución del Ministerio de Economía y Hacienda que inadmitió el recurso de alzada contra resolución del Banco de España que desestimó la solicitud de la indicada Asociación de incoación de un expediente disciplinario al Banco Zaragozano por incumplimiento de las medidas de seguridad, por considerar que esta infracción no se encontraba tipificada en la Ley de Disciplina e Intervención Bancaria.

1.- Algunas cuestiones sobre el enjuiciamiento de los actos procedentes del Banco de España

Con carácter previo a examinar los aspectos de la Jurisprudencia relativos a la ordenación bancaria que, modestamente, he considerado de mayor interés, me gustaría realizar algunas consideraciones relativas al juego de las normas procesales en esta materia.

- Órgano Jurisdiccional competente

Ante todo debe destacarse que el artículo 2 de la Ley 13/1994 señala que actos del Banco de España ponen fin a la vía administrativa (los dictados en el ejercicio de las funciones recogidas en la Sección 1ª del Capítulo II y en el artículo 15), señalando que contra las demás cabrá recurso de alzada ante el Ministro de Economía y Hacienda.

Además, ese mismo artículo atribuye a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el conocimiento de los recursos contra los actos dictados por el Banco de España y contra las Resoluciones del Ministro de Economía y Hacienda que

resuelvan los recursos de alzada contra los anteriores, superando así la situación anterior en que estos litigios eran resueltos por el TSJ de Madrid. Es de destacar que esta norma procesal es reiterada en la disposición adicional cuarta.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La atribución a la Audiencia Nacional del conocimiento de los recursos contencioso administrativos contra resoluciones del Banco de España o contra las del Ministerio de Economía y Hacienda que confirman o rectifican aquellas o que son dictadas a propuesta del Banco de España, es la misma solución adoptada por el legislador en torno al control jurisdiccional de los actos procedentes de otros reguladores (Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Comisión del Mercado de Telecomunicaciones o Comisión Nacional de la Energía). Esto ha convertido a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el Tribunal de los reguladores, solución que presenta evidentes ventajas, en la medida en que la actuación de todos estos organismos presenta aspectos comunes que están recibiendo un tratamiento uniforme por la jurisprudencia.

Pero además, esta atribución de competencia jurisdiccional, unida a la que realiza la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito en lo relativo a la imposición de sanciones, tiene como consecuencia práctica que será la Audiencia Nacional la que conocerá prácticamente de todos los recursos relativos al ámbito disciplinario. En el momento actual solo serán revisadas directamente por el Tribunal Supremo las impuestas por el Consejo de Ministros, es decir, aquellas que supongan la revocación de la autorización, que tendrá un carácter excepcional.

Señalar que, a mi juicio, esta distribución de competencias es más razonable que la que rige en otros sectores del Derecho Administrativo (sin ir más lejos, la relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales), que atribuye al Consejo de Ministros la competencia para imponer sanciones a partir de cuantías que, siendo elevadas, son inferiores a las que pueden imponerse en las materias que tratamos.

- Acceso a la casación.

También debe realizarse algún comentario sobre el distinto acceso a la casación de las resoluciones dictadas en esta materia, en especial cuando se trate de la imposición de sanciones:

Serán susceptibles de casación las multas por importe superior a 150.000 euros, es decir, de 150.001 euros en adelante. Esto deja fuera las sanciones a las entidades con cuantía inferior a la señalada y a los administradores en todo caso.

En cuanto a las sanciones no pecuniarias, parece claro que la revocación de la autorización tendrá acceso a la casación, dado su carácter de sanción de cuantía indeterminada.

Más dudas surgen en relación con las sanciones de amonestación, ya que si bien son de cuantía indeterminada, pueden entenderse menos gravosas que las multas pecuniarias, por lo que no tendría lógica su acceso a la casación. Un caso semejante se da en las sanciones por emisiones ilegales que se sancionan con el precintado de los equipos: el Tribunal Supremo no admite la casación basándose en esta sanción, salvo que se acredite que pueden cuantificarse por importe superior a 150.000 euros.

Aunque el Tribunal Supremo es sumamente restrictivo a la hora de admitir los recursos de casación, existe una línea jurisprudencial según la cual cuando en un mismo acto derivado de un único expediente, se imponen varias sanciones, basta que la cuantía de una de ellas de acceso a la casación, para que todas las demás sean susceptibles de este recurso extraordinario (sentencias de 6 de mayo y 26 de junio de 2008). Esta línea jurisprudencial ha sido aplicada recientemente, en Auto de 24 de septiembre de 2009 (recurso 08/4320/2008), en el que admite el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado e inadmite el de la parte actora.

- Postulación.

Una última cuestión es la relativa a la postulación procesal de la Administración demandada: en la medida en que la resolución objeto del recurso es la del Ministerio de Economía y Hacienda que resuelve el recurso de alzada interpuesto en su día contra la resolución del Banco de España o que resuelve el procedimiento a propuesta del Banco

de España, la representación y defensa de la Administración demandada corresponde a la Abogacía del Estado.

Ahora bien, es lo habitual que el Banco de España se persona en los procedimientos judiciales con el carácter de codemandado. Desde luego la Abogacía del Estado no tiene inconveniente alguno en la participación del Banco de España en estos litigios a través de su Servicio Jurídico, pero no puede dejar de reconocer que nos encontramos ante una situación de cierta desigualdad de armas ante el recurrente, en la medida en que intervienen en defensa del acto administrativo dos partes procesales.

Pudiera argumentarse ante ello que esta situación se da siempre que en el proceso contencioso administrativo comparece un particular a favor del cual se derivan efectos beneficiosos del acto administrativo impugnado, pero este no es el caso que estamos examinando: piénsese que los intereses defendidos por el Banco de España y por el Ministerio de Economía y hacienda son los mismos intereses públicos o generales, pues no en vano, el Banco de España dicta estos actos por delegación del Gobierno o, si se prefiere, por delegación del Estado, que somete su actuación al posterior control del Gobierno; en el caso de los particulares que intervienen como codemandados en el proceso contencioso administrativo, su actuación va dirigida a defender sus propios derechos o intereses legítimos que, aún siendo coincidentes con los públicos, son distintos de éstos.

También es cierto que estas situaciones pueden darse en relación con otras personificaciones de la administración General del Estado: por ejemplo el ADIF en el caso de las expropiaciones precisas para la ejecución de las líneas ferroviarias o, más cercano al caso que nos ocupa, el de la CNE, que es otro regulador cuyas decisiones se someten al posterior recurso ante el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Pero en este caso, la cuestión se resuelve al haber asumido la Abogacía del Estado la postulación de estos entes por vía de Convenio. Quizá esta sería la mejor solución para el presente caso.

2.- La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de atribución de competencias en materia de ordenación bancaria.

Si constituye una cuestión directamente relacionada con la intervención bancaria y que ha sido tratada extensamente por la jurisprudencia, en este caso, la del Tribunal Constitucional, el tema da la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia.

Debe recordarse, ante todo, que el artículo 149.1 atribuye la Estado la competencia exclusiva en la siguiente materia:

“11ª. Sistema monetario: divisas, cambio y convertibilidad; bases de la ordenación de crédito, banca y seguros”.

También conviene recordar en este punto que, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el carácter básico de una norma no surge de su calificación como tal, sino de su contenido, es decir, que es el contenido de la norma el que hace que la misma tenga carácter básico, atendiendo a la finalidad de la misma y su engarce en el sistema legal.

Pues bien, el alcance que ha de darse al precepto transcrito ha dado lugar a un numeroso grupo de sentencias del Tribunal Constitucional que se inicia con la sentencia 1/1982, de 28 de enero. La doctrina recogida en esta jurisprudencia puede resumirse en los siguientes puntos:

- La normativa básica del Estado adopta, normalmente, la forma de Ley, pero ello no es obstáculo para que, en ocasiones, el Estado haga uso de su potestad reglamentaria para establecer esa normativa básica; es más, cuando la consecución de los intereses generales perseguidos por la legislación estatal básica del crédito así lo exijan, el Gobierno de la Nación puede proceder a la concreción e incluso cuantificación de determinadas medidas contenidas en la legislación básica (STC 1/1982).

En este mismo sentido, la sentencia de 135/1992 extiende el carácter básico a la actuación del Banco de España, de tal forma que se le da carácter básico a las

normas dictadas por esta Institución en el ejercicio de las competencias que desarrolla “*ex lege*” o por delegación del Gobierno. E igualmente reconoce carácter de básicos a los actos de ejecución, actos administrativos singulares en cuanto resulten necesarios para la preservación de lo básico (entre estos actos ejecutivos se encuentra el informe favorable del Banco de España para la apertura de nuevas oficinas que deban ser autorizadas por las Comunidades Autónomas).

Por su parte, la sentencia 178/1992, insiste en este punto, declarando que Todas las funciones, pues, que se reconocen al Banco de España están directamente vinculadas a las condiciones de solvencia y cumplimiento de las normas de control y disciplina que deben observar las Entidades de Depósito, concretando así lo ya dispuesto en los arts. 6.2, 9.1 y 10 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, sin que el hecho de que se trate -aunque no en todos los casos- de funciones estrictamente ejecutivas determine la extralimitación competencial que se denuncia

- También se incluyen dentro de la normativa básica las normas relativas a la cantidad de dinero bancario existente en el mercado en un momento dado, dada la incidencia del mismo sobre la economía, por lo que forma parte de la normativa básica la determinación de los porcentajes sobre los fondos ajenos que deben ser invertidos en fondos públicos y la determinación de los valores públicos computables a efectos de cubrir dicho porcentaje (STC 1/1982, 57/1983, 91/1984).
- En cuanto a la disciplina bancaria, el Tribunal Constitucional ha declarado que las Comunidades Autónomas no tiene competencia para imponer sanciones en materia de disciplina monetaria, que cualquier potestad sancionadora de las mismas se entiende sin perjuicio de la potestad sancionadora que corresponde al Banco de España y que podrán ejercitar esa potestad disciplinaria por propia iniciativa o a instancia del Banco de España (STC 1/1982). Esta doctrina se reitera en la sentencia 48/1988, en relación con el régimen disciplinario de las Cajas de Ahorros.

- En concreto, en relación con las entidades de crédito (en especial las Cajas de Ahorro) la legislación básica del Estado puede abarcar normas relativas a su estructura, organización interna y funciones (STC 1/1982). Esta misma idea es desarrollada por la sentencia 48/1988, que destaca la especificidad de las Cajas de Ahorro frente a otras fundaciones o entidades de crédito, insistiendo en que las competencias estatales básicas, incluyen aspectos relativos a su organización y a su funcionamiento, en aras del interés general. Idea reiterada por la STC 49/1988.
- En relación con la creación de Cajas de Ahorro, el Tribunal Constitucional ha declarado básica la intervención del Banco de España en el correspondiente expediente e, incluso, el carácter discrecional de la autorización en relación con la inexistencia o insuficiencia de otras instituciones de igual naturaleza en la zona en que haya de desplegar su actividad la nueva Caja de Ahorros
- En relación con las Cooperativas de Crédito, la STC 155/1993 ha destacado que en las mismas confluyen aspectos crediticios con otros cooperativos, en los que a su vez inciden aspectos laborales o mercantiles. Ello hace necesario examinar uno a uno los preceptos, estatales o autonómicos, para determinar si los mismos se refieren a aspectos bancarios o cooperativos y, en función de tal caracterización, determinar si existe normativa básica estatal.
- Por el contrario la STC 235/1999 declaró inconstitucional el apartado 5 de la Ley 3/1994, que atribuía al Banco de España la potestad disciplinaria sobre las entidades financieras de crédito, en la medida en que vaciaba las competencias de la Generalidad de Cataluña en esta materia.

3.- La potestad reglamentaria del Banco de España.

La potestad reglamentaria del Banco de España viene consagrada en el artículo 3 de la Ley de Autonomía del Banco de España (ley 13/1994, de 1 de junio). Respecto de esta potestad reglamentaria se ha pronunciado de forma expresa el Tribunal Constitucional, en su sentencia 135/1992, en la que se señala que

“La desconcentración de la potestad reglamentaria es posible formalmente y, en muchas ocasiones, necesaria desde la perspectiva del contenido de la norma. Efectivamente, la habilitación al Gobierno de la Nación que contiene el art. 97 de la Constitución no puede entenderse con un criterio estricto, al pie de la letra, sin limitar la advocación del titular a un órgano colegiado específico, el Consejo de Ministros, sino también a éstos que lo componen y a instituciones como el Banco de España, Asesor de aquél y ejecutor inmediato de su política monetaria y crediticia”.

También el Tribunal Supremo ha respaldado de forma expresa la potestad reglamentaria del Banco de España, en su sentencia de 11 de octubre de 2005, abordó el problema de las normas dictadas por esta Institución haciendo uso de la facultad prevista en el apartado 1 de la disposición adicional 8ª de la ley 26/1988 (hoy derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 13/1994). Pues bien, en relación con estas normas el Tribunal declaró que no resulta preciso el dictamen del Consejo de Estado para la aprobación de tales normas, ya que las mismas no se encuentran recogidas en la relación prevista en los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, destacando que esta solución se ha visto confirmada posteriormente por la Ley 13/1994, en la medida en que excluye de forma expresa del Reglamento para la elaboración de disposiciones de carácter general a las Circulares del Banco de España.

Como curiosidad en torno a las Circulares del Banco de España, señalar que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia de 8 de febrero de 2005, por la que estimó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia nacional de 26 de noviembre de 2003, vino a declarar la competencia del Orden Jurisdiccional Social para conocer de la impugnación del Código de Conducta del personal del Banco de España, aprobado por la Circular interna 10/2002, de 18 de octubre, devolviendo las actuaciones a la Audiencia Nacional para dictar sentencia sobre el fondo del asunto (señalar que el Código fue confirmado por la Audiencia Nacional en su sentencia de 27 de mayo de 2005; y desestimado el recurso de casación contra esta sentencia, por la del Tribunal Supremo de 7 de marzo del 2007).

4.- Sobre la modificación de Estatutos de un Banco

En relación con la preceptiva autorización del Ministerio de Economía y Hacienda para la modificación de los Estatutos de una entidad bancaria, puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2002, que desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de octubre de 1995.

En esta resolución el Tribunal Supremo declara que la previsión reglamentaria de que las modificaciones de los Estatutos de los bancos hayan de someterse a autorización administrativa, encuentra base suficiente en la disposición legal que establece que dichos estatutos han de ser autorizados inicialmente por la Administración.

5.- Sobre la oposición del Banco de España a la transmisión de un porcentaje significativo del capital de un Banco

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 31 de mayo de 2000. En esta resolución viene a señalar:

- Que aunque la Segunda Directiva de Coordinación bancaria fija como porcentaje significativo el 10% del capital, las legislaciones nacionales pueden establecer otros atendiendo a las circunstancias de la economía de cada país, por lo que el porcentaje del 5% fijado por la Ley 3/1994 es correcto.
- Que la oposición del Banco de España a la transmisión puede justificarse en la inidoneidad del adquirente en aplicación del artículo 43.5 de la propia Ley, el cual recoge una lista ejemplificativa de tales causas de inidoneidad, de entre las que es de aplicación la referente a falta de transparencia de la estructura del grupo empresarial o existencia de graves dificultades para inspeccionar. En concreto, en el caso estudiado por la sentencia esta inidoneidad se manifestaba por el hecho de que la adquirente, de nacionalidad holandesa, fuera propiedad al 100% de otra entidad, también holandesa, que a su vez era propiedad al 100% de otra sociedad, también holandesa y recurrente en el proceso contencioso administrativo.

6.- Sobre la utilización de las denominaciones reservadas a entidades de crédito

Sobre esta concreta cuestión puede citarse, en primer lugar, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2000, que fija la interpretación que ha de darse al artículo 28 de la Ley de Disciplina e Intervención Bancaria, señalando que

«La interpretación jurídicamente más adecuada del artículo 28 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito debe tender a preservar – en pro de los intereses no sólo de tales entidades sino, especialmente, de los ciudadanos que se ven compelidos a utilizar sus servicios en las circunstancias actuales y a depositar en ellas su confianza– la distinción neta entre las entidades financieras, sujetas a unos condicionamientos más estrictos, y el resto de empresas mercantiles. Entre los instrumentos que el legislador ha querido emplear a estos efectos se encuentra la reserva de denominación, de modo que el uso de las expresiones comúnmente asignadas a las entidades de crédito (esto es, lo que la ley entiende como “denominaciones genéricas de éstas”) no está permitido para el resto de las empresas mercantiles».

Esta sentencia es citada por la de 13 de febrero de 2002, que añade que no puede aceptarse que el precepto tenga un carácter reductor del anterior art. 38 de la Ley de Ordenación Bancaria de 1946; por el contrario, la prohibición en él expresada tiene una mayor amplitud, pues la referencia a «denominaciones genéricas» no tienen el constreñimiento a las dos de la norma anterior –bancos y banqueros–, sino que la amplía a cualquier otra que induzca a confusión.

7.- Sobre la designación de las entidades obligadas para desempeñar los deberes establecidos en la normativa sobre “Recursos Propios y Supervisión en base consolidada de las Entidades Financieras”.

En esta materia es interesante la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2003 que aborda la interpretación que ha de darse al artículo 8.2 de la Ley 13/1992, señalando que en este

“Precepto se establece como primer criterio para atribuir las obligaciones antes referidas, que éstas deben recaer en la entidad dominante del grupo, siempre que ésta sea una entidad financiera sometida a estatuto especial. Fuera

de este caso, en los demás, «la entidad obligada será determinada por el organismo responsable de la supervisión del grupo».

8.- Sobre la intervención de entidades de crédito

Una cuestión que desgraciadamente está muy de moda en estos momentos, es la relativa a la intervención de Entidades de Crédito por el Banco de España.

Sobre este tema se pronunció el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de marzo de 2006, en la que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de noviembre de 2002, por la que desestimó el recurso interpuesto contra resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 9 de febrero de 1994, que desestimó el recurso ordinario interpuesto contra la resolución del Comité ejecutivo del Banco de España, de 28 de diciembre de 1993, por el que se acordó la intervención de BANESTO (es de destacar que desde la intervención de la entidad hasta la definitiva resolución judicial transcurrieron más de 12 años).

En esta sentencia, el Tribunal Supremo fija los siguientes criterios:

- Las medidas de intervención y sustitución reguladas en el Título III de la Ley 26/1988 no tienen carácter sancionador, siendo su finalidad evitar los peligros que pueden derivarse de la situación descrita en el artículo 31 de la misma Ley, es decir, una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia.
- No son aplicables, para la adopción de estas medidas, las garantías procedimentales propias de los expedientes sancionadores.
- La adopción de estas medidas no se ven afectadas por la inexistencia de responsabilidad disciplinaria en la Entidad o sus administradores (máxime sí, como era el caso, la nulidad de las sanciones se deriva de la inadecuada abstención del órgano resolutorio y no a la falsedad de los hechos que constituyen la infracción misma).

- Por otra parte el Tribunal Supremo consagra la adecuación a Derecho del artículo 33 de la Ley 26/1988, que permite la adopción de estas medidas sin audiencia del interesado cuando se den las circunstancias que el mismo precepto se indican, señalando a este respecto que el interés del conjunto de la economía es prevalente a otros intereses de tutela y que el retraso que el trámite de audiencia puede suponer para la adopción de las medidas de intervención y sustitución puede tener trascendencia en la efectividad de la medida a adoptar.
- Con relación a este tema añade que la audiencia al interesado es un trámite solo exigido respecto de la entidad de crédito, que no es aplicable a los miembros del Consejo de Administración.
- Por último, sobre la base del carácter extraordinario y provisional que las medidas de intervención y sustitución suponen, el Tribunal Supremo señala que las reglas generales aplicables a la administración de las sociedades anónimas no tengan virtualidad propia.

9.- Sobre el ejercicio de la potestad disciplinaria en materia de ordenación bancaria.

Sin duda este es el aspecto en el que existen más resoluciones judiciales, que han abordado múltiples aspectos del ejercicio de esta potestad:

- Sobre la tramitación en un único procedimiento y resolución en una única resolución de las sanciones impuestas a la entidad y a los administradores por una misma infracción art. 21 de la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

Respecto de este punto el TS ha declarado que se trata de una simple acumulación de actuaciones por razón de economía procesal, y que no supone un supuesto de concurso ideal o de normas (sentencia de 18 de octubre de 2006, recurso 199/2004)

- Sobre la intervención de un Instructor adjunto.

En la misma sentencia se declara que no supone infracción procedimental la intervención de un instructor adjunto bajo la dirección del instructor inicialmente

designado, aunque a partir de un determinado momento el adjunto firma todas las diligencias y el pliego de cargos.

- Sobre la culpabilidad de los administradores de la entidad bancaria

Sobre este extremo el Tribunal Supremo ha declarado (sentencia de 23 de noviembre de 1998) que:

“Para exigir responsabilidad a los cargos de administración o dirección de las entidades de crédito, en relación con las infracciones por éstas cometidas, el artículo 15 de la Ley de Disciplina e Intervención 26/1988, establece el requisito de que las mismas sean imputables a su conducta dolosa o negligente. No se trata, por tanto, de una responsabilidad objetiva o sin culpa, por el mero hecho de la ostentación de un cargo o de la pertenencia al Consejo de Administración, sino de que la infracción cometida por la entidad obedezca a una conducta culpable, que sea imputable a la acción u omisión deliberada o indiligente del titular del cargo”.

Pero también ha declarado (sentencia de 17 de diciembre de 1997) que:

“Su posición activa, en unos casos, y omisiva, en otros, pueden poner de manifiesto su culpabilidad, pues al ser el Consejo de Administración el órgano gestor de la entidad, no puede alegar ignorancia en el cumplimiento de obligaciones que vienen impuestas legalmente; máxime si se tienen presentes los especiales requisitos de experiencia y conocimiento profesional que es presumible se deben poseer por estos altos cargos, a los que les es exigible un deber de vigilancia, control e inspección sobre los medios personales, materiales y técnicos con que cuenta la entidad que dirigen, y que han de ejercitar permanentemente, incluso cuando falten los órganos colectivos decisorios, en cuya posición ha de subrogarse, no ya para la toma de acuerdos que a aquéllos corresponda, pero sí, respecto de las decisiones urgentes e inmediatas que impliquen el cumplimiento de normas imperativas, sin perjuicio de su posterior puesta en conocimiento de tales órganos, una vez constituidos”.

Por su parte, la sentencia de 3 de marzo de 2003 declara:

"la singular cualificación de las personas físicas que administran o dirigen las entidades de que se trata lleva a presumir que su preparación les permite detectar las consecuencias probables de las prácticas que tales entidades desarrollen, haciéndolas responsables, tanto si aceptan la producción de tales consecuencias como si no adoptan las previsiones necesarias para evitarlas, en el caso de que tales prácticas sean objetivamente idóneas para producirlas"

En el mismo sentido sentencias de 5 de julio de 2001 y 27 de mayo de 2003.

- Sobre la colaboración de las normas reglamentarias en la tipificación de las sanciones

Sobre este extremo pueden citarse las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2005, 2 de enero de 2006 y 5 de mayo de 2008, en las que se señala que

"La referencia que efectúa el artículo 25 CE a "...la legislación vigente..." se interpreta pacíficamente como la exigencia de que las infracciones y sanciones sean fijadas por norma con rango de Ley, pero de acuerdo con la doctrinal del Tribunal Constitucional sobre este punto, el principio de legalidad sancionadora no impide ni prohíbe que la norma legal que defina los tipos de ilícito se sirva para ello de conceptos abiertos y de remisiones a otras normas de inferior rango".

- Sobre la utilización de conceptos jurídicos indeterminados

El Tribunal Supremo tiene declarado que esta es una técnica correcta en el Derecho Administrativo sancionador, sin perjuicio que esos conceptos pueden encontrarse perfectamente definidos en las circulares del Banco de España (sentencia de 18 de octubre de 2006).

- Sobre el concepto de sanción firme a efectos de reincidencia

Se entiende la firmeza en vía administrativa (sentencias de 24 de octubre de 2000, 24 de enero de 2002 y 18 de octubre de 2006).

10.- Sobre las Cajas de Ahorros

Con independencia de las sentencias referidas a las entidades de crédito en general, existe un conjunto de ellas que se refieren a las Cajas de Ahorro y a su especial régimen jurídico. Dentro de este grupo podemos destacar:

- Sobre la aplicación de la normativa básica estatal.

Sobre esta materia puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2004, que desestima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Castilla y León contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de dicha comunidad de 23 de febrero de 1999, por la que estimó parcialmente el recurso interpuesto por UGT contra el Decreto 9/1995, de 19 de enero, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por el que se desarrolla parcialmente en materia de órganos de gobierno la Ley de Cajas de Ahorro.

En esta sentencia el Tribunal Supremo, después de admitir que la normativa estatal y autonómica sobre la materia coinciden en lo esencial señala que:

“Lo que no es posible admitir es que el precepto reglamentario impugnado no respete el sistema de selección de la Ley que desarrolla, y decimos esto puesto que es claro el hecho de que el contenido del artículo 6.1º del Decreto 9/95 representa una clara ampliación del conjunto de personas que pueden resultar elegidas para el cargo de Consejero General de los impositores, ello porque elimina el límite «de entre los impositores que cumplan...» fijado por la Ley de Cajas de Ahorros. Por ello deberá ser anulado”.

Además de lo anterior, la sentencia aborda una segunda causa de impugnación, con las siguientes palabras:

“El último de los motivos de impugnación del Decreto 9/95 que aparece en la demanda rectora de este recurso es el de que su artículo 30.2º vulnera el contenido del artículo 42.1 h) de la Ley autonómica como el artículo 24.5º de la LORCA, pues al abordar las competencias-obligaciones de la Comisión de Control dispone, para el supuesto concreto que regula, que «elevará a la Consejería de Economía y Hacienda la propuesta de suspensión de la eficacia de los acuerdos del Consejo de Administración o de las Comisiones», olvidando

que aquellas Leyes le imponen la obligación de que esa propuesta sea elevada también al Ministerio de Economía y Hacienda.

Tal problemática ha de ser resuelta acudiendo a la tantas veces citada STC núm. 49/1988, de 22 de marzo, pues en su Fundamento Jurídico 26, al abordar la impugnación por cuestiones competenciales del artículo 24.5º de la LORCA por mantenerse que la información debería recabarla el Estado de las Comunidades Autónomas, se dice que «La impugnación no puede ser admitida. Como afirma con razón el Letrado del Estado, la existencia de funciones reservadas al Ministerio de Economía y Hacienda y al Banco de España justifican esa comunicación directa, sin que pueda alegarse en contra el artículo 2 de la Ley de Proceso Autonómico que, aparte de que se refiere a la actividad que los órganos comunitarios desarrollan en el ámbito de sus competencias, no puede considerarse atributiva de las mismas.

Por tanto, si se salva el contenido de la LORCA, que es reproducido por la Ley autonómica, en cuanto a la obligatoriedad de que se eleve la propuesta de suspensión tanto a la Consejería como al Ministerio, debemos concluir que el precepto del Decreto 9/95 es contrario al ordenamiento jurídico y debe ser anulado”.

- Sobre cuotas participativas

Sobre las cuotas participativas, o más exactamente, sobre el Real Decreto número 302/2004, de 20 de febrero, sobre Cuotas Participativas de las Cajas de Ahorro, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en su sentencia de 26 de octubre de 2005. De esta sentencia debe destacarse, ante todo, su definición de las cuotas participativas, respecto de las cuales señala que:

“En cuanto aportaciones dinerarias de duración indefinida, no son sino una fórmula para que las Cajas de Ahorros puedan captar recursos financieros en el mercado, en situación de neutralidad con el resto de entidades de crédito. Quiérese decir, pues, que la captación de capital bajo esta nueva fórmula supone para las Cajas emisoras y para quienes suscriban las cuotas someterse a un régimen jurídico de derechos y obligaciones que, por un lado, no ha de implicar para

aquellas una situación privilegiada respecto al resto de entidades crediticias pero tampoco desnaturalizar su naturaleza propia y, por otro lado, ha de garantizar los intereses legítimos de los cuotapartícipes quienes, sin dicha garantía, difícilmente accederán a utilizar este instrumento de inversión financiera”.

Por lo que se refiere a los preceptos impugnados, el Tribunal consideró ajustadas a Derecho las previsiones del Reglamento acerca de la facultad del Presidente del Sindicato de cuotapartícipes de solicitar en la Asamblea de la Caja la información que considerase adecuada, así como la obligación del Consejo de Administración de la Caja de convocar al menos una vez al año al sindicato de cuotapartícipes y de facilitar en la misma la información sobre su evolución económica reciente, el excedente de libre disposición obtenido en el ejercicio precedente y el acuerdo de reparto de éste.

Por el contrario anuló los preceptos del reglamento que sometían a la aprobación de la Asamblea de cuotapartícipes la supresión del derecho de adquisición preferente de nuevas cuotas participativas y para la amortización anticipada de las cuotas.

- Sobre fusión de Cajas de Ahorro

Sobre la fusión de Cajas de Ahorro, debemos citar la sentencia del Tribunal Supremo 11 de octubre de 1990, que desestima el recurso de casación contra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 11 de enero del mismo año, por la que se desestimó el recurso contra la denegación tácita, por silencio administrativo, de la petición de apertura del procedimiento de renovación parcial de los órganos de gobierno de una Caja de Ahorros. El fundamento de la desestimación, acogida por el Tribunal Superior de Justicia y confirmada por el Tribunal Supremo, es la especial situación de la Caja en cuestión, en pleno proceso de fusión, por absorción, con otra Caja de Ahorros. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 15 de junio de 2000.

Por el contrario, la sentencia de 26 de junio de 2001, confirma la del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que anuló la Orden del Consejero de Economía y Hacienda de la Generalidad Valenciana por la que autorizó la fusión de dos Cajas de Ahorro, y ello porque la decisión de aprobar la fusión adoptada por la Asamblea General de unas de las Cajas se adoptó después de transcurrido el periodo de mandato de los Consejeros

Generales y sobre la base de una Orden anterior del mismo Consejero que prorrogó dicho mandato y que fue objeto de anulación.

11.- Sobre Blanqueo de Capitales

Para terminar algunas referencias a un tema que, aún no formando parte exactamente a la Ordenación Bancaria, si tiene una evidente relación con la actividad de estas entidades, como es lo referente a la normativa relativa al blanqueo de capitales.

Ya más antes hemos hecho referencia a la postura del Tribunal Supremo en torno a la admisibilidad de recursos de casación contra sentencias que resuelven recursos contra sanciones en función de la cuantía de las mismas y su imposición en un único acto administrativo y como el hecho de que una sola de las sanciones supere el límite casacional es base suficiente para que la casación se refiera a todas ellas. Pero existen otras cuestiones a las que merece la pena referirse.

- Sobre la caducidad del procedimiento sancionador

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007 ha venido a declarar que no existe razón alguna para que la ampliación de plazos contemplada en el artículo 49 de la Ley 30/1992 no pueda ser aplicada al plazo máximo de duración de un procedimiento, pues tal exclusión, ni se establece de manera directa y expresa en el precepto señalado (a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la reforma de la Ley operada en 1999), ni existen razones para deducirla en un análisis sistemático de la Ley.

En efecto, la regulación específica para ampliar el plazo máximo de resolución y notificación de un procedimiento en el artículo 42.6 no obsta a la aplicación de la previsión genérica del artículo 49 al mismo supuesto, teniendo ambos preceptos un alcance diferente. Así, las condiciones para la aplicación del supuesto específico del artículo 42.6 son más estrictas y la ampliación puede alcanzar hasta un lapso de tiempo igual al del plazo máximo del procedimiento (artículo 42.6, párrafo tercero); por el contrario, la ampliación posible en aplicación de la previsión genérica del artículo 49 puede ser acordada por el propio órgano instructor y sólo puede llegar hasta la mitad del plazo ampliado (apartado 1).

Por otra parte, tampoco puede aceptarse la interpretación de la actora respecto a que las previsiones genéricas sobre plazos (las dos ya comentadas previstas en los artículos 42.6 y 49) no serían aplicables ante el silencio sobre ampliación del plazo para resolver de la norma especial, el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que sólo prevé de manera expresa la suspensión del procedimiento. En efecto, tampoco existe ninguna razón para excluir la aplicación de las normas genéricas sobre plazos establecidas en la Ley, al no haber ninguna previsión que así lo establezca en el Título IX de la propia Ley, referido a la potestad sancionadora.

Debe destacarse que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 17 de julio de 2007, recoge la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la anterior resolución, pero exige que la ampliación de plazo, acordada al amparo del artículo 49 de la Ley 30/1992, esté adecuadamente motivada, anulando la resolución recurrida por esa falta de motivación.

- Sobre la sanción relativa a la falta de formación de los empleados de la entidad.

Sobre el contenido de esta infracción, puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2007, en la que se examina no solo las concretas circunstancias del caso, sino el alcance de la carga de la prueba que pesa sobre la Administración señalando que:

“Cuando la naturaleza de la infracción sancionada consiste en la omisión de unos deberes como los previstos en la Ley 19/1993, la Administración ha de probar, efectivamente, que dichos deberes (algunos de naturaleza formal, otros sustantivos) no se cumplieron; a partir de ahí, corresponde al "obligado" acreditar lo contrario, sin que ello equivalga a invertir la carga de la prueba en perjuicio del acusado ni a requerir de éste una probatio diabólica”.

- Sobre el alcance del apartado 2 de la disposición final única de la Ley 19/2003

La disposición final única de la Ley 19/2003 establece que la misma entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE. Sin embargo el apartado 2 de la misma disposición establece una excepción a esta regla, señalando que la obligación de declarar el origen destino y tenencia de fondos establecida en el apartado 3 de la disposición adicional primera de la Ley solo se aplicará a los supuestos que se

produzcan con posterioridad a la entrada en vigor de la disposición reglamentaria prevista en dicho apartado.

Tanto la Audiencia Nacional, en sentencias de 14 de marzo y 17 de abril de 2007, como el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 30 de octubre de 2008, han entendido que este desarrollo reglamentario está constituido por el RD 54/2005, de 21 de enero, de modificación del Reglamento de la Ley 19/1993, aprobado por RD 925/1995, de 9 de junio; sin a que a estos efectos pueda considerarse desarrollo reglamentario el RD 1816/1991, sobre transacciones económicas con el exterior, dado que la disposición final objeto de interpretación refiere claramente la entrada en vigor a un momento futuro, sin que pueda entenderse llegado ese momento por la publicación 12 años atrás de ese RD.

12.- Conclusiones.

Parece necesario concluir esta charla con algunas conclusiones. Desde luego, no soy yo el que propugne unas conclusiones definitivas y terminantes; más bien invito a todos ustedes a extraer sus propias conclusiones del análisis de las resoluciones que he citado.

Pero si es cierto que yo tengo mis propias conclusiones que, gustosamente, someto a su consideración:

- A diferencia de lo que puede ocurrir en otros sectores regulados (telecomunicaciones o energía) en que la intervención de un organismo regulador es relativamente reciente, la ordenación del sector bancario tiene una larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico y es perfectamente conocida por los órganos jurisdiccionales. A ello contribuye el hecho de que los conceptos manejados en el ámbito bancario, aún teniendo un sustrato económico, son conceptos perfectamente definidos y regulados por el ordenamiento jurídico.
- La jurisprudencia ha señalado en múltiples ocasiones que la razón de ser de la intervención administrativa en el sector se justifica por la necesidad de salvaguardar el interés de los ciudadanos, dada la trascendencia que para toda la economía representa la actividad bancaria y crediticia.

- El Tribunal Constitucional ha mantenido una interpretación del alcance de la normativa básica del Estado en materia de ordenación bancaria sumamente amplia, de tal forma que ha venido a considerar como tal, no solo las normas legales o reglamentarias dictadas por el Gobierno; también ha considerado básicas las normas dictadas por el Banco de España e, incluso, la actuación ejecutiva de éste.
- Por último, también en este sector, se echa de menos una mayor rapidez en las resoluciones judiciales, que contribuyan a incrementar la seguridad jurídica.

De nuevo muchas gracias por su atención y buenas tardes.